

ISSN: 1303 - 4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer-reviewed journal published twice a year.

**Cilt: XIV, Sayı: 2
Vol. XIV, No. 2
Yıl / Year: 2017**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk (Dekan / Dean), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına / *On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor

Prof. Dr. Oktay Uygun
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

Editör Yardımcıları / Associate Editors

Yrd. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teknik Hazırlık / Layout and Page Design

Ar. Gör. Tayanç Tunca Molla, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Ece Çağlayan Candelen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ar. Gör. Serhat Özkan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul
Tel. (0216) 578 07 67

İnternet Adresi / Web Address

<http://law.yeditepe.edu.tr/tr/yu-hukuk-fakultesi-dergisi>

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, ULAKBİM (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanına kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center).

Basımcının Adı / Printed by

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti. (Sertifika No: 20179)
Nispetiye Mahallesi Birlik Sokak No:2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent
Beşiktaş/İstanbul
Tel: (0212) 269 30 00

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / *Istanbul*

Basım Tarihi / Publication Date

Şubat / *February* 2018

ISSN: 1303 - 4650

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri
All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-posta / E-mail: yuhfd@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Editör / Editor: (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

Editör Yardımcıları / Associate Editors:

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.
Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

Copyright © 2018

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.
For citations, please use the abbreviation: “YUHF”

Dergimiz Hakkında

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

About Our Journal

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışma Kurulu / *Advisory Board*

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Belgin Erdoğan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
(2004-2013 tarihleri arasında dergimize danışmanlık yapmıştır.)
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / *Editorial Board*

Prof. Dr. Rayegân Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi
Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel
Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law
Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessozialgericht, Kassel
Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB
Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law
Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht; Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht

Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Zuhale Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Mehmet Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Cihan Avcı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Shabnam Majtahedi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Sinan Naipoğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. John Schmidt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Jeffery P. List, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Elif Selin Cila, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Öğr. Gör. Amer Raja, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year.

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers, which are written in Turkish and in other European languages, are welcome.

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kâğıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (yuhfd@yeditepe.edu.tr) ile Microsoft Word (.docx) formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor (yuhfd@yeditepe.edu.tr). There is no need to submit any hardcopy of the article.

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **öz** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.

12) Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s)

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: XIV, Sayı: 2, Yıl: 2017

İÇİNDEKİLER

BELİRLİ ALACAĞIN BELİRSİZ ALACAK DAVASINA KONU EDİLMESİ DURUMUNDA MAHKEME NE TÜR BİR KARAR VERMELİDİR?

Doç. Dr. Cenk AKİL.....195

Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: akilcenk@hotmail.com

BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA TEDBİRİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Ar. Gör. Batuhan AKTAŞ.....211

İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

e-posta: batuhan.aktas@kemerburgaz.edu.tr

ÖTANAZİ VE DESTEKLİ İNTİHAR - ULUSLARARASI DÜZENLEMELER VE FARKLI ÜLKELERDEKİ UYGULAMALAR

Yrd. Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT.....241

Münih Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi ve Yeditepe Üniversitesi Öğretim Üyesi

e-posta: kutluhanb@hotmail.com

İNANÇ, DÜŞÜNCE VE KANAAT HÜRRİYETİNİN KULLANILMASINI ENGELLEME SUÇU (TCK m. 115)

Yrd. Doç. Dr. R. Barış ERMAN.....271

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: r.baris.erman@gmail.com

TÜRKİYE VE AB E-ATIK MEVZUATINA GENEL BİR BAKIŞ

Öğr. **Gör.** **Dr.** **Ayça**
İZMİRLİOĞLU.....Hata! Yer işareti
tanımlanmamış.

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

e-posta: ayca.izmirlioglu@yasar.edu.tr

ROMA HUKUKU'NDA KRALIN SEÇİLME USULÜ

Yrd. **Doç.** **Dr.** **Duygu**
ÖZER.....Hata! Yer işareti
tanımlanmamış.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: duozer@anadolu.edu.tr

ESKİ ROMA'DA ÜRÜN FİYATLARINI SINIRLAYAN DÜZENLEMELER

Prof. Dr. Diler TAMER.....**323**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: dilertamer@yahoo.com

FRANSIZ HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA OTORİTESİ: CNIL

Yrd. Doç. Dr. Çağla TANSUĞ.....**335**

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

e-posta: ctansug@gsu.edu.tr

CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMINA İLİŞKİN ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME

Ar. Gör. Aras TÜRAY.....**355**

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

e-posta: aras.turay@bilgi.edu.tr

TÜRK HUKUKUNDA HAKEM SÖZLEŞMESİ

Ar. Gör. Elif Ceren TÜRKOĞLU.....379

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi

e-posta: e.cerenturkoglu@hotmail.com

DEVLETSİZ TOPLUMDA HUKUKUN NİTELİĞİ VE İŞLEVİ

Prof.

Dr.

Oktay

UYGUN.....Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

e-posta: oktayuygun@yahoo.com

YENİ SINAI MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE MARKA OLABİLECEK İŞARETLER

Av. Deniz Türkan YÜKSEKOL.....411

Avukat, Yalova Barosu

e-posta: dyuksekol@gmail.com

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Volume: XIV, No: 2, Year: 2017

CONTENTS

**HOW SHOULD THE COURT MAKE DECISION IF A QUANTIFIED
CLAIM IS SUBJECT AN ACTION FOR AN UNQUANTIFIED
CLAIM?**

Assoc. Prof. Dr. Cenk AKİL.....195

Antalya Bilim University Faculty of Law, Department of Civil Procedure
and Enforcement Law

e-mail: akilcenk@hotmail.com

**A STUDY ON SEARCHING, COPYING AND SEIZURE IN
COMPUTERS, COMPUTER PROGRAMS AND FILES**

Res. Asst. Batuhan AKTAŞ.....211

Research Assistant, Istanbul Altınbaş University Faculty of Law, Department
of Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: batuhan.aktas@kemerburgaz.edu.tr

**EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE – THE LAW AND
APPLICATION IN DIFFERENT COUNTRIES IN THE
FRAMEWORK OF INTERNATIONAL REGULATIONS**

Asst. Prof. Dr. Kutluhan BOZKURT.....241

Faculty Member, Munich Faculty of Law, International Kıbrıs University
Faculty of Law, Yeditepe University Faculty of Law

e-mail: kutluhanb@hotmail.com

**OBSTRUCTION OF THE USE OF THE FREEDOM OF
CONSCIENCE, EXPRESSION AND THOUGHT AS A CRIMINAL
OFFENSE (ART. 115 TCC)**

Asst. Prof. Dr. R. Barış ERMAN.....271

Faculty Member, Yeditepe University Faculty of Law, Department of
Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: r.baris.erman@gmail.com

AN INSIGHT VIEW INTO E- WASTE LEGISLATION IN TURKEY AND EU

Lecturer Dr. Ayça İZMİRLİOĞLU.....293

Teaching Staff, Yaşar University Faculty of Law, Department of Labour and Social Security Law

e-mail: ayca.izmirlioglu@yasar.edu.tr

THE DETERMINATION OF THE KINGS IN THE ROMAN KINGDOM

Asst. Prof. Dr. Duygu ÖZER..... 305

Faculty Member, Anadolu University Faculty of Law, Department of Roman Law

e-mail: duozer@anadolu.edu.tr

PROVISIONS LIMITING PRODUCT PRICES IN ANCIENT ROME

Prof. Dr. Diler TAMER.....323

Faculty Member, Yeditepe University Faculty of Law, Department of Legal History

e-mail: dilertamer@yahoo.com

THE FRENCH DATA PROTECTION AUTHORITY: CNIL

Asst. Prof. Dr. Çağla TANSUĞ.....335

Faculty Member, Galatasaray University Faculty of Law, Department of Administrative Law

e-mail: ctansug@gsu.edu.tr

A CRITICAL ANALYSIS TO TERM OF PUBLIC OFFICIAL IN THE CONTEXT OF CRIMINAL LAW

Res. Asst. Aras TÜRAY.....355

Research Assistant, Istanbul Bilgi University Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law

e-mail: aras.turay@bilgi.edu.tr

THE ARBITRATOR’S CONTRACT IN TURKISH LAW

Res. Asst. Elif Ceren TÜRKOĞLU.....379

Research Assistant, Yeditepe University Faculty of Law, Department of Civil Law

e-mail: e.cerenturkoglu@hotmail.com

THE NATURE AND FUNCTION OF LAW IN STATELESS SOCIETY

Prof. Dr. Oktay

UYGUN.....Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

Faculty Member, Yeditepe University Faculty of Law, Department of General Public Law

e-mail: oktayuygun@yahoo.com

SIGNS THAT CAN BE TRADEMARKS ACCORDING TO NEW INDUSTRIAL PROPERTY LAW

Att. Deniz Türkan YÜKSEKOL.....411

Attorney-At-Law, Yalova Bar Association

e-mail: dyuksekol@gmail.com

*BELİRLİ ALACAĞIN BELİRSİZ ALACAK DAVASINA KONU EDİLMESİ DURUMUNDA MAHKEME NE TÜR BİR KARAR VERMELİDİR?

(HOW SHOULD THE COURT MAKE DECISION IF A QUANTIFIED CLAIM IS SUBJECT AN ACTION FOR AN UNQUANTIFIED CLAIM?)

Doç. Dr. Cenk AKİL* **

ÖZ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde düzenlenmiş bulunan belirsiz alacak davasının açılabilmesi için davacının davanın açıldığı tarihte dava konusu ettiği alacağın miktarını kesin bir biçimde belirlemesinin kendisinden beklenememesi yahut bunun imkânsız olması gerekmektedir. Alacağın hangi hallerde belirsiz sayılacağını baştan belirlemek kolay değildir. Alacaklının şartları gerçekleşmeden belirsiz alacak davası açması durumunda mahkemenin nasıl bir karar vermesi gerektiği gerek öğretide gerekse yargı kararlarında tartışmalıdır. Aşağıda önce yargı kararları ile öğretide temsil edilen görüşlere daha sonra da kişisel görüşümüze yer verilecektir.

Anahtar Sözcükler: Medeni usul hukuku, belirsiz alacak davası, hukuki yarar, hâkimin davayı aydınlatma ödevi, usul ekonomisi, taleple bağlılık ilkesi

ABSTRACT

According to the Art. 107 of the Code of Civil Procedure numbered 6100, an action for unquantified debt is accepted, if it is impossible or unreasonable to quantify the amount of the debt at the start of the proceedings. It is not always simple at the start to determine when a debt shall be considered as unquantified. An exact answer for the question, what type of decision shall the court make when an action for unquantified debt is taken, although legal requirements have not been fulfilled, is found neither in literature nor in legal practice. In this paper, we show some decisions and theoretical approaches to the issue, in first. Then, our personal view will be detailed.

Keywords: Law of civil procedure, action for an unquantified debt, legal interest, judge's liability to enlighten the case, the principle of procedural economy, ultra petita prohibition.

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 01.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 05.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 12.01.2018.

* Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku ABD

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3662-0124

GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte hukukumuzda pozitif olarak düzenlenen belirsiz alacak davası (HMK m. 107) çeşitli tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların en önde gelenlerinden biri davacının belirli bir alacağı belirsiz alacak davasına konu etmesi durumunda mahkemenin nasıl bir karar vereceğidir. Mesele gerek Yargıtay kararlarında gerekse doktrinde tartışmalıdır. Aşağıda önce Yargıtay kararlarına ve doktrinde ileri sürülen görüşlere, daha sonra kişisel görüşümüze yer verilecektir.

I. YARGITAY KARARLARINDA SAVUNULAN GÖRÜŞLER

Belirli alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda nasıl bir karar verileceği hakkında Yargıtay daireleri arasında görüş birliği sağlanamamıştır. Bazı daireler böyle bir durumda davacının hukuki yararının bulunmaması nedeniyle davanın reddedilmesi gerektiğini kabul ederken başka bazı daireler ise davacının talebini belirli hale getirebilmesi için süre verilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

Mesela, Yargıtay'ın 1, 4 ve 22. Hukuk Daireleri ile YHGK az önce zikredilen görüşlerden ilkinin temsil etmektedirler:

“... Davacı, davalı tarafından tek satıcılık sözleşmesinin haksız olarak feshedilmesinden önce davalı şirkete ait ilaçları dava dışı firmadan satın alması sebebiyle 300.000.00 TL, ilaçların tanıtımıyla müşteri portföyü oluşturması sebebiyle müşteri tazminatı çerçevesinde 300.000.00 TL, sözleşmenin haksız fesih sebebiyle de 200.000 TL kazanç kaybı ile çeşitli kalemler adı altında yapılan masraf ve ödemelerin 6100 sayılı HMK'nin 107. maddesine dayanarak davalıdan tahsilini talep etmiş ise de davaya konu alacak miktarları açıkça belirli olduğundan işbu davada 6100 sayılı HMK'nin 107. maddesinde belirtilen belirsiz alacak davası açma koşulları oluşmamıştır. Bu durumda, davanın, hukuki yarar bulunmadığından usulden reddi gerekirken, işin esasına girilmesi hatalı ise de...”¹.

“... Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibarıyla uyumsuzluğa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafça belirlenememesi gereklidir. Belirleyememe hali, davacının gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilmemesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır... Şu durumda, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir.

¹ 1. HD, 22.06.2016, 2015/15101, 2016/6895 (Legalbank).
YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Çünkü alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Bu nedenle, mahkemece, dava konusu edilen zararın gerçekte belirli bir alacak olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşılacakla, hukuki yarar yokluğundan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir...².

“...Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, davanın kısmen kabulüne karar verilmesi üzerine Dairemizce yapılan temyiz incelemesinde karar, dava konusu edilen kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacaklarının gerçekte belirlenebilir alacak olduğu ve belirsiz alacak davasına konu edilemeyeceği, bu alacaklar yönünden hukuki yarar bulunmadığı gerekçesi ile bozulmuş; anılan bozma ilamına uyulmakla...³.

“... Bu noktada şu da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukuki yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukuki yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek bir süre verilmemelidir. Zira burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanununun 119/1-ğ maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Buradaki hukuki yarar, sonradan tamamlanacak nitelikte bir hukuki yarar değildir. Çünkü dava açıldığında o sırada mevcut olmayan hukuki yarar, bunun da açıkça mahkemece bilindiği bir durumda, tamamlanacak bir hukuki yarar değildir. Aksinin kabulü aslında açık olan talep sonucunun süre verilerek davacı tarafından değiştirilmesi ve bulunmayan hukuki yararın sağlanması için davacıya ek imkân sağlanması anlamına gelecektir ki, buna usul bakımından imkân yoktur, böyle bir durum taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırı olacaktır (H. Pekcanitez/O. Atalay/M. Özkes, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 454)...⁴.

² 4. HD, 05.07.2017, 2015/10133, 2017/4554 (Legalbank).

³ 22. HD, 28.09.2017, 39467/19860 (Legalbank).

⁴ YHGK, 02.11.2016, 2015/22-1078, 2016/1010 (KİBB). Aynı yönde: 22. HD, 16.06.2016, 2014/33903, 2016/18051 (KİBB).

Buna karşılık, Yargıtay'ın 7. ve 19. Hukuk Daireleri ise belirli bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda davanın hemen reddedilmemesi ve davacıya talebini açıklattırdıktan sonra davanın karara bağlanması gerektiğini kabul etmişlerdir.

Örnekler:

“...*HMK. 'nun 114/1-h maddesinde hukuki yarar dava şartları arasında sayılmış, 115/2. maddesinde mahkemenin dava şartı noksanlığını tespit etmesi halinde davanın usulden reddine karar verileceği ancak dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre vereceği bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemiş ise davayı dava şartı yokluğundan usulden reddedeceği bildirilmiştir. Mahkemece alacağın miktarının belirlenebilir olduğu, belirsiz alacak davası açılmayacağı kabul edildiği halde davacıya talep ettiği alacağın miktarını tam olarak açıklayıp eksik harcı tamamlaması için kesin önel verilmeksizin davanın hukuki yarar yokluğundan usulden reddine karar verilmiş olması da doğru olmamıştır...*”⁵.

“... *Dava, bayilik sözleşmesinin ihlâli ve haksız fesih nedeniyle sözleşme uyarınca talep edilen kâr kaybına ilişkindir. Bu durumda davanın belirsiz alacak davası olarak açılması mümkün değildir. Öncelikle mahkemece davacıya talepleri açıklattırılıp belirtilen alacak miktarı üzerinden harç ikmali sağlandıktan sonra işin esasının incelenmesi gerekirken...*”⁶.

II. DOKTRİNDE SAVUNULAN GÖRÜŞLER

Yukarıda belirtildiği gibi, mesele doktrinde de tartışmalıdır. Doktrindeki görüşleri belirli alacak için açılan belirsiz alacak davasının hemen reddedilmesini savunanlar ile davanın reddedilmemesi gerektiğini savunanlar olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.

A. BELİRSİZ ALACAK DAVASININ REDDEDİLMESİ GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

Bu görüşün temsilcilerinden *Simil*'e göre belirli bir alacak hakkında belirsiz alacak davası açılması durumunda hâkim davayı aydınlatma görevi (HMK m. 31) çerçevesinde talep sonucunun değiştirilmesine izin veremez; hukuki yarar yokluğu tamamlanabilen dava şartlarından olmadığından⁷ davacıya

⁵ 7. HD, 15.06.2016, 2015/11535, 2016/13322 (KİBB).

⁶ 19. HD, 30.10.2017, 2016/13510, 2017/7418 (Legalbank).

⁷ Bu yönde: HANAĞASI, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009, s. 323. Aksi yönde: KURU, Baki: Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

süre vermeden davayı reddetmesi gerekir⁸. Fakat bu durum henüz mahkeme tarafından tespit edilmeden önce davacı talep sonucunu ıslah veya karşı tarafın rızasına istinaden değiştirdiği takdirde, mahkeme artık hukuki yarar yokluğu gerekçesiyle davayı reddedemez (HMK m. 153/3)⁹.

Benzer görüşü savunan *Pekcanitez* de belirli bir alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesi halinde dava dilekçesindeki eksikliklerin giderilmesini düzenleyen HMK m. 119/1-ğ, 2 ile dava şartı eksikliğinin giderilmesine ilişkin HMK m.115/2'nin hukuki yarar eksikliğinin giderilmesinde uygulanmayacağını; buna karşılık, belirli bir alacağı belirsiz alacak davasına konu eden davacının dilekçelerin teatisi aşamasında herhangi bir yasakla karşılaşmaksızın talep sonucunu değiştirebileceğini, söz gelimi, davalının cevap dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açılmayacağını ileri sürmesi üzerine davacı cevaba cevap dilekçesinde talep sonucunu rakamla göstererek davasını normal bir eda davasına çevirebileceğini, bu halde henüz dilekçelerin teatisi aşaması tamamlanmadığından yasakla da karşılaşmayacağını ifade etmiştir. Yazara göre, belirli alacak için belirsiz alacak davası açıldığında dava dilekçesindeki eksiklikten değil, hukuki yarar eksikliğinden bahsetmek gerekir. Davacının esasen belirli bir alacak için bu alacağı belirsiz alacak davası addederek geçici talep sonucu belirtmesi durumunda dilekçede talep sonucu bakımından bir eksiklik yoktur. Bu halde hâkim, dava dilekçesinde talep sonucunun açıkça belirli olmasından hareketle ona HMK m. 119/2'ye göre süre veremez¹⁰.

Belirli alacak için açılan belirsiz alacak davasının reddini savunan diğer bir görüşe göre yukarıda zikredilen gerekçelere dürüstlük kuralına (HMK m. 29) ve taleple bağlılık ilkesine (HMK m. 26) aykırılık da eklenebilir. Şöyle ki; bu görüş sahiplerine göre belirli bir alacak için kanunen hakkı olmadığı halde belirsiz alacak davası açan davacı bu davranışıyla dürüstlük kuralını (HMK m. 29) ihlâl etmektedir. Öte yandan bu görüş sahiplerine göre, hâkim

Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası, Ramazan Arslan Armağanı, Ankara 2015, s. 1068.

⁸ SİMİL, Belirsiz Alacak, s. 234-235, 236; SİMİL, Cemil: Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 1357. Aynı yönde: ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2017, s. 300; Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi C. II, 3. B., Ankara 2017, s. 1605.

⁹ Simil, s. 236.

¹⁰ PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. II, 15. B., İstanbul 2017, s. 1058. Aynı yönde: ÖZEKES, Muhammet: Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı) Ejder Yılmaz'a Armağan, C.II, Ankara 2014, s. 1603; ASLAN/AKYOL ASLAN/KİRAZ, s. 989.

tarafaların talepleriyle bağlı olduğundan (HMK m. 26) davacıyı koruma adına talebini mahkemeye eksik getirdiğini, talebini artırarak tam olarak belirlemesini ondan isteyemez. Aksine davranış taleple bağlılık ve taraflarca hazırlama ilkelerine aykırılık teşkil eder¹¹.

B. DAVANIN REDDEDİLMEMESİ GEREKTİĞİ GÖRÜŞÜ

Davanın reddedilmemesi gerektiğini savunan yazarlar da bu konuda çeşitli gerekçeler ileri sürmüşlerdir. Bu yöndeki görüşlerden birine göre, belirsiz alacak davalarında özel bir hukuki menfaat aranmamalıdır; belirsiz alacak davası için aranan menfaatin herhangi bir eda davasından farkı yoktur. Davacının alacağına kavuşması için dava açması zorunlu ise, menfaatin var olduğu kabul edilmelidir. Davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmiş olması ve fakat bu davanın koşullarını taşıyaması tek başına davacının hukuki menfaati olmadığı anlamına gelmez¹². Bu görüşe göre, bu halde eda davası açılacak hallerde tespit davasının açılmayacağına ilişkin ilke de uygulama alanı bulmaz. Zira tespit davasında özel bir hukuki menfaatin aranacağı öteden beri kabul edilen ve Kanunda da yer alan bir husustur (HMK m. 106/2). Hâlbuki belirsiz alacak davası bir eda davası olup eda davalarında hukuki menfaatin varlığı esastır¹³; alacağın miktar yahut değerinin davacıdan kesin olarak belirlenmesinin beklenemediği veya bunun imkânsız olduğu söylenebilir de, açılan davada hukuki menfaat mevcuttur. Fakat açılan bu dava, belirsiz alacak davası olarak değil, kısmi veya tam dava olarak kabul edilmeli ve mahkeme HMK m. 31 uyarınca alacak miktarını netleştirmesi için davacıya süre verip yargılamaya devam etmelidir¹⁴. Öte yandan burada teknik anlamda dava değiştirmeden de bahsedilemez. Zira davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilmesi durumunda dahi davacının talebi alacağın tümünün hüküm altına alınmasıdır¹⁵.

¹¹ ASLAN/AKYOL ASLAN/KİRAZ, s. 990.

¹² BUDAK/KARAASLAN, s. 136.

¹³ KARAASLAN, Varol: “Belirsiz Alacak Davası/Kısmi Dava-Bir Madalyonun İki Yüzü mü?”, YÜHFD, C. XIII, S. 1, s. 230 vd.; BUDAK/KARAASLAN, s. 137.

¹⁴ BUDAK, Ali Cem: Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Ocak 2013, s. 82 vd.; BUDAK, Ali Cem/KARADEMİR, Dilek: Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hakim Nasıl Karar Vermelidir?, YÜHFD, C. XIII, S. 1, s. 140 vd.; BUDAK/KARAARSLAN, s. 137.

¹⁵ BUDAK/KARAASLAN, s. 137.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının reddine karşı çıkan bir başka görüşe göre de hâkim davayı aydınlatma görevi (HMK m. 31) çerçevesinde davacıya süre vererek talep sonucundaki eksikliğin giderilmesini sağlamalıdır¹⁶.

Üçüncü bir görüşe göre de şartları oluşmamasına rağmen açılan alacak davası hukuki yarar eksikliği nedeniyle hemen reddedilmemelidir. Hâkim taleple bağlı olup, hukuki nitelendirmeye bağlı olmadığından (HMK m. 33) ortada örtülü kısmi dava da yok ise, ara kararıyla açılan davayı tam bir eda davası (HMK m.105) olarak görmelidir. Çünkü belirsiz alacak davası kapsamında dava dilekçesinde gösterilmesi gereken asgari tutar zaten somut olayın koşullarına göre, tespiti mümkün olan alacak tutarıdır¹⁷.

İsviçre hukukunda da dava konusu alacağın belirsiz olduğunun yargılama sırasında anlaşılması halinde derhal davanın reddi yoluna gidilmemesi, mahkemenin, talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesi için davacıya süre vermesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁸. Benzer yönde bir diğer görüşe göre de, somut olayda mümkün olmasına rağmen davacının talep sonucunu rakam olarak göstermeden dava açmış ise, hâkim -duruma göre- talep sonucunu belirsiz yahut eksik sayarak davayı aydınlatma ödevi uyarınca (İsvMUK m. 56; HMK m. 31) davacıya süre vererek talep sonucun netleştirilmesini isteyebilir¹⁹.

Alman hukukunda ise bir görüşe göre, para alacaklarının dava dilekçesinde rakam olarak gösterilmesi dava dilekçesinin kabule şayanlık koşullarındandır. Davacı şartları gerçekleşmeden belirsiz alacak davası açmış ise, davacıya süre verilerek alacak tutarını belirlemesi istenmeli ve ancak bu yapılmadığı takdirde dava, kabule şayan olmadığı gerekçesiyle usulden reddedilmelidir²⁰.

¹⁶ ÇİL, Şahin/KAR, Bektaş: 6100 Sayılı HMK'ye Göre İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. B., Ankara 2012, s. 52.

¹⁷ TANRIVER, Süha: Medeni Usul Hukuku, C. I, Ankara 2017, s. 587. Görüşün eleştirisi için bkz. Pekcanitez, Pekcanitez Usul, s. 1056, dn. 271.

¹⁸ Bkz. LOOSLI, Peter: Die unbezifferte Forderungsklage unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Zürich 1978, s. 124.

¹⁹ GUT, Nicolas: Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Helbig Lichtenhahn Verlag, 2014, s. 56-57. Yazar, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bulunmasının davacıyı talep sonucunu muayyen olarak belirtme yükümlülüğünden tümüyle kurtarmayacağını altını çizmektedir (s. 57).

²⁰ Bkz. GREGER, Reinhold: Zöller Zivilprozessordnung, 30. B., 2014, § 253 kn. 13-14a (BUDAK/KARADEMİR, s. 141'den naklen).

III. GÖRÜŞÜMÜZ

Bize göre belirli alacağın belirsiz alacak davasına konu edilmesi durumunda mahkemenin davayı hukuki yarar yokluğu nedeniyle (derhal) reddetmemesi gerekir. Şöyle ki;

1. Belirsiz alacak davasının açılabilmesi için alacağın davacı tarafından belirlenmesinin imkânsız olması veya davacıdan beklenmemesi gerekmektedir. Ne ki, hangi alacakların belirli hangi alacakların belirsiz olduğunun tespiti davacı açısından kolay değildir²¹; her somut olay ayrıca değerlendirilmelidir²². Nitekim uygulamada bidayet mahkemesinin belirli kabul ettiği alacağı Yargıtay'ın belirsiz kabul ettiği kararlara rastlanmaktadır²³. Dolayısıyla belirsiz alacak davasının tabiatından kaynaklanan belirsizliği tümüyle davacının üzerine yıkmak ve davacının bu konuda yanıldığı anda derhal hukuki yarar yokluğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermek kanımızca bireylerin mahkemeye erişim hakkını²⁴ (hak arama özgürlüğünü) (AY m. 36) kısıtlayıcı niteliktedir²⁵.

2. Bilindiği üzere, HMK m. 33 uyarınca hâkim Türk hukukunu re'sen uygulamakla yükümlüdür. Hâkim, tarafların kendisine bildirdiği vakıalarla bağlı olmasına karşın hukuki nitelendirmeleri ile bağlı değildir²⁶. Bu itibarla

²¹ Aksi görüşte: ÖZEKES, Muhammet: Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırım Belirlenmesi Sorunu (Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı) Ejder Yılmaz'a Armağan, C.II, Ankara 2014, s. 1599.

²² SİMİL, s. 236; PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul, s. 1027-1028. Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır: “Alacağın hangi hallerde belirsiz, hangi hallerde belirli veya belirlenebilir olduğu hususunda kesin bir sınıflandırma yapılması mümkün olmayıp, her bir davaya konu alacak bakımından somut olayın özellikleri nazara alınarak sonuca gidilmesi gerekir. 6100 sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde, sorunun çözümünde yol gösterici mahiyette kriterlere yer verilmiştir...” 22. HD, 11.02.2014, 2014/442-2051 (POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 251 dn. 10).

²³ Örneğin bkz. 3. HD, 19.10.2017, 2016/3569, 2017/14201 (Legalbank). Kararda ilk derece mahkemesi dava konusu alacağın belirli olduğunu, bu nedenle belirsiz alacak davası açılmayacağını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Yargıtay ise dava konusu alacağın belirsiz olduğunu, bu nedenle davacının belirsiz alacak davası açabileceğini ifade etmiştir. Aynı Daire tarafından verilen ve alacağın belirli mi, belirsiz mi olduğu tartışması yapılan başka bir karar için bkz. 3. HD, 06.03.2017, 2015/17445, 2017/2493 (Legalbank). Karş. 17. HD, 16.03.2016, 2015/4486, 2016/3363 (Legalbank).

²⁴ Mahkemeye erişim hakkı için bkz. AKKAN, Mine: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER 2007/1, s. 29 vd.

²⁵ Karş. AKİL, Cenk: Kısmi Dava, Ankara 2013, s. 101-102.

²⁶ ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 186-187; KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, s. 223; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

davacının “belirli” bir alacağı “belirsiz” olarak nitelmesi hâkimi bağlamaz; hâkim dava konusu alacağın belirsiz olup olmadığını görevinden ötürü tespit etmek zorundadır. Zira belirsiz alacak davasını düzenleyen HMK m. 107’nin uygulanması için alacağın belirsiz olması şarttır. O halde davacı talep sonucunu tayin ederken hukuki bakımdan yanlış bir nitelendirme yapmış ise hâkim bununla bağlı olmayacak ve davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) uyarınca alacağın belirli olduğunu davacıya bildirerek alacak miktarını muayyenleştirmesini isteyecektir²⁷. Başka bir deyişle, hâkim, belirsiz alacak olduğu düşünülerek açılan “belirli alacak davasını” davacı gibi “belirsiz alacak davası” olarak nitelendirmek zorunda değildir. Davacının hukuki nitelendirmeyi yanlış yapmış olması ise kural olarak açılan davanın reddini gerektirmez. Hâkim görevinden ötürü, davacının getirdiği vakıaları nazara alarak davacı açısından en lehe olan hükümleri olaya tatbik edecektir²⁸. Hâkim bunu yaparken şüphesiz talep sonucunu yorumlayarak davacının dava ile neyi amaçladığını anlamaya çalışacaktır²⁹. Davacının ileri sürdüğü vakılardan dava konusu ettiği alacağın “belirli” olduğu anlaşılıyorsa davacının vakıaları yanlış nitelendirdiği sonucuna varmak gerekir. Kanımızca davacının normal eda davasını açmak istemediği tereddütsüz bir şekilde anlaşılmadığı müddetçe onun talebini bu yönde vasıflandırılmalıdır. Zira gerek belirli alacağa dayalı (normal) eda davasında gerekse belirsiz alacak davasında davacının talebi “alacağının tamamının” hüküm altına alınmasıdır³⁰.

3. Az önce de belirtildiği gibi, hâkim belirsiz alacak davasına konu edilen alacağın esasen belirli olduğunu (ve bu nedenle belirli alacak davası açılması

6. B., Ankara 2017, s. 360-361. *Yılmaz*’a göre bu ilke davacının yarışan iki ayrı kanun hükümünden birine açıkça ve kesin olarak dayanması durumunda dahi geçerlidir. Bkz. YILMAZ, Ejder: Medeni Yargılama Hukukunda Islah, 4. B., Ankara 2013, s. 153. Davacının getirmiş olduğu maddi vakıalar bir tek hukuk kuralının uygulanmasını gerektirdiği halde, davacı o kurala dayanmamış, aksine dayanılan kural ise gösterilen maddi olaylar ile ilgisi bulunmamış ise, mahkeme uygulanması gereken hukuk kuralını resen uygulamakla yükümlüdür Bkz. YHGK 25.11.1967, E. 4/375, K. 567 (RKD 1968/3-4, s. 27: ÜSTÜNDAĞ, s. 464, dn. 30.).

²⁷ Karş. MERİÇ, Nedim: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD, İzmir 2010, s. 394. Yazara göre talep sonucunun hayat olayına uygun olmadığı hallerde hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği bu uyumsuzluğun giderilmesi konusunda davacının dikkatini çekmesi gerekir.

²⁸ Aksi yönde: ÖZEKES, Muhammet: Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1, Ankara 2009, s. 764-765.

²⁹ KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001, s. 1608 vd.

³⁰ PEKCANITEZ, Hakan: Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011, s. 29; Simil, s. 39. Karşı görüşte: Kuru, Ders Kitabı, s. 159 dn. 11; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 253. Anılan yazarlara göre belirsiz alacak davası kısmi eda davasıdır. Karş. LOOSLI, s. 120. Yazara göre şüphe halinde belirsiz alacak davasının tam dava olarak kabulü gerekir.

gerektiğini) tespit edince davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) gereği davacının talebini muayyenleştirmesini isteyebilecektir. Her ne kadar öğretide davayı aydınlatma ödevinin davacının uygun bir talep sonucunu ileri sürmesini sağlayacak derecede ileri gitmeyeceği ifade edilmiş ise de³¹, kanımızca alacağın muayyenleştirilmesi için davacıya süre verilmesi bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Zira burada hâkim, davacıya sadece alacağın belirsiz değil, belirli olduğunu (ve bu nedenle belirsiz alacak davası açılmayacağını) belirtebilir, süre vermekle yetinmelidir³².

4. Şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının süre verilmeden, hukuki yarar yokluğu nedeniyle reddini savunan hâkim görüşün gerekçelerinden bir diğeri de eda davası açılması gerekirken tespit davasının açılması durumunda da davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle derhal reddedilmesidir. Ancak kanımızca eda davası ile tespit davasındaki arasındaki ilişkiden yola çıkılarak belirli alacak davası ile belirsiz alacak davası arasındaki ilişki hakkında çıkarımlarda bulunmak çok da isabetli değildir. Her şeyden evvel, eda davası açması gerekirken tespit davası açan davacının amacı uyumsuzluk konusu hak yahut hukuki ilişkinin tespitidir. Fakat o, bunu eda davası açma imkânını haiz iken yapmıştır. Davası da bu nedenle reddedilmiştir. Burada davacının ulaşmak istediği amaç ile kullandığı araç arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır³³. Öte yandan, eda davası ile tespit davasının mahkemeden istenen hukuki korunma talebine göre farklı davalar olduğu da gözden ırak tutulmamalıdır. Hâlbuki gerek belirli alacak davası gerekse belirsiz alacak davası kural olarak eda davasıdır³⁴. Diğer bir deyişle her iki dava arasında mahkemeden istenen hukuki korumaya göre bir farklılık bulunmamaktadır. Diğer yandan her iki davada da davacı kural olarak alacağın tamamına ulaşmayı amaçlamaktadır³⁵. Bu bakımdan da her iki dava arasında fark yoktur. Aradaki yegâne fark birinde alacak miktarının baştan belli olması diğerinde ise (baştan belirlenemeyen alacak miktarının) yargılama aşamasında belirlenebilmesidir.

³¹ ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıfaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 155; KARAASLAN, Varol: Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013, s. 40.

³² Karş. KARAASLAN, Aydınlatma Ödevi, s. 41.

³³ Şayet davacı dava dilekçesinde “tespit”ten bahsetmiş olmakla birlikte dilekçenin tamamından onun borcun edasını istediği anlaşılmakta ise zaten davanın eda davası olarak kabul edilmesi gerekir.

³⁴ ERCAN, İbrahim: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Belirsiz Alacak Davası (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, İzmir 2012, s. 147; ÖZBAY, İbrahim: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? Ankara 2012, s. 127.

³⁵ UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014, s. 319.

5. Yukarıda da belirtildiği gibi, hâkim görüş taraftarlarının bir kısmı belirli alacak yerine belirsiz alacak davası açılmış olmasını dürüstlük kuralına (HMK m. 29) da aykırı bulmaktadırlar. Kanımızca böyle bir genelleme yapılamaz. Zira müteaddit defalar belirtildiği gibi bir alacağın belirli mi, yoksa belirsiz mi olduğunu tayin etmek hiç de kolay değildir. Bu konuda mahkeme kararları arasında dahi görüş birliği sağlanamamıştır. Bu nedenle belirli alacak için belirsiz alacak davası açan davacının doğrudan doğruya dürüstlük kuralını (HMK m. 29) ihlâl ettiği söylenemez. Kanımızca belirli bir alacak için belirsiz alacak davası açan davacılar bunu kural olarak kötü niyetli olmalarından dolayı değil, alacaklarının belirsiz olduğunu varsaymalarından dolayı yapmaktadırlar. Gerçekten de bir an için davacının bilerek belirsiz alacak davası açtığı düşünülse dahi bununla davacının eline ne geçeceğini anlamak güçtür. Zira davacının dava konusu ettiği alacağı “belirsiz” olarak nitelemesi hiçbir şekilde mahkemeyi bağlamayacaktır. Mahkeme dava konusu alacağın belirli olduğunu tespit ettikten sonra davayı “belirsiz alacak davası” olarak görmeye devam edemez. Böyle bir durumda ya hâkim görüş tarafından kabul edildiği üzere dava derhal reddedilecek yahut katıldığımız görüş gereği davacıya alacak miktarını rakamla belirtmesi (ve bakiye harcı tamamlaması için) süre verilecektir. Bununla birlikte istisnai hallerde dürüstlük kuralına (HMK m. 29) aykırı biçimde belirsiz alacak davası açıldığı kabul edilebilir. Söz gelimi, alacaklı, borçluya noter vasıtasıyla ihtarname çekerek belli bir alacağın ödenmesini istedikten kısa bir süre sonra aynı alacak için belirsiz alacak davası açmış ise dürüstlük kuralını ihlâl ettiği kabul edilebilir. Böyle bir durumda davacı HMK m. 329’ün öngördüğü yaptırımlarla karşılaşacaktır.

6. Hâkim görüşe göre hâkimin belirsiz alacak davası açan davacıya süre vererek alacağın belirli hale getirmesini istemesi mümkün değildir. Zira böyle bir durumda davacı talep sonucunu (davasını) değiştirmiş olacaktır. Bu ise ancak karşı tarafın (davalının) rızası yahut ıslah ile mümkündür. Buna karşılık, kanımızca belirsiz alacak davasında talep sonucunun muayyenleştirilmesinde teknik anlamda dava değişikliğinden bahsedilemez. Dava değiştirmenin yasaklanması karşı tarafın (davalının) korunması düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Hâlbuki belirli alacak için açılan belirsiz alacak davasında böyle bir durum söz konusu değildir. Zira davalı daha davanın başında davacının nihai hedefinin dava dilekçesinde gösterilen geçici talep sonucu değil, alacağın tamamı olduğunu bilmektedir.

7. Hâkim görüşe göre davacının şartları oluşmadan açtığı belirsiz alacak davasının hâkimin aydınlatma ödevinin (HMK m. 31) ifası suretiyle belirli hale getirilmesi, normal eda davasına çevrilmesi durumunda hâkimin tarafların talepleriyle bağlılığı ilkesi (HMK m. 26) de ihlâl edilmiş olacaktır. Kanı-

mızca davacının dava konusu ettiği alacağı muayyenleştirmesiyle taleple bağıllık ilkesi ihlâl edilmiş olunmamaktadır. Zira esasen burada talep sonucu değişmemektedir. Belirsiz alacak davası açan davacının talep sonucu “alacağının tamamıdır”, keza, belirli alacak davası açan davacı da kural olarak alacağının tamamını talep etmektedir. Aralarındaki yegâne fark birinde talep sonucunun muayyen bir şekilde davanın başında, diğerinde ise yargılamanın ilerleyen aşamalarında gösterilmiş olmasıdır. Dolayısıyla hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) gereği davacıya süre vererek onun talebini muayyenleştirmesini sağlamasıyla taleple bağıllık ilkesi (HMK m. 26) zedelenmiş olmamaktadır. Başka bir deyişle, belirsiz alacak davasında davacının başta gösterdiği talep zaten onun “gerçek/esas” talebi değildir. Hâkimin bağlı olduğu talep de davanın başında simgesel olarak gösterilen talep değil, yargılama sırasında muayyenleştirilecek olan taleptir³⁶.

8. Belirsiz alacak davasının koşulları oluşmadan açılan davanın süre verilmeden (derhal) reddi kanımızca usul ekonomisi ilkesi³⁷ (HMK m. 30) ile de bağdaşmamaktadır. Zira davacının açmış olduğu belirsiz alacak davasının hukuki yarar yokluğundan usulden reddi onun daha sonra alacağının miktarını belirleyerek dava açmasına yol açacaktır. Aynı dava içinde davacının talebini muayyenleştirerek ulaşabileceği bir sonuç için onu yeniden dava açmak zorunda bırakmak kanımızca aşırıya kaçan bir biçimsellik anlayışının benimsenmesi anlamına gelecektir.

9. Hâkim görüşe taraftar bazı yazarlar şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının reddedilmesi gerektiğini, aksi düşüncenin kabulü halinde hâkimin taleple bağıllık ilkesini (HMK m. 26) ihlâl etmiş sayılacağını belirtmektedirler. Bu görüşe katılmak güçtür. Zira şartları oluşmadan belirsiz alacak davası açan davacı esasen davalının alacağın tamamına mahkûm edilmesini istemekte ve fakat bu meblağı rakamla gösteremediği için belirsiz alacak davası açmaktadır. Öte yandan belirsiz alacak davasında da davacının belirsiz

³⁶ Şayet davacı alacağın miktarının belirlenebilir hale gelmesine rağmen bu belirlemeyi yapmazsa ne olacaktır? Esasen burada alacak belirli olduğundan teknik anlamda belirsiz alacak davasından bahsedilemez. Dolayısıyla burada sanki ortada gerçek anlamda belirsiz alacak davası varmış gibi hareket edilerek talep sonucu davacının dava açarken göstermiş olduğu geçici miktar veya değer olarak kabul edilmemelidir. Kanımızca davacının talebini muayyenleştirmemesi durumunda -şayet başta gösterdiği geçici meblağı nihai dava konusu olarak ileri sürdüğünü belirtmedikçe- HMK m. 119/2 kıyasen uygulanarak dava açılmamış sayılmalıdır.

³⁷ Usul ekonomisi ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder: Usul Ekonomisi, AÜHFD, 2008/1, s. 243 vd.; RÜZGARESEN, Cumhuriyet: Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Ankara 2013.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

alacak davasıyla “alacağın tamamını” hedeflediği gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının hâkimin davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) uyarınca yaptığı ikaz üzerine belirli hale getirmesiyle esasen talep sonucu değişmemektedir; her iki durumda da davacı, davalının alacağın tamamına mahkûm edilmesini istemektedir.

SONUÇ

Şartları oluşmadan belirsiz alacak davasının açılması durumunda hukuki nitelendirme ile bağlı olmayan mahkeme (HMK m. 33) davayı reddetmemeli, davayı aydınlatma ödevi (HMK m. 31) gereği davacıya süre vererek dava konusu meblağı rakamla belirlemesini sağlamalı ve davaya buna göre devam etmelidir. Davacının verilen süreye rağmen dava konusu meblağı rakamla belirlememesi durumunda ise HMK m. 119/2 uyarınca davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir³⁸.

KAYNAKÇA

Akil, Cenk: Kısmi Dava, Ankara 2013.

Akkan, Mine: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, MİHDER 2007/1, s. 29 vd.

Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 9. B., İstanbul 2011.

Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. B., Ankara 2017.

Aslan, Kudret/Akyol Aslan, Leyla/Kiraz, Taylan Özgür: Koşulları Oluşmadan Açılan Belirsiz Alacak Davasında Mahkemece Verilecek Karar, DEÜFHD, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, İzmir 2014, C. 16, s. 975 vd.

Budak, Ali Cem: Belirsiz Alacak Davası, Bankacılar Dergisi, Ocak 2013, s. 82 vd.

³⁸ Şartları oluşmadan açılan belirsiz alacak davasının derhal reddine karar verilmesine karşı çıkan bir başka görüşe göre ise, bu durumda dava şartı noksanının giderilmesine ilişkin HMK m. 115/2 hükmünden de yararlanılarak davacıya süre verilebilir. Bkz. BUDAK/KARADEMİR, s. 141. Karş. KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012, s. 402. Yazar bu konuda üç ihtimalden bahsetmiştir. Birinci ihtimal yerel mahkemenin davayı dava şartı yokluğundan usulden reddetmesi. İkinci ihtimal, mahkemenin davayı eda davası olarak görüp karara bağlaması ve üçüncü ihtimal HMK m. 119 çerçevesinde talep edilen alacağın dava dilekçesinde yer alması gerekliliğinden yola çıkarak davacıya bu eksikliği tamamlayabilmesi için bir haftalık kesin süre vermesi.

- Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol: Medeni Usul Hukuku, 1. B., Ankara 2017.
- Budak, Ali Cem/Karademir, Dilek: Şartları Oluşmadığı Halde Belirsiz Alacak Davası Açılırsa Hâkim Nasıl Karar Vermelidir?, YÜHFD, C. XIII, S. 1, 2016, s. 140 vd.
- Çil, Şahin/Kar, Bektaş: İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava, 2. B., Ankara 2012.
- Ercan, İ.; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Belirsiz Alacak Davası (Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, Türkiye Adalet Akademisi Yayını, İzmir 2012, s. 102-183).
- Görgün, Şanal/Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, 6. B., Ankara 2017.
- Gut, Nicolas: Die unbezifferte Forderungsklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Helbig Lichtenhahn Verlag, 2014.
- Hanağası, Emel: Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Karaaslan, Varol: Belirsiz Alacak Davası/Kısmi Dava-Bir Madalyonun İki Yüzü mü?, YÜHFD, C. XIII, S. 1, 2016, s. 230 vd.
- Karaaslan, Varol: Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- Karlı, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. B., İstanbul 2012.
- Kuru, Baki: Medeni Yargıda Kısmi Alacak Davası Öldü, Yaşasın Belirsiz Alacak Davası ve İdari Yargıda Yaşasın Genişletilmiş Kısmi Alacak Davası, Ramazan Arslan Armağanı, Ankara 2015, s. 1063 vd.
- Kuru, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, İstanbul 2001.
- Loosli, Peter: Die unbezifferte Forderungsklage unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, Zürich 1978.
- Meriç, Nedim: Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD, İzmir 2010, s. 377 vd.
- Özbay, İbrahim: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, Ankara 2012.
- Özekes, Muhammet: Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.1., Ankara 2009, s. 745 vd.
- Özekes, Muhammet: Anayasa Mahkemesinin Kararı Karşısında Kısmî Dava İle Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Belirli-Belirsiz-Belirlenebilir Alacak Ayrımı) Ejder Yılmaz'a Armağan, C.II, Ankara 2014, s. 1589 vd.
- Pekcanitez, Hakan: Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011.
- Pekcanitez, Hakan: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. II, 15. B., İstanbul 2017.
- Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. B., İstanbul 1975.

Postacıoğlu, İlhan/Altay, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.

Simil, Cemil: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, (Simil, Belirsiz Alacak).

Simil, Cemil: Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 1351 vd.

Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku, C. I, Ankara 2016.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2014.

Üstündağ, Saim: İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasası, İstanbul 1967.

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, 7. B., İstanbul 2000.

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. B., Ankara 2017.

Yılmaz, Ejder: Islah, 4. B., Ankara 2013.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

B. : Bası

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn : Dipnot

HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

İsvMUK : İsviçre Medeni Usul Kanunu

Karş. : Karşılaştırınız

KİBB : Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

m. : madde

MİHDER : Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi

RKD : Resmi Kararlar Dergisi

s. : sayfa

S. : sayı

vd. : ve devamı

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

“BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA TEDBİRİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

(A STUDY ON SEARCHING, COPYING AND SEIZURE IN COMPUTERS, COMPUTER PROGRAMS AND FILES)

Ar. Gör. Batuhan AKTAŞ* **

ÖZ

Gelişen teknoloji ile birlikte bilgisayar kullanımının hızla artması ve hayatımızın her alanına dâhil olması, toplumsal düzeni korumaya yönelik adımlar atmakla görevli devletlerin, bu yeni teknoloji karşısında birtakım düzenlemeler yapmasını zorunlu kılmıştır. Bunun sonucunda birçok devlet, mevzuatında bilgisayar kullanılarak işlenebilen suçlara yer verdiği gibi ceza yargılaması da hem bilgisayar ile işlenen suçlara ilişkin delil elde edebilmek hem de diğer suçlarla etkin mücadele edebilmek adına bu sürece kayıtsız kalmamış ve gerek bilgisayar gerekse diğer elektronik aletlerde yer alan delillerden yararlanmaya başlamıştır. Türk hukukunda da bu ihtiyacı karşılamak üzere ihdas edilen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri de (CMK m. 134), 6526 sayılı kanunla önemli ölçüde değişikliğe uğramış ve ilgili tedbire başvuru şartları ağırlaştırılmıştır. Bu çalışmanın amacı, son değişiklikler çerçevesinde CMK md. 134'ün genel bir incelemesini yapmak ve ilgili maddenin uygulamada nasıl yorumlandığını belirlemek olacaktır. Tüm bu hususların daha iyi anlaşılabilmesi adına kısa bir şekilde koruma tedbirlerinin özelliklerine de değinilecek akabinde CMK md. 134 inceleneyecektir.

Anahtar Kelimeler: *Bilgisayar, Bilgisayarlarda Arama, Dijital Delil, CMK md. 134, Bilgisayarlara Elkoyma*

ABSTRACT

With the development of technology, the use of computers increased rapidly and involved in every aspect of our life, taking steps towards the protection of the social order, it is obligatory for the responsible states to carry out certain regulations in the face of this new technology. As a result, many states

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi:11.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 18.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 22.01.2018.

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5113-2503

have committed crimes that can be committed using the computer in their legislation, and criminal proceedings have not been able to remain indifferent to this process in order to obtain evidence of computer crimes and to effectively combat other crimes and have begun to take advantage of the evidence contained in other electronic devices. In Turkish law, searching, copying and seizure measures in computers, computer programs and registers, which are arranged to meet this need, have been significantly changed by the law numbered 6526 and the requirements for the application of the related laws have been aggravated. The intent of this study is to make a general examination of the Code of Criminal Procedure No. 5271 article 134 and to determine how it is interpreted in practice by taking into consideration recent changes.

Keywords: *Computer, Searching of Computer, Digital Evidence, Art. 134 of Law No. 5271, Seizure of Computers...*

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin etkili bir biçimde yürütülebilmesi adına, tıpkı tüm karmaşık yargılama süreçlerinde olduğu gibi, birtakım tedbirlere başvurulması zorunludur; hatta ceza muhakemesi morfolojisi¹ açısından bu tür tedbirlere başvurulmaması halinde yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesinden bahsedilemeyeceği gibi maddi gerçeğe ulaşmayı temel amacı sayan ceza muhakemesi hukuku da söz konusu amacına ulaşamayacaktır². İşte geçmişten beri gerek delil elde etmek ve elde edilen delilleri korumak gerekse yargılama sonucu verilen hükmün yerine getirilmesi gayesiyle yargılamayı yöneten makamların başvurduğu bu tür tedbirlere ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri denilmiştir³. Diğer bir ifadeyle koruma tedbirleri; ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işlenmesini ve hükmün oluşmasında en önemli unsur

¹ Ceza muhakemesi morfolojisi (yani ceza muhakemesinin yaşayan bir realite olduğu hususunda) hakkında bkz. Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 1970, s. 278 vd.

² Veli Özer Özbek-Koray Doğan, Pınar Bacaksız-İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, Ekim 2016, s. 43; Yener Ünver-Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, 2016, s. 8.

³ 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) zamanında terminoloji üzerine yapılan tartışmalar 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu ile son bulmuş ve kanun koyucu bu hususta “*koruma tedbiri*” ifadesini benimsemiştir. Bununla birlikte söz konusu tedbirler açısından öğretiler; “*ihtiyati tedbir*”, “*usul tedbirleri*”, “*zorlayıcı önlem*”, “*ceza yargılaması önlemi*” gibi farklı kavramlar da kullanılmıştır. Bahri Öztürk-Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem-Özge Sırma Gezer-Yasemin F. Saygılar Kırıt-Özdem Özaydın-Esra Alan Akcan-Efser Erden Tütüncü, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, Ankara, Eylül 2016, s. 433. Kanımızca, koruma tedbiri kavramı Ceza *YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)*

olan delillerin toplanmasını ve muhafaza edilmesini sağlayan usuli tedbirlerdir⁴.

Koruma tedbirlerinden birini ve çalışmanın konusunu oluşturan; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri de, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun dördüncü kısmını oluşturan "koruma tedbirleri" başlığı altında 134. maddede düzenlenmiş, bu bakımdan kanun koyucu, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin araştırılması gayesine ulaşmak amacıyla en çok başvurulan yollardan biri olan arama tedbirinin özel bir görünümü olan bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbirini ayrıca hüküm altına almıştır.

Bu tedbire ceza muhakemesi kanunda özel olarak yer verilmesinin nedenini ise günümüzde gelişen teknoloji ile birlikte bilgisayar kullanımının hızla artması ve hayatımızın neredeyse her alanına dâhil olması oluşturmaktadır. Nitekim toplumsal düzeni korumaya yönelik adımlar atmakla görevli devletler, bu yeni teknoloji karşısında kendilerini diğer devletlere karşı savundukları gibi, vatandaşlarını da koruma ihtiyacı hissetmişlerdir. Bunun sonucunda birçok devlet, mevzuatında bilgisayar kullanılarak işlenebilen suçlara yer vermiş ve bunları müeyyide altına almıştır⁵. Ceza yargılaması da hem bilgisayar ile işlenen suçlara ilişkin delil elde edebilmek hem de diğer suçlarla etkin mücadele edebilmek adına bu sürece kayıtsız kalmamış ve gerek bilgisayar gerekse diğer elektronik aletlerde yer alan delillerden yararlanmaya başlamıştır.

Muhakemesi Kanunu'nun 90. maddesinden itibaren düzenlenen tüm tedbirleri kapsamamakta; ayrıca bu tedbirler çoğu zaman tedbirin uygulandığı kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahalede bulunmakta ve koruma fonksiyonunu yalnızca deliller kısmında sağlamaktadır. Bundan dolayı Alman Hukukunda olduğu gibi ilgili tedbirler açısından "temel haklara müdahale eden tedbirler" ifadesi (Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma Gezer-Saygılar Kırıt-Özaydın-Alan Akcan-Erden Tütüncü, **a.g.e.**, s. 433; benzer şekilde bkz. Yeşim Yılmaz, "Bir Ceza Muhakemesi İşlemi Olarak Adli Arama", **TBB Dergisi**, Sayı: 124, 2016, s. 256.) tercih edilmeli ya da ceza muhakemesinin, muhakeme hukukunun bir alt dalı olduğu da düşünüldüğünde, ceza muhakemesinin işlemesi için gerekli söz konusu tedbirler için terminolojik olarak "ceza usul tedbirleri" (Faruk Erem, **Diyalektik Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 1986, s. 435) kavramı kullanılmalıdır. Ancak çalışmada, koruma tedbiri ifadesi okuyanın kanundan kolay takip etmesi açısından kullanılmaya devam edilecektir.

⁴ Nurullah Kunter-Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, İstanbul, 2010, s. 833.

⁵ Bilgisayar suçlarının ortaya çıkması 1970 yıllarına kadar gitse de, bu konunun ulusal mevzuatlarda düzenlenmesi 1990'lı yılları bulmuştur. Türk hukukunda ise 1991 yılında hazırlanan tasarılar da bu konu işlenmiş ancak 2001 yılında 765 sayılı eTCK' da bu suçlara yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 2013, s. 215 vd.

Dijital (*elektronik*) delil (*digital evidence*) olarak adlandırılan bu tür ispat araçlarını, elektronik ortamlarda bulunan ve adli süreçte kullanılabilir her türlü bilgi ve veri olarak tanımlamak mümkündür⁶. Bu bakımdan usuli muhakemenin aksine, hukuka uygun yollarla elde edilmiş her türlü delili kabul eden ceza muhakemesi için dijital veriler de delil vasfı kazanmış ve uygulamada sıkça başvurulmuş ispat vasıtalarından biri haline gelmiştir. Bununla birlikte, ceza muhakemesinde delil serbestisinin olması her türlü olgunun delil olarak değer kazanmasına olanak vermeyecektir. Diğer bir ifadeyle; ceza muhakemesinde hükme giden yolu aydınlatan ve ispat vasıtası olan deliller; hukuka uygun yollarla elde edilmiş⁷, sağlam ve güvenilir, bilim tarafından kabul edilebilir ve son olarak müşterek olmalıdır⁸. Bu genel özellikler dijital deliller için de aranacaktır⁹.

Dijital delillerin ortaya çıkarılması ise hukuki sürecin yanında bir takım teknik bilgi ve uzmanlığı gerektirmektedir. Keza inceleme konumuz olan tedbir açısından bilgisayarlaraya yönelik yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işleminin uzman kişiler tarafından yapılması zorunludur. Bu alanda uzman personel yetiştiren ve bilişim alanında yer alan delil niteliğindeki verileri inceleyip rapor sistemi içerisinde adli mercilere ulaştıran disipline adli bilişim denmektedir¹⁰. İnceleme konusu tedbir açısından adli bilişim faaliyeti hayati

⁶ Elektronik delil kavramı için bkz. <http://edirnebarosu.org.tr/incelemler/adli-bilisim-computer-forensic/>; Osman Gazi Ünal, Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara, 2011, s. 16; Olgun Değirmenci, **Ceza Muhakemesinde Sayısal Dijital Delil**, 1. Bası, Ankara, 2014, s. 112 vd.; Ayrıca bkz.

http://www.koksalspartners.com/files/4813/5426/5664/Elektronik_Deliller_UBHK.pdf

⁷ Bu bakımdan Türkiye’de yaşayan bir kişi, Alabama polis teşkilatına mail atarak Dr. Steiger isimli bir kişinin çocuklara karşı istismarda bulunduğunu iler sürmüş, başlatılan operasyon çerçevesinde doktorun Atlanta’daki evinde bulunana bilgisayarında işlediği suça ilişkin deliller bulunmuştur. Bu hususta yaşanan tartışma ise bir kişinin doktorun bilgisayarına uzaktan bağlanarak bu şekilde elde ettiği delilin ve buna dayanarak yaptığı ihbarın kabul edilebilir olup olmaması noktasına yoğunlaşmıştır. Mahkeme “suç işleyerek elde edilen delilin” ceza muhakemesinde kullanılmayacağına karar vermiştir. Örnek için bkz. Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2015, s. 423.

⁸ Nur Centel-Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, 2013, s. 206 vd.

⁹ Muharrem Özen-Gürkan Özocak, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve Elkoyma Tedbirinin Hukuki Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 1, Yıl: 2015, s. 57-58.

¹⁰ Adli bilişim hakkında detaylı bilgi için bkz. Özen-Özocak, **a.g.m.**, s. 51 vd. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 66 vd., Ünal, **a.g.e.**, s. 12-13.

önem taşımaktadır. Keza tedbirin uygulanması esnasında; bilgisayardan veri toplamak, ilgili veriyi başka bir bilgisayara kopyalamak, bilgisayarı dondurmak veya kapatmak ya da bilgisayarı laboratuvara götürmek gibi pek çok işlem oldukça titiz bir şekilde yerine getirilmelidir¹¹. Bu titizlik yalnızca maddi gerçeğe ulaşma noktasında kilit rol oynayan ve oldukça hassas olan dijital verileri korumak için değil; aynı zamanda tedbirin muhatabı olan şüpheli/sanığın temel hak ve özgürlüklerinin de korunması açısından önemlidir.

Nitekim söz konusu tedbir -*diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi*- kişinin temel hak ve özgürlüklerini ciddi şekilde ihlal etme tehlikesini barındırmaktadır. Keza bilgisayarlar, iş dünyasının yanı sıra, teknolojik gelişmelerle paralel olarak kişilerin özel hayatlarında da önemli bir yer kaplamaya başlamışlardır. Günlük hayatta birçok insan; bilgisayar yoluyla fotoğraflar paylaşmakta, yazılar yazmakta ve başka insanların görmesini istemediği bazı bilgileri de yine bilgisayarlarda saklamaktadır. Yine büyüklü küçüklü şirketlerin tamamı ticari sırlarını bilgisayarlarında depoladıkları gibi, söz gelimi; avukat, doktor ve birçok meslek erbabı da meslek sırlarını bilgisayarlara aktarmaktadır. Bu kadar kişisel ve önemli bilgilerin bir arada bulunduğu bir eşyanın Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan tedbirin konusunu oluşturması; Anayasal güvence altına alınan, özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, düşüncüyü açıklama ve yayma, bilim ve sanat hürriyeti gibi birçok temel hak ve özgürlük açısından potansiyel bir tehdidi de beraberinde getirmektedir¹². Bu sebeple

¹¹ Özen-Özocak, **a.g.m.**, s. 51.

¹² Nitekim özel hayatın gizliliği hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinde; "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*" şeklinde güvence altına alınmış ve söz konusu tedbire ancak millî güvenlik, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi sebeplerine bağlı olarak başvurulacaktır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinde düzenlenen bilgisayarlar arama ve elkoyma tedbiri de yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 116 ve devamı maddelerinde düzenlenen arama tedbirinin özel bir şeklini oluşturduğundan Anayasal normun getirdiği kısıtlamalara tabi olacaktır. Bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbirinin özel hayatın gizliliği ile bağlantısına ilişkin bkz. Batuhan Aktaş, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Açısından Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, İstanbul, 2017, s. 96. Ayrıca bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s 411.

kanun koyucu, ilgili tedbirin başvuru şartlarını diğer birçok tedbire nazaran da daha sıkı olarak belirlemiştir¹³.

Bununla beraber söz konusu tedbir her ne kadar kanunda sıkı şartlara bağlansa da; tedbirin uygulaması, maddede yer alan bazı hususların anlaşılması ve birtakım teknik yetersizlikler nedeniyle bazı problemler yaratmaktadır. Keza öğretide de, maddedeki koşullara ve istisnai kurallara dikkat edilmeksizin kolluk tarafından bilgisayarlara *-gerekli inceleme yapılmadan-* doğrudan elkonulduğu ileri sürülmüştür¹⁴. Bu bakımdan yukarıda da belirtildiği gibi özel hayata ilişkin pek çok mahrem bilgiyi saklayan bilgisayarlarda, yalnızca arama tedbiri uygulanırken değil, bundan daha ağır sonuçlara sebebiyet verebilecek olan elkoyma tedbiri açısından da kolluk güçlerinin oldukça titiz davranması gerekir.

Bu açıdan çalışmada bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin öncelikle başvuru koşulları incelenecek, akabinde özellikle elkoyma açısından uygulamada ortaya çıkan sorunlar öğretide ileri sürülen çözüm önerileri ile birlikte ele alınmaya çalışılacaktır.

I. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA TEDBİRİ

A. GENEL OLARAK

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Koruma Tedbirleri*" başlığı altında düzenlenmiştir. Bunun bir sonucu olarak; koruma tedbirlerinin önkoşulları ve özellikleri olan kanunla düzenlenmiş olma, geçici olma, araç olma, zorlama, gecikmede sakınca, görünüşte haklılık ve orantılılık ilkesi gibi gerek öğretide gerekse yargı kararlarında aranan birtakım şartlar da inceleme konusu tedbir açısından öncelikli olarak göz önünde bulundurulacaktır¹⁵. Bu bakımdan ilgili tedbire başvurulabilmesi için görünüşte bir haklı sebep aranacağı gibi, tedbirin uygulaması da ancak geçici bir süre açısından mümkün olabilecektir. Nitekim tedbire başvuru ile tedbirle elde edilmek istenen sonuç arasında da bir denge bulunmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bilgisayarlarda arama ve elkoyma gibi özel hayatın gizliliğine ağır bir müdahale teşkil

¹³ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 398.

¹⁴ Ünver-Hakeri, **a.g.e.**, s. 427.

¹⁵ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 255.

edebilecek tedbirin, istisnai olarak ve tedbirin muhatabına aşırı yük getirmeden uygulanması gerekmektedir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi ilgili tedbir, 116. maddede düzenlenen aramanın ve 123. maddede düzenlenen elkoymanın özel bir şeklini oluşturmaktadır¹⁶. Bundan dolayı aksine hüküm bulunmayan hallerde arama ve elkoymaya ilişkin genel hükümler, ilgili tedbir açısından da uygulanabilir. Bununla birlikte öğretilerde; söz konusu tedbirin, arama ve elkoyma tedbirine ilişkin bölümde düzenlenmesinin yerinde olduğunu ileri sürenler olduğu gibi¹⁷, bu tedbirin çok istisnai hallerde elkoyma niteliğine bürüneceği bundan dolayı özel olarak elkoyma tedbiri olarak ele alınmaması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır¹⁸. Gerçekten de CMK m. 134’de yer alan tedbir, ancak maddede sayılan birkaç istisnai durumda elkoymaya izin vermekte, burada da aslında tam bir elkoyma gerçekleşmemektedir.

Öte yandan bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbiri, suç öncesinde polis bilgisayarlarında kayıtlı tutulan verilerin aranması ile karıştırılmamalıdır. Nitekim CMK’nin 134. maddesinde yer alan tedbir; ancak suç işlendikten sonra ve normun içerisinde düzenlenen koşulların mevcudiyeti halinde başvurulabilir iken; önleme araması sırasında kolluğun kendi bilgisayarlarına kaydettiği veriler üzerinde araştırma yapması için ise herhangi bir suçun ortaya çıkmasına ya da inceleme konusu maddede yer alan ağır koşulların oluşmasına gerek bulunmamaktadır¹⁹.

Ayrıca yine bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbiri birçok açıdan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinden de farklıdır. Öncelikle kanun koyucu, CMK m. 135’de yer alan tedbir açısından dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümlerin; ancak belirli suçlar açısından uygulanabileceğini öngörürken; CMK m. 134 açısından ise böyle bir sınırlandırmayı tercih etmemiştir²⁰. Yine telekomünikasyon yoluyla

¹⁶ Yusuf Yaşar-İsmail Dursun, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: 19, S.: 3, 2013, s. 6; Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 398; Değirmenci, **a.g.e.**, s. 312; Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar Kırıt-Özaydın-Alan Akcan-Erden, **a.g.e.**, s. 512, s. 520; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, **a.g.e.**, s. 427.

¹⁷ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 411.

¹⁸ Hakeri-Ünver, **a.g.e.**, s. 427.

¹⁹ Alman hukukunda “*trol ağı*” (Schleppnetzfangdung) ismi verilen bilgisayar destekli aramanın koşulları için bkz. Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 822 vd.

²⁰ Kanunda CMK m. 134’de düzenlenen tedbir açısından katalog suçlar öngörülmemesi öğretilerde eleştirilmiştir. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 414.

yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin konusu her türlü iletişimi gerçekleştiren telefon, faks vb. iletişim araçları iken; bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbiri yalnızca bilgisayar ortamında yer alan veriler bakımından uygulanabilecektir. Bu açıdan CMK m. 135’de “*akış halindeki veri*”lerin tespiti ve değerlendirilmesi söz konusu iken; CMK m. 134 “*durağan veri*”nin araştırılması yapılmaktadır²¹.

B. TEDBİRİN KAPSAMI VE ŞARTLAR

1.Tedbirin Kapsamı

a. Konu Bakımından

İnceleme konusu tedbirin konusunu bilgisayarlar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri oluşturmaktadır. Günümüzde bilgisayarların sürekli küçülmesi ve değişmesi sebebiyle tedbirin konusu teşkil eden kavramlardan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin kısa bir açıklama yapılması yerinde olacaktır.

Bilgisayar kelimesi, İngilizce “*compute*”²² (hesaplama)” kelimesinden türemiştir. Bilgisayar sözlükte²³ “*Çok sayıda aritmetiksel ya da mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, çalışması sırasında bir işletmen’in işe karışması gerekmeksizin, önceden verilmiş bir izleneye göre, özdevimli olarak yürüten bir veri işleyici. Bir bilgisayar dizgesi elektronik ve mekanik birimlerden oluşan donanım ile bu donanım birimlerini ya da kaynakları istenen işlere yönettirip verimli bir çalışma düzeni içerisinde kullanabilmek için gerekli tüm izlencelerden ve veri yapılarından oluşan yazılım öğelerini kapsar.*” veya “*Çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin.*” olarak tanımlanmıştır. Aslında tüm bu karmaşık tanımların yanı sıra

²¹ Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 382, Ünal, **a.g.e.**, s. 89. Ayrıca iletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması süreli iken; bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri uzun süre devam etmez. Tedbir niteliği gereği arama ve elkoyma işleminin bitmesi ile sona erer. Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, **a.g.e.**, s. 428.

²² “*Compute*” kelimesi Latince kökenlidir ve *computer* kelimesinden gelmektedir. Computer kelimesinin Türkçe telaffuzu olan kompütür kelimesi de doktrinde genellikle Faruk EREM tarafından tercih edilmiştir. Caner Yenidünya-Olgun Değirmenci, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, Legal yayınları, İstanbul, 2003, s. 17, dn. 1.

²³TDK internet büyük sözlüğü www.tdk.com
YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

bilgisayar²⁴ ²⁵, donanım (hardware) ve yazılım (software) unsurlarını bir arada bulunduran elektronik aygıt olarak da tanımlanabilir²⁶.

Gelişen bilgi teknoloji karşısında, farklı amaçlar için üretilmiş aygıtların da işlevleri bakımından bilgisayara yaklaştıkları görülmektedir. Örneğin; tüketim toplumunda bir çılgınlık haline gelen ve bugün hemen hemen herkeste bulunan akıllı telefonların yaptığı işlemlerin çoğu bilgisayar işlemlerine eşdeğerdir. Bu bakımdan ileri teknoloji bir telefon ile bilgisayarı ayırt etmek çoğu zaman güçtür²⁷. Öğretide akıllı telefonların ve tabletlerin söz konusu tedbirin konusu olup olamayacağı tartışılmıştır. Her ne kadar maddenin lafzında bilgisayar ifadesi yer almakta ise de bugün ağırlıkta olan ve bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre; akıllı telefonlar ve tabletlerde yer alan durağan verinin incelenebilmesi için dahi CMK m. 134’de yer alan tedbirin şartlarının sağlanması ve bu hususa ilişkin olarak hâkim kararının bulunması gerekmektedir²⁸.

Bilgisayar programları²⁹ ise bilgisayarın belli bir işlemi yerine getirmesi için tasarlanmış komutlar zinciridir³⁰. Başka bir deyişle, bilgisayarın belli işlemleri yerine getirilmesi için oluşturulmuş komutlar olarak da tanımlanabilir. Bu komutların belli bir düzende ve belli kurallarla oluşturulması gerekmektedir.

²⁴ Bilgisayarın tanımı için bkz. Yenidünya-Değirmenci, **a.g.e.**, s. 17; Değirmenci, **a.g.e.**, s. 32; Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, s. 16; Dülger, **a.g.e.**, s. 51; Mehmet E. Artuk-Ahmet Gökçen-Caner A. Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Bası, Ankara 2015, s. 674; Ali İhsan Erdağ, “Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010, S. 2, s. 278.

²⁵ Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin tanımlar başlıklı maddesinde bilgisayar “bir veya birden fazla yazılım çerçevesinde otomatik olarak veri işleyebilen bir cihazı veya birbirine veya birbiriyle ilişkili bir dizi cihaz” olarak tanımlanmıştır. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin tamamı için bkz.

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/a/sibersuclar.pdf>

²⁶ “Ayrıca bilgisayarların, diğer teknolojik aygıtlardan ayıran hususun belli işlemleri yapmak üzere değil, genel bir takım işlemleri ona uygun programlarla yapma becerisi şeklinde belirtilmiş ve bilgisayar en geniş veri işlemcisi olarak tanımlanmıştır.” Dülger, **a.g.e.**, s. 58.

²⁷ Bu konuda bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 36.

²⁸ Murat Volkan Dülger, “Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Tedbiri”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular** (Editör: Nur CENTEL), 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 321.

²⁹ Ünal, **a.g.e.**, s. 8; Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, s. 17.

³⁰ <http://www.sanalkurs.net/program-nedir-ve-programci-kimdir-1941.html>

Bilgisayar kütükleri, “*sanal ortamdaki verilerin disk üzerinde saklanması için oluşturulan belirli büyüklükteki veri yapısı (depo)*” olarak tanımlanabilir³¹. Genellikle bilgisayarın ikincil hafıza birimlerinde bulunur.

b. Uygulanacağı Şahıs Bakımından

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 134. maddesinin ilk fıkrasında; “... *şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde ...*” ifadesine yer verilmiştir. Madde lafzından bilgisayarın şüpheliye ait olmasının gerekmediği sadece şüphelinin kullanmasının yeterli olduğu sonucu çıkmaktadır³². Keza öğretilerde de bilgisayarların, bilgisayar programlarının ve kütüklerinin şüphelinin mülkiyetinde yahut zilyetliğinde olmasının aranmadığı; yalnızca bunların şüpheli tarafından kullanılması yeterli görüldüğü ileri sürülmüştür³³. Bu bakımdan şüphelinin tedbire konu bilgisayarı kullandığı ve suça ilişkin delillerin hala ilgili bilgisayarda bulunduğu somut delillere dayalı olarak kuvvetli şüphe yoğunluğunda ortaya konulabiliyor ise bilgisayarın üçüncü bir kişiye ait olmasının önemi yoktur³⁴.

Şüpheli dışındaki kişiler tarafından kullanılan bilişim sistemlerinde ise tedbire başvurulması mümkün değildir. Zira yukarıda belirttiğimiz “... *şüphelinin kullandığı...*” ifadesi *a contrario* (veya mefhumu muhalifinden) yorum metoduyla incelendiğinde, fiili kullanımın şüpheli dışında diğer kişiler tarafından gerçekleştirilmesi halinde tedbire başvurulamayacağı anlaşılmaktadır³⁵. Kaldı ki, kanun koyucu bu tedbiri, arama ve elkoymanın özel bir şekli olarak düzenlemiş olduğundan, CMK m. 117 hükmünün de kıyas yolu ile

³¹ Örnek için bkz. Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, s. 18.

³² “*Şüpheliden başka üçüncü kişilerin bilgisayarları hakkında bu tedbir uygulanmaz. Başka bir ifadeyle genel hükümlere yollama yapılarak şüphelinin bilgisayarına uygulanacak bu tedbir, üçüncü kişilere karşı genişletilemez.*” Ünal, **a.g.e.**, s. 91; katıldığımız karşı görüş için bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 398.

³³ Caner Yenidünya-Zafer İçer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2016, s. 449.

³⁴ Bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 92; Değirmenci, **a.g.e.**, s. 318; Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, s. 21; Dülger, **a.g.m.**, 322; Yargıtay 5. CD., E. 2007/3700, K. 2007/4661, T.11.06.2007, www.kazanci.com

³⁵ *Değirmenci* bu konuda aynı görüşü paylaşmakla beraber, şüpheli dışındaki diğer kişilerin kullanımının tedbire konu olabilmesi için o kişilerin rızalarının alınması gerektiği görüşündedir. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 319; Dülger ise tedbirin şüpheli dışındaki diğer kişiler tarafından kullanılması durumunda da uygulanması gerektiğini belirtmiş ve bunun olmamasını yasal bir eksiklik olduğunun altını çizmiştir. Dülger, **a.g.m.**, s. 316.
YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

uygulanamayacaktır³⁶. Keza Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hazırlık aşamasında yapılan tasarının 135. maddesinden özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarının bilgisayar sistemlerine veri taraması ve karşılaştırması ibaresinin yasalaştırma sürecinde metinden çıkarılması da bunun göstergesidir.

Bu hususla ilgili bir sorun da, tedbirin, mağdurun bilgisayarına yönelik olarak uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir. Her ne kadar kanuni bir dayanacağı bulunmasa da suç delillerinin bilgisayarında olduğunu düşünen mağdur söz konusu tedbiri kendi bilgisayarına uygulanmasını isteyebilmelidir³⁷
³⁸.

2.Tedbirin Koşulları

a. Bir Suç Soruşturmasının Varlığı

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinde yer alan; “*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ...*” ifadesi dolayısıyla ilgili tedbirin yalnızca bir suçu ortaya çıkarmak için yapılacak soruşturmalarda uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bundan dolayı tedbire disiplin veya idari soruşturmalar için başvurulamaz³⁹.

Bu alanda tartışılan husus ise tedbire ceza muhakemesinin hangi aşamasında başvurulacağıdır. Bu konuda *Kunter/Yenisey/Nuhoğlu*⁴⁰, *Çolak/Taşkın*⁴¹ ve *Yenisey/Nuhoğlu*⁴² tedbire yalnızca soruşturma aşamasında başvurulabileceğini belirtirken; *Ünver/Hakeri* de maddenin yanlış kaleme

³⁶ “*Ceza muhakemesi hukukunda her ne kadar kıyas serbestisi bulunsa dahi sınırlayıcı hükümler ile istisnai hükümlerde bu serbestinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca bilinçli boşluk hallerinde de kıyas yasağı mevcuttur.*” Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 45; aynı görüş için bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 319; karşı görüş için bkz. Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, s. 21; Yenidünya-İçer, **a.g.e.**, s. 450.

³⁷ Aynı görüş için bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 93; ayrıca Yargıtay'ın da bu doğrultuda kararı için bkz. Y.11.CD., 2005/6376, 2007/2551, T. 16.04.2007, karar için bkz. www.kazanci.com

³⁸ Ayrıca bu konuda olaya iki yönüyle yaklaşmış, ilk olarak mağdurun bilgisayarının olay yeri olduğunu ve savcının bu konuda CMK m. 160 kapsamında yükümlü olduğuna değinmiş ve ikinci olarak İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliği'nin 10. maddesine yapılan ilavenin bir benzerinin *Adli ve Önleme Aramalar Yönetmeliği*'nin 17. maddesine ilave edilmesini önerilmiştir. Kanaatimce uygulamada rahatlık açısından Adli ve Önleme Aramalar Yönetmeliği'nin 17. maddesine “... *şikâyetçi veya mağdurun rızasının bulunması durumunda...*” eklenmesi yerinde olacaktır. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 319 vd.

³⁹ Ünal, **a.g.e.**, s. 100.

⁴⁰ Kunter-Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 1098.

⁴¹ Haluk Çolak-Mustafa Taşkın, **Açıklamalı-Uygulamalı-Karşılaştırmalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005, s. 434.

⁴² Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 428.

alındığını belirterek sanık için söz konusu tedbire başvurulamayacağını altını çizmiştir⁴³. Buna karşılık *Centel/Zafer* tedbire kovuşturma aşamasında başvurulmasının pratik bir fayda sağlamayacağını⁴⁴ çünkü sanığın bu aşamada delilleri yok edebileceğini haklı olarak ileri sürmüştür. *Ünal* ise her ne kadar maddenin lafzi yorumundan tedbirin yalnızca soruşturma evresinde uygulanabileceği sonucu çıkmakta ise de mahkemenin şüpheyi yenememesi durumunda tedbire başvurabileceğini⁴⁵ savunmuş ve CMK m. 134’de bunu engelleyen bir hususun olmadığını söylemiştir. *Keza Değirmenci* de soruşturma aşamasında tüm delillerin toplanmasının hayatın olağan akışı ile bağdaşmadığını, vicdanı kanaatini oluşturup şüpheye yer bırakmayacak hükmü verme amacıyla mahkemenin kovuşturma aşamasında tedbire başvurabileceğini ifade etmiştir⁴⁶.

Kanaatimizce de bu tedbire kovuşturma aşamasında başvurulmasında her ne kadar pratik bir fayda olmasa da, mahkemenin kovuşturma aşamasında olayı re’sen araştırma yükümlülüğü çerçevesinde şüpheyi yenmek açısından ilgili tedbire başvurabileceğinin kabulü gerekmektedir. Aksine ileri sürülen görüşler; benzer ağırlıktaki tedbirlere (örneğin; iletişimin denetlenmesi) kovuşturma aşamasında başvurulabilirken; ilgili tedbir açısından böyle bir sınırlandırmanın varlığını açıklayamamaktadır. Bununla birlikte kanunilik ilkesi ve kıyas yasağı gereği, kanun koyucunun CMK m. 134’ü yeniden revize etmesi ve bu bakımdan soruşturma ifadesinden sonra gelecek şekilde kovuşturma ibaresini de eklemesi yerinde olacaktır.

İnceleme konusu koruma tedbiri açısından ise her ne kadar bir suç soruşturmasının varlığı öngörülmüş ise de; bununla ilgili katalog suçlara yer verilmemiştir. Öğretide maddenin uygulanması ile ilgili olarak orantılılık koşulunun yerine getirilmesi açısından tedbire başvurulmasını gerektirebilecek mahiyette bazı suçların öngörülmemesi eksiklik olarak değerlendirilmiştir⁴⁷. Gerçekten de bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için bazı suçların işlendiği hususunda somut olgulara dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin aranması daha uygun olacaktır⁴⁸. Nitekim özel hayatın gizliliğine önemli ölçüde müdahale teşkil etme imkânı olan söz konusu tedbirin alelaide bir suç için uygulanması hem tedbirin yapısına aykırılık teşkil edecek

⁴³ Ünver-Hakeri, **a.g.e.**, s. 428.

⁴⁴ *Centel-Zafer*, **a.g.e.**, s. 398.

⁴⁵ *Ünal*, **a.g.e.**, s. 100.

⁴⁶ *Değirmenci*, **a.g.e.**, s. 334-335; Benzer görüşte bkz. *Yenidünya-İçer*, **a.g.e.**, s. 450.

⁴⁷ *Yenidünya-İçer*, **a.g.e.**, s. 450.

⁴⁸ *Centel-Zafer*, **a.g.e.**, s. 414.

hem de yukarıda da belirtildiği üzere koruma tedbirinin ön şartlarından olan orantılılık ilkesine zarar verecektir⁴⁹.

b. Başka Suretle Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması

CMK m. 134'te tedbire başvuru açısından aranan bir diğer şart da başka suretle delil elde etme imkânının bulunmamasıdır. Bu hususiyetin aranma amacı tedbirin önemine binaen son çare (ultima ratio) olmasını vurgulamaktır. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu söz konusu tedbirin olası uygulanmasının temel hak ve özgürlüklerde meydana getireceği ihlalleri göz önünde bulundurarak, tedbire ancak son çare olarak başvurulabileceğini öngörmüştür. Bunun yanı sıra iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinde de aynı şarta kanun koyucu tarafından yer verilmiştir. Bu bakımdan bu tedbirlerin ağır sonuçlarından önce eğer başka tedbirlerle sonuç elde edilebiliyorsa daha öncelikli olan o tedbire (söz gelimi, arama gibi) başvurulacaktır⁵⁰ (ölçülülük ve tedbirin ikincilliği).

Başka suretle delil elde etme imkânının bulunmaması⁵¹ ifadesinden, tüm tedbirlere başvurulması ve hiçbirinden sonuç alınamaması anlamı çıkmakta ise de hayatın olağan akışı karşısında eğer diğer tedbirlere başvurulmasında herhangi bir yarar bulunmadığı kuvvetle muhtemel ise şart gerçekleşmiş sayılmalıdır⁵². Bu hususun gerekçelendirilmesi ve tedbire neden başvurulduğunun gösterilmesi gerekmektedir. Bu hususta öğretilde “başka surette delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” ibaresinin yer verildiği diğer ikincil tedbirler (iletişimin denetlenmesi, teknik takip vb...) ile inceleme konusu tedbi-

⁴⁹ Kanun koyucu gelişen teknoloji ile beraber gerek bilgisayar kullanımının artması gerekse bilgisayar aracılığıyla işlenen suçların çeşitlenmesi sebepleriyle böyle bir tercih de bulunmuş ise de, tedbirin kötüye kullanılması ihtimalini aza indirebilmek ve işlendiği düşünülen suç ile söz konusu tedbire başvurulması arasındaki illi nedeni tespit edebilmek adına tedbirin uygulanma imkânını belirli bazı suçlar ile sınırlandırmasında fayda bulunmaktadır.

⁵⁰ “Ölçülülük ilkesi gereği işlenen fiil ortaya koymak amacıyla birden fazla tedbirin işletilmesi söz konusu olursa, öncelikle temel hak ve özgürlüklere en az zarar veren tedbire başvurulacaktır. (Öncelik sonralık ilişkisi)” Ünal, **a.g.e.**, s. 102.

⁵¹ Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'te, başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması hâli: “soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınmayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması” şeklinde tanımlanmıştır (İlgili Yönetmelik m. 4/1 - c).

⁵² Yenidünya-İçer, **a.g.e.**, s. 451.

rin aynı anda şartlarının oluşması durumunda nasıl bir yol izleneceği tartışılmış; her somut olayın şartları göz önüne alınarak ve temel hak ve özgürlüklere daha az zarar veren tedbirin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³. Somut olayın çok karmaşık olması durumunda ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılması adına, her bir tedbirin koşullarının oluşması halinde somut olaya uygun olarak iki veya üç tedbire başvurulması mümkün olmalıdır⁵⁴.

Uygulamada başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması şartına önem verilmediği görülmekte ve genel arama sonucu kişinin bilgisayarına elkonulması durumu ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Kanun koyucunun CMK m. 134'te bilgisayarlar için özel düzenleme yaptığı göz önüne alınırsa daha hafif şartlar ihtiva eden genel arama kararı sonucu bilgisayara elkonulması durumunda delillerin hukuka aykırı olacağı konusunda şüphe bulunmamalıdır. Böyle bir kabul koruma tedbirlerinin ön şartlarından olan ölçülülük ilkesinin de bir gereğidir⁵⁶.

c. Tedbire Başvuru İçin Aranılan Şüphe ve 6526 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler

6526 sayılı Kanun⁵⁷ ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu yasanın amacı ilgili kurumları ve kanunları, taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Anayasa'da yer alan adil yargılanma hakkı uyarınca revize etmektir⁵⁸. Bu sebeple CMK'de düzenlenen ve temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan koruma tedbirlerinde önemli değişiklikler olmuştur⁵⁹.

⁵³ Ünal, **a.g.e.**, s. 103.

⁵⁴ Örneğin, faillerin ihaleye fesat karıştırma suçunu işledikleri konusunda kuvvetli şüpheye dayanan somut deliller varsa CMK m. 134 uygulanabileceği gibi bu tedbir sonucu gerekli delillere ulaşılamaması halinde, bu kişiler hakkında geleceğe yönelik bir tedbir olan CMK m. 135 uygulanabilecektir.

⁵⁵ Ünver-Yener, **a.g.e.**, s. 427.

⁵⁶ Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, **a.g.e.**, s. 433.

⁵⁷ Bu yasa için bkz.

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=6526

⁵⁸ Gereğince bu husus açıkça belirtilmiş ve adil yargılama hakkı uyarınca temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden koruma tedbirlerinin yeniden düzenlendiği belirtilmiştir. Tam metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>

⁵⁹ Değişikliğe uğrayan koruma tedbirleri; CMK'nin 91, 94, 100, 116, 128, 134, 135, 139 ve 140. maddeleridir. Ayrıca Kanunda sürekli bu şekilde değişiklik yapılmasının hukuki güvenliği zedelediği ve söz konusu değişikliklerin hukuki bir gereklilikten ziyade siyasi bir sürecin ürünü olduğu ileri sürülmüştür. Yılmaz, **a.g.m.**, s. 257.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Söz konusu tedbirin şartları bakımından da iki önemli değişiklik söz konusudur. Öncelikle tedbire başvurmak için somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı aranmış ve tedbire başvuru zorlaştırılmıştır. İkinci olarak CMK md 134/4'te yer alan “istenmesi halinde” ifadesi madde metninden çıkarılmış, onun yerine sistemdeki yedeklerin kopyasının şüpheli veya vekiline verilmesi zorunlu hale getirilmiştir. Değişikliklerin daha iyi anlaşılabilmesi adına 6526 sayılı kanun öncesi durumun tahlilini yapmak gerekir.

i. 6526 sayılı Kanun Öncesi Aranan Şüphe

Koruma tedbirlerine başvuru için öngörülen şartlardan biri de şüphedir⁶⁰. Kanun koyucu her tedbirin insan haklarına müdahalesi hususunu değerlendirerek farklı şüphe dereceleri öngörmüştür.

6526 sayılı Kanun ile gerçekleştirilen değişiklikten önce CMK m. 134 açısından kanun koyucu herhangi bir şüphe derecesi öngörmemişti⁶¹. Bundan dolayı öğretilerde bir görüş⁶² bu tedbir açısından basit şüphenin yeterli olacağını savunmuştur. Diğer bir görüş⁶³ ise, CMK m. 134'te yer alan tedbirin arama ve elkoymanın özel bir şeklini oluşturmasından dolayı, söz konusu tedbirin şüphe derecesinde tıpkı arama ve elkoymada olduğu gibi makul şüpheyi aramıştır⁶⁴. Başka bir görüş⁶⁵ ⁶⁶ ise ceza muhakemesinde kıyas yasağı bulunmamasından hareketle CMK m. 135'te yer alan iletişimin denetlenmesi tedbiri

⁶⁰ “Şüphe iki anlamlıdır. Bunların ilki; “belleğin çeşitli alternatifler yapması konusunda tereddüt etmesi, hangisinin doğru olduğunu kestirememesi”, ikinci olarak “bir şeyin olup olmadığı hususunda tereddüde düşme” olarak ifade edilebilir. Ferit Develioğlu, **Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lügat**, İstanbul, 1981, s. 402.

⁶¹ Karşılaştırma için bkz. CMK m. 135.

⁶² “Tedbire başvurulabilmesi için suçun işlendiğine dair şüphe derecesi belirlenmemiştir. Bu durum, bir suçun işlendiğine dair basit şüphe halinde de, tedbire başvurulmasını mümkün kılacaktır.” Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 398.

⁶³ Ünal, **a.g.e.**, s. 100; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, **a.g.e.**; s. 427 vd.

⁶⁴ Ayrıca, Türkiye'nin 22.04.2014 tarihinde 6533 sayılı Kanun ile onayladığı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi'nin Açıklayıcı Raporu'nda bilgisayarda yer alan verilerde arama yapabilmek için makul bir şüphenin bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 426.

⁶⁵ Recep Gülşen, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı: 9, Ağustos, 2010, s. 26; Kuvvetli şüphe sebeplerinin sınırlı şekilde belirlendiğini bundan dolayı kıyas uygulanamayacağına ilişkin bkz. Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 45.

⁶⁶ “...nasıl ki bir kimsenin cep telefonunun dinlenmesi için CMK m. 135 gereğince kuvvetli suç şüphesinin varlığı aranmaktaysa, cep telefonu kadar mahrem verileri içerebilecek dizüstü bilgisayarların aranmasında da kuvvetli suç şüphesinin varlığı kabul edilmelidir.” Şaban Cankat Taşkın, **Bilişim Suçları**, Bursa, 2008, s. 171.

için aranan kuvvetli şüphenin CMK m. 134 açısından da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten de iki tedbirin uygulanmasıyla ortaya çıkacak hak ihlalleri aynı olmasına rağmen farklı şüphe derecelerinin aranması kanundaki bir eksiklik oluşturmaktaydı⁶⁷.

ii. 6526 sayılı Kanun Sonrası Aranan Şüphe

Önceki kanun döneminde aranan şüphenin hem hak ihlallerine yol açabileceğini hem de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sistematığıyla bağdaşmadığını, aslında olması gereken şüphe kriterinin kuvvetli şüphe olduğu⁶⁸ görüşü; 6526 sayılı kanunla⁶⁹ yapılan değişiklikle beraber, maddeye “*somut delillere dayanan kuvvetli şüphe*” ibaresi ile yasal bir zemine kavuşmuştur⁷⁰.

Burada tartışılması gereken husus, somut delil ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu konuda somut deliller, suçun işlendiği hususunda mı; yoksa suç delilinin o bilişim sisteminde olduğuna mı ilişkin olacaktır. Haklı olarak aranacak kuvvetli şüphe sebepleri suçun işlendiğine ve bu suça ilişkin delilin de bilişim sistemlerinde bulunduğu yönelmesi yani her iki husus açısından da aranmasıdır⁷¹.

d. Hâkim Kararı

CMK m. 134'ün ilk fıkrası tedbire karar verecek makamı açıkça göstermiştir⁷². Buna göre, ilgili tedbire başvurabilmek için Cumhuriyet savcısının istemi doğrultusunda hâkim kararı bulunması zorunludur. Kovuşturma evresinde de tedbire başvuru kararını savcının talebi üzerine veya talep olmaksızın mahkeme verecektir⁷³.

Kanun koyucu bazı koruma tedbirleri bakımından soruşturmanın selameti için birtakım alternatif karar mercileri öngörmüştür. Örneğin, kanunun 119.

⁶⁷ İleri sürülen görüşler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Yenidünya-İçer, **a.g.e.**, s. 450-451.

⁶⁸ Aynı yönde bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 101-102; Değirmenci, **a.g.e.**, 352.

⁶⁹ 6 Mart 2014 tarih ve 28933 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁷⁰ Bununla beraber bazı yazarlar, “*kuvvetli şüphe sebepleri*” ifadesini basit şüphede daha yoğun ama henüz iddianame düzenlemeye yetecek yeterli şüphe seviyesine ulaşmamış şüphe derecesi olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, **a.g.e.**; s. 432.

⁷¹ Aynı yönde görüş için bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 353.

⁷² “... Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine... hâkim tarafından karar verilir.” CMK m. 134.

⁷³ Değirmenci, **a.g.e.**, s. 353.

maddesine dayanarak arama kararının verilmesi esnasında, gecikmesinde tehlike bulunması halinde Cumhuriyet savcısının veya savcıya da ulaşılamayan hallerde kolluk amirinin yazılı emrinin yeterli olacağını düzenlemiştir. Ancak aynı hususun aramanın ve elkoymanın özel şeklini oluşturan CMK m. 134 açısından da öngörüldüğü söylenemez. Kanun koyucu gecikmede tehlike bulunması durumunda dahi, Cumhuriyet Savcısının bu tedbire başvurmasını istememiş ve temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale teşkil eden bu madde açısından hâkim güvencesi aramıştır^{74 75}.

Hâkimin vereceği kararda yer alması gereken hususların başında, somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin gerekçesi ve başka suretle delil elde etme imkânının neden olmadığına açıklanması gelmelidir. Akabinde CMK m. 119/2’de düzenlenen arama kararında bulunması gereken hususlar verilecek kararda da dikkate alınmalıdır. Hâkim kolluğun arama, kopyalama yetkisini kötüye kullanmasının önüne geçmek adına vereceği kararda, arama yapılacak bilişim sistemlerini, şüphelinin işlediği suçu ve aranacak delil niteliğindeki veriyi belirtmelidir.

Bilişim sistemlerinde arama yapılabilmesi adına, CMK m. 134’e başvurmak zorunludur. Hâkim tarafından verilecek genel arama kararıyla bilgisayarlar, bilgisayar programları ve kütükleri aranmayacağı gibi bunlara elkonulması da mümkün değildir⁷⁶.

⁷⁴ Maddenin ilgili fıkrası argumentum a contrario yorum metoduyla incelendiğinde tedbire hâkimden başkasının başvuramayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca bkz. Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, **a.g.e.**; s. 432; Yenidünya-İçer, **a.g.e.**, s. 453.

⁷⁵ Bununla birlikte, 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler İle Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin “*Soruşturma ve Kovuşturma işlemleri*” başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (j) bendi uyarınca; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ilgili tedbire Cumhuriyet Savcısı tarafından da karar verilebileceği düzenlenmiştir. İlgili hükme göre; Cumhuriyet savcısı aldığı kararı beş gün içerisinde görevli hâkimin onayına sunmak, hâkim de on gün içerisinde kararını açıklamak zorundadır. Tedbirin ani yapısı göz önüne alındığında Kanun Hükmünde Kararname’de yer alan onay sürelerinin uygulamada hukuki güvenliği sağlamaktan oldukça uzak şekilde düzenlendiği görülmektedir.

⁷⁶ Keza Yargıtay 2015 tarihli bir kararında bu hususta; “*Müşteki vekilinin şikâyeti üzerine başlatılan soruşturmada, ... 1. Sulh Ceza Mahkemesi’nin 21/08/2009 tarihli, 2009/1034 D. İş sayılı kararında, CMK’nın 119. maddesi uyarınca sanık tarafından işletilen iki ayrı işyerinde arama yapılmasına karar verilmesine karşın, aynı işyerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde arama yapılabilmesine olanak tanıyan CMK’nın 134. maddesine göre verilmiş bir arama kararı bulunmadığı anlaşılmakla, işyerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde yapılan arama sonucunda elkonulan ve içerisinde müşteki firmaya ait lisanssız yazılımların olduğu belirtilen harddiskler ve CD’ler hukuka aykırı delil niteliğinde olup hükme esas alınmayacağından, sanık hakkında verilen beraat kararı usul ve yasaya uygun görülmele*” şeklinde bir karar vermiştir. Y. 19 CD., E. 2015/2092, K. 2015/1175, T. 06.05.2015, karar için bkz. www.kazanci.com

C. TEDBİR KARARININ UYGULANMASI

1. Genel Olarak

Söz konusu tedbir açısından kanun koyucu ilk olarak arama ve kopyalama halini öngörmüş, daha sonrasında ancak belli hallerde elkoymanın uygulanabileceğini düzenlemiştir. Bunun altında yatan nedenlerden biri, bilgisayar gibi her alanda ihtiyaç haline gelen bir objeden kişileri mahrum bırakmama düşüncesidir. Söz gelimi; ticari faaliyetlerin bilgisayar üzerinden sürdürüldüğü günümüzde, içerisinde bilgilerle birlikte bilgisayara elkonulması durumunda tedbirin uygulandığı kişi açısından birtakım zararların ortaya çıkması kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca maddenin bu şekilde düzenlenmesinin asıl amacı; elkoyma gibi ağır bir tedbirden ziyade; arama ve kopyalama gibi, elkoymaya nazaran daha hafif tedbirlerle temel hak ve özgürlüklere en az şekilde zarar verme düşüncesidir. Keza maddede, arama ve kopyalama tedbiri için öngörülmeleyen bazı ek şartların elkoyma tedbirinin uygulanması için aranması bu hususu ispatlar niteliktedir⁷⁷.

Tedbirin temel hak ve özgürlüklere en az zarar verir şekilde uygulanması için basamaklı uygulanmasında yarar vardır⁷⁸. Diğer bir ifadeyle, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde öncelikle arama yapılmalı, bu şekilde delillere ulaşılamaması durumunda ancak elkoyma tedbirine müracaat edilmelidir. Bu bakımdan elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için genel arama şartlarının yanı sıra CMK m. 134’de ayrıca iki ek şart daha aranmıştır. Bu şartların nasıl yorumlandığı ve bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbirinin uygulamasının nasıl gerçekleştiği ise ayrı bir başlıkta incelenmelidir.

2. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 134. Maddesi Açısından Arama ve Kopyalama Tedbirinin Uygulanması

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 134. maddesinde bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerine yönelik düzenlenen ilk tedbir, söz konusu aygıtlar üzerinde yapılacak olan araştırma faaliyeti, diğer bir ifadeyle aramadır. Arama; suç delillerini ortaya çıkarmak için yapılabileceği gibi, suçun işlenmesinden önce de suçun önüne geçmek adına da yapılabilir. Bu bakımdan ilk durum “*adli arama*” faaliyetini oluştururken; ikinci durum ise PVSK’nin 9. maddesinde yer alan “*önleme araması*”dır. CMK m. 134’ün başvuru şartlarını

⁷⁷ Değirmenci, **a.g.e.**, s. 367.

⁷⁸ Değirmenci, **a.g.e.**, s. 360; Ünal, **a.g.e.**, s. 107; Ayrıca tedbir bakımından arama kararı olmadan elkoyma kararını olmayacağını belirterek farklı bir sistematik için bkz. Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, 13 vd.; aynı yönde bkz. Yenidünya-İçer, **a.g.e.**, s. 452.
YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

incelenirken değindiğimiz gibi kanun koyucu; inceleme konusu tedbir açısından oldukça ağır koşullar belirlemiş ve tedbire başvurulmasını hâkim güvencesine bağlamıştır. Bunun sonucu olarak CMK m. 134'ün, PYSK m. 9 kapsamında uygulanmasına imkân yoktur⁷⁹. Ayrıca, bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbiri özel olarak düzenlendiğinden, genel arama kararı (CMK m. 116) ile de bilişim sistemlerinde arama yapılamayacaktır. Keza CMK m. 134 kapsamında alınan bir arama kararı ile şüphelinin evraklarının veya çantasının aranması da hukuka aykırılık teşkil edecektir⁸⁰.

Bilişim sistemi üzerinde arama kararı ile birlikte tedbirin konusu olan araçlarda arama faaliyeti gerçekleştirilecektir. Burada aramanın adli bilişim alanında uzman veya sertifikalı kişilerce yapılması, hem doğru sonuç alınması hem de çıkacak problemlerin hızlı çözülebilmesi açısından yerinde olacaktır. Aramanın, bilişim sisteminin bulunduğu yerde yapılması maddenin ruhuna uygun olacağı gibi elkoyma tedbirinin meydana getireceği ağır sonuçlarında önüne geçecektir. Arama faaliyeti, bilgisayarda bulunan dosyalar üzerinde icra edilebileceği gibi, gizlenmiş bilgilerin ortaya çıkarılması, silinmiş verilerin kurtarılması gibi karmaşık bir yol da izleyebilir⁸¹. Uygulamada yeterli personelin bulunmayışı ve bu işlemin zaman alması açısından bulunan dijital delillerin⁸² yalnızca kopyasının alındığı ve gerekli incelemenin bilişim laboratuvarlarında yapıldığı gözlemlenmektedir.

Öte yandan bilgisayar verileri arasında yapılacak arama için özel bir usul geliştirmesi mukayeseli hukukta önerilmiştir. Bu bakımdan bilgisayar gibi herkesin kullanımında olan ve özel hayatlarına ilişkin birçok bilginin yer aldığı sistemin daha dikkatli aranması gerekmektedir. Alman hukukunda aranacak verileri üzerinde şüphe ile ilişkili olmak koşuluyla anahtar kelimelerin saptanması ve bu saptanan kelimeler üzerinde arama yapılması usulü öngörülmüştür⁸³. Dolayısıyla, önceden belirlenen anahtar kelimelerin yer almadığı dosyaların aranmaması hem özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini hem de aramanın daha hızlı yapılmasını sağlayacaktır⁸⁴. Keza Türk hukukunda da,

⁷⁹ Değirmenci, **a.g.e.**, s. 358.

⁸⁰ Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, s. 21 vd.

⁸¹ Değirmenci, **a.g.e.**, s. 361.

⁸² Dijital delillerin elde edilme süreci üzerine bkz.

http://utsam.org/images/upload/attachment/utsas_2010_secilmis/Bili%C5%9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20S%C3%BCreci.pdf ; Ayrıca bkz. Özen-Özocak **a.g.e.**, s. 53 vd.

⁸³ Centel-Zafer, **a.g.e.**, s. 424.

⁸⁴ Ayrıca Alman hukukunda telekomünikasyon yoluyla yapılan tedbirin kişinin özel hayatında yer alan çekirdek alanla sınırlı olduğu belirtilmiş ve StPO'nun Art. 100/b-2,3 gereğince bu alandan elde edilen tüm bilgilerin değerlendirilmeyeceği ve hemen imha edileceği düzenlenmiştir. Jens Puschke-Tobias Singelstein, "01.01.2008 Tarihli Yeni

hâkim kararı ile de olsa bilgisayar hafızasında kayıtlı tüm dosyaların tek tek açılmasının hukuka aykırı olacağı ifade edilmiştir⁸⁵.

Kopyalama işleminin doğru olarak yapılıp yapılmadığı ise özetleme (hashing)⁸⁶ işlemi ile kontrol edilmelidir. Özetleme işlemi yapılmaması veya yapılıp da değerlerin örtüşmemesi durumunda kopyalanan verinin doğruluğu tartışılır hale gelecektir. Bundan dolayı kopyalama işlemi ve akabinde yapılan özetleme işlemi tedbirin sağlıklı bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmek ve dijital delillerin en önemli özelliklerinden olan delillerin bütünlüğünü sağlamak açısından oldukça önemlidir. Bu hususların yerine getirilmesi hem delilin güvenilir olduğuna ilişkin kuvvetli bir emare olacağı gibi, tedbirin muhatabı durumunda olan şahsın, verilerin bütünlüğünün bozulduğuna ilişkin iddialarını da ortadan kaldıracaktır.

Arama esnasında kimlerin bulunacağına dair aramaya ilişkin genel kuralın uygulanabilir olduğu (CMK m. 120) ve şüphelinin müdafinin aramada hazır bulunmasına engel olunamayacağı, ayrıca avukatlara ilişkin CMK m. 130 hükmünün de aynı çerçevede ele alınıp uygulanması gerekmektedir^{87 88}. Ayrıca arama işlemi sırasında bilgisayar sahibinden yardım istenmemelidir, çünkü sistemini tanıyan şüpheli bu durumu kullanarak verileri değiştirme veya karartma yolunu tercih edebilir.

Arama tedbirinin uygulanmasına ilişkin tartışılan bir husus da, uzaktan aramanın uygulamada problem teşkil edip etmeyeceğidir. Uzaktan arama, kolluğun aranacak bilişim sistemine uzaktan erişmesini mümkün kılacak bir yazılım sayesinde kişinin bilgisayarında arama yapmasıdır. Bu hususun yasal

Düzenlemelere Göre Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Telekomünikasyon İzlenmesi, Kullanılan verilerin Kaydedilmesi ve (Diğer) Gizli Araştırma Önlemleri", Çeviren: Yener ÜNVER, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11**, Ankara, 2011, s. 180

⁸⁵ Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 430.

⁸⁶ <http://bilisimdedektif.com/forum/ima-j-alma-hash-ve-ayrintili-inceleme/2-hash-nedir.html>; *Hash*; veri depolama ünitelerine kayıtlı bir bilginin kendisine özel dijital parmak izidir. Bu parmak izinin farklı bilgiler için tekrar üretilmesi mümkün olmadığından eşsiz sayılmaktadır ve sadece o bilgi (veri) için geçerli olmaktadır. İmaj alınırken tespit edilen hash bilgisi her dosya için MD5/SHA şifreleme algoritmasına göre yapılmaktadır. İmajı alınan bir dosyada herhangi bir veri değişikliği yapılmadığı müddetçe hash' de değişmez. Ayrıca bkz. Özen-Özocak, **a.g.m.**, s. 53, dn. 19.

⁸⁷ Bu konuda CMK m. 134 hükmü işletilirken arama yapılan şüpheli avukatın bilgisayarındaki hususların hangisinin müvekkili ile özel konuşması kapsamında olduğu CMK md 130'de düzenlenen hususlar çerçevesinde belirlenmeli ve avukat müvekkil gizliliği korunmalıdır. Unutulmamalıdır ki, bir tarafta avukata güvenen müvekkilin gizli bilgileri mevcut olma ihtimali vardır.

⁸⁸ Aynı görüşte Ünal, **a.g.e.**, s. 94; Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, s. 24.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

bir dayanağı bulunmadığı⁸⁹ gibi böylesine gizli yapılacak bir aramanın temel hak ve özgürlükler açısından oldukça ağır sonuçlar doğurabilmesi de kuvvetle muhtemeldir^{90 91}. Keza uzaktan yapılacak erişimin denetiminin nasıl yapılacağı ve buna ilişkin şüphelinin haklarının nasıl korunacağı bir sorun teşkil oluşturabileceği gibi ayrıca delillerin sorgulanabilir olma ilkesi de zarar görecektir.

Aramanın sonunda elde edilen veriler kanunun lafzine uygun olarak metin haline getirilmelidir. Metin haline getirilip çıktısının alınmasında yarar vardır. Bu husus hem teknik detayların gösterilmesi hem de dosyaya konulan bu verilere dosyanın taraflarının ulaşması böylece CMK m. 153’de düzenleme altına alınan müdafinin dosyaya erişiminin sağlanması için büyük önem teşkil etmektedir.

Son olarak bilgisayarlarda yapılacak arama sonucunda elde edilen delillerin tek başlarına hükme esas alınmaması gerektiği ileri sürülmüş, hatta bu hususta bir kanun teklifi de yapılmıştır. İlgili kanun teklifine göre; bilgisayarların, bilgisayar programlarının veya bilgisayar kütüklerinin aranması sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınabilmesi için kesin tespite dayanma ve yan delillerle desteklenme şeklinde iki ek koşul daha aranması öngörülmüştür⁹². Nitekim bilgisayarlarda yapılacak arama sonucu elde edilecek dijital veriler oldukça hassas nitelikte olup, diğer delillere nazaran değiştirilme, silinme ve üzerinde oynama yapılarak bozulma ihtimalleri daha yüksektir. Keza bu delillerin incelenmesinde görevli kurumlar ve bilirkişiler de aynı verilere ilişkin farklı raporlar ileri sürebilmektedir. Bu bakımdan söz konusu kanun teklifi en temelde uygulamaya ilişkin bir eksikliğin yansımaları niteliğindedir. Bundan dolayı mevcut hükümde bu yönde bir değişiklikten ziyade uygulama koşullarının iyileştirilmesi daha yerinde olacaktır.

3. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 134. Maddesi Açısından Elkoyma Tedbirinin Uygulanması

Bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde elkoyma tedbiri Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 134. maddesinin ikinci fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. İlgili hüküm incelendiğinde, elkoyma tedbirine başvurulabilen

⁸⁹ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği md 17/3’de düzenlenen “... bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri...” ibaresi uzaktan aramanın yasal dayanağı olamayacağı gibi hak ve özgürlüklere böylesine önemli müdahalelerde bulunma ihtimali olan bir düzenlemenin yönetmelikle düzenlenmesi de mümkün değildir. Hükmün olay yerinde bulunan yerel iletişim ağlarını kapsadığı yönünde bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 366.

⁹⁰ Aynı görüşte Ünal, **a.g.e.**, s. 111.

⁹¹ Bu konudaki önerisi için bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 368.

⁹² Kanun teklifinin tam metni için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0060.pdf>

için kanun koyucu tüm şartların yanı sıra iki özel şart daha aradığı görülmektedir. Buna göre; bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde elkoyma tedbirine başvurulabilmesi için “şifrenin çözülememesinden dolayı sisteme girilememesi” veya “gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması” aranmaktadır⁹³. Bu hususlardan biri gerçekleştiğinde çözümün yapılabilmesi veya gerekli kopyanın alınabilmesi için cihazlara elkonulabilir.

Kanun koyucu elkoymanın, temel hak ve özgürlüklere müdahalesinin ağırlığı karşısında uygulama şartlarını biraz daha ağır düzenlemiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi ilgili tedbir açısından asıl olan yerinde arama yapılmasıdır⁹⁴. Ancak yerinde arama sırasında sistem şifrelerle korunuyor olabileceği gibi bir takım belgelerde gizlenmiş olabilir, bu durumda dijital delillerin elde edilebilmesi adına (kanunun ifadesiyle “gerekli çözümün yapılabilmesi ve kopyasının alınabilmesi için”) cihazlara elkonulup adli bilişim laboratuvarlarına götürülebilir.

CMK m. 134’ün ikinci fıkrası elkoyma tedbirini düzenlerken, tedbirle hedeflenen amaç; dijital verilerin çözümün yapılması (sistem şifreli ise) ve gerekli kopyaların alınması olarak gösterilmiştir. Aynı maddenin 5. fıkrasında ise kopyalama yapılabiliriyorsa elkoymanın artık uygulanamayacağı ve ilgili aramanın kopya üzerinden devam edeceği hüküm altına alınmıştır. Diğer bir ifadeyle; sistemde yer alan verilerin kopyası alınabiliriyorsa elkoyma işlemi yapılması yerinde olmayacaktır⁹⁵. Uygulamada kopyalama işleminin çok uzun sürmesi, personel ve teknik teçhizat sıkıntısı sebebiyle istisnai nitelikte olması gereken elkoyma işleminin genel olarak uygulandığı görülmektedir⁹⁶.

⁹³ Maddenin komisyon görüşmeleri sırasında; silinmiş verilere de ulaşabilmek adına, şifrelenmiş dosyaların yanı sıra “gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması” ibaresi de eklenmiştir. Ünver-Hakeri, **a.g.e.**, s. 427.

⁹⁴ Değirmenci, **a.g.e.**, s. 366.

⁹⁵ Ünal, **a.g.e.**, s. 113.

⁹⁶ “ Her ne kadar mevzuat, incelemenin öncelikli olarak olay yerinde yapılmasını, bu mümkün olmadığı takdirde bir kopyasının alınmasını ve incelenmek üzere (İlgili birim olan KOM Şube Müdürlüğü Adli Bilişim Büro Amirliğine) kolluk tarafından götürülmesi düzenlenmekte ise de şifrelenmiş paketlerin çözümünün uzun zaman alacağı ve olay yerinde yapılacak incelemede birden çok suç unsurunun gözden kaçırılabilmesi endişesiyle her türlü suç unsuru olabilecek dijital belleğe elkonulmakta, adli bilişim personelince imaj alınmakta, imajın alınması neticesi ortaya çıkan hash değeri üzerinden her türlü inceleme yapılarak inceleme neticesinde tekrar imaj alınmakta, ortaya çıkan hash değeri ile ilk elde edilen hash değeri karşılaştırılmakta ve delil üzerinde kolluk tarafından hiç-bir değişiklik yapılamadığı ispatlanmaktadır. Öyle ki delil üzerinde yapılacak en ufak bir değişiklik bile bu hash değerinin değişmesine ve delil bütünlüğünün bozulmasına neden olacak ve delilin güvenilirliğini ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla suç delilinin ilk hash değeri ile son hash değerinin aynı olması gerekmektedir” şeklinde ifade edilmektedir.” Hüseyin Çakır-Ercan YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Şifrenin⁹⁷ çözülmemesi şartının yerine gelmesi için, sistemde yer alan verilerin karışık matematiksel algoritmalar ile korunması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi gereğince şifre önce bilgisayarın bulunduğu yerde çözülmeli ardından bunun başarılabilmesi durumunda cihazlara elkonulmalıdır⁹⁸. Çözümün yapılması veya kopyanın alınabilmesi durumunda cihazlar hemen iade edilmelidir⁹⁹.

Gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması durumu, elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için aranan bağımsız diğer bir şarttır. Gizleme, değişik şekillerde gerçekleşebilir. Önemli olan olay yerindeki imkânlar dâhilinde gizlenmiş bilgilere ulaşılamamasıdır. Adli bilişim uzmanı aslında var olmayan bilgilerin gizlenmiş olabileceği zannına da kapılabilir. Böyle bir durumda aslında şüphelinin verileri gizlediği ya da sildiği ve birtakım teknik imkânlarla bu verilerin geri getirilebileceği veya açığa çıkartılabileceği düşünülüyorsa elkoyma işlemi yapılmalıdır. Bu durumda da gerekli çözümleme yapıldıktan sonra cihazlar hemen iade edilmelidir. Kanun koyucu elkoyma esnasında sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılacağını düzenlemiştir. Yedekleme işlemi elkoyma işleminden önce yapılabileceği gibi elkoyma işlemi sırasında da yapılabilir. Yedeklemenin sonradan yapılması ise off site¹⁰⁰ arama sonucu bulunacak delillerin güvenilirliğine gölge düşüreceklerdir¹⁰¹.

Bu konuda incelenmesi gereken bir husus da elkoyma işlemi sırasında çıkarılan yedeklerin kopyasının dördüncü fıkra uyarınca şüpheli veya vekiline verilmesidir. Son değişikliklerle beraber¹⁰², kopyanın şüpheliye veya vekiline

Sert, Bilişim Suçları ve Delillendirme Süreci

http://utsam.org/images/upload/attachment/utsas_2010_secilmis/Bili%C5%9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20S%C3%BCreci.pdf

⁹⁷ Bilgisayara veya içerdiği bilgiye erişim için kullanılan ve bilgisayar tarafından tanınan özel karakter dizisi olarak adlandırılabilir. İngilizce “code” olarak çevirilir.

<http://www.nedirnedemek.com/%C5%9Fifre-nedir-%C5%9Fifre-ne-demek>

⁹⁸ Adli bilişim uzmanları şifrenin kırılabilmesi adına gerekli programları kullanmalı ve kriptologlar ile işbirliği yapılmalıdır.

⁹⁹ Nitekim ilgili tedbirin uzun süre boyunca uygulanması ve tedbirin muhatabının bilgisayarından makul süreyi aşacak derecede mahrum bırakılması da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından İHAS m. 8’in ihlali olarak yorumlanmıştır. Case of Smirnov v. Russia, Başvuru No: 71362/01, Karar Tarihi: 12.11.2007, kararın tamamı için bkz.

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-80953&filename=001-80953.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

¹⁰⁰ Belirli yere götürülmek suretiyle yapılan arama için bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 366.

¹⁰¹ Uygulamada kolluk güçleri üç adet kopya almakta, bir tanesini şüpheliye vermekte, bir tanesini inceleme için kendilerinde tutmakta, sonuncusunu ise herhangi bir uyuşmazlık haline karşın saklamaktadırlar. Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 434.

¹⁰² 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarında Değişiklik Yapılmasına dair Kanun madde 11.

verilmesinin zorunlu tutulması yerinde olmuştur. Değişiklik öncesinde yedekleme sonucu alınan kopyanın isteğe bağlı olmasının getirdiği sorunlar ve tartışmalar bu şekilde sona ermiştir¹⁰³.

134. maddenin dördüncü fıkrası; hem kişilerin cihazlarında yer alan veriler üzerindeki mülkiyet hakkına yönelik müdahaleyi hafifletmek hem de veriler üzerinde ekleme, çıkarma veya değiştirme yapılmasını engelleyip, şüphelinin veya vekilinin veriler üzerinde oynama yapıldığı şeklindeki savunmasının önüne geçme amaçlarını taşımaktadır. Ancak konusu suç olan veya bir suça ilişkin aracı olacak bilgiler içeren (örneğin; çocuk pornografisi veya 3. kişilerin kredi kartı bilgileri) verilerin kopyasının alındıktan sonra şüpheliye veya müdafine verilmesi ise yerinde değildir. Böyle bir durum cinayet aletinin tekrar katilin eline verilmesi ile eşdeğerdir. Bu bakımdan yapılması gereken; konusu suç oluşturan verilerin TCK m. 54 kapsamında¹⁰⁴ ve hâkim kararıyla müsadereye tabi tutulması, verilerin bulunduğu cihazların ise temizlenerek (suç konusu oluşturan veriler geri döndürülemez biçimde silinerek) şüpheliye iade edilmesidir¹⁰⁵. Ancak bu husus için kanunda bir düzenleme olması kanaatindeyiz. Elkonulan bilişim sistemi içerisindeki verileri inceleme yetkisi ise soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısına, kovuşturma evresinde ise mahkemeye ait olacaktır. (CMK m. 122) Ayrıca niteliği uygun olduğu takdirde elkoymaya ilişkin genel hükümlerin (örneğin; CMK m. 121,131...) bu tedbir açısından da uygulanması yerinde olacaktır¹⁰⁶.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak aramanın ve elkoymanın kendine özgü koşullarının ve sonuçlarının olduğu açıktır. Bundan dolayı, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun sistematığı içerisinde arama ve elkoyma gibi genel tedbirlerin yanı sıra, tedbirin konusu gereği özellik arz eden bu tedbirin ayrıca düzenlenmesi yerinde olmuştur. Keza tedbirin, müdahalede bulunduğu temel hak ve özgürlükler açısından da genel tedbirlere nazaran daha ağır şartlar içermesi yerindedir.

Bu şartların ilki yukarıda belirttiğimiz gibi bir suç şüphesiyle soruşturmaya başlanmasıdır. Her ne kadar kanunun lafzından haklı olarak tedbire yalnızca

¹⁰³ Tartışmalar için bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 120 vd.

¹⁰⁴ Müsadere kurumunun gayri maddi eşya niteliğinde olan dijital veriler içinde uygulanması görüşü için bkz. Değirmenci, **a.g.e.**, s. 377.

¹⁰⁵ Ayrıca bu hususun Sözleşme'de yer almasına rağmen, mevzuatımızda olmaması eksiklik olarak görülmüştür. Yenisey-Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 434.

¹⁰⁶ Aynı doğrultuda bkz. Ünal, **a.g.e.**, s. 117; Yaşar-Dursun, **a.g.m.**, s. 27.

soruşturma evresinde başvurulacağı anlamı çıkmakta ise de kanaatimizce kovuşturma evresinde tedbire başvurulmasını engelleyen bir hüküm yoktur. Ancak tedbire kovuşturma evresinde başvurulması sonucu ne kadar fayda sağlanacağı sorusu haklı olarak sorulabilir. Bu bakımdan kanun koyucunun öğretilerde yer alan bu tartışmaya son vermek ve kanunilik prensibinin bir gereği olarak maddeye “kovuşturma” ifadesini eklemesi daha isabetli olacaktır.

Bunun yanı sıra tedbire başvurulabilmesi adına aranan diğer bir şart da başka suretle delil elde etme imkânının bulunmamasıdır. Bu şarttan anlaşılması gereken, tüm tedbirlerin denenmesi neticesinde bir sonucun ortaya çıkmasından ziyade, somut olayın şartları neticesinde farklı bir tedbire başvurulmasının pratik bir fayda sağlamayacağı ve somut olayı aydınlayabilecek delillerin elde edilmesi için ilgili tedbire başvuru da bulunma zorunluluğunun ortaya çıkmasıdır. Ayrıca bu şart tedbirin yöneldiği ağır haklar göz önüne alındığında, tedbirin ikincilliğini ortaya koyması açısından da önemlidir. Söz gelimi başka bir tedbir olayı aydınlatmak adına yeterli geliyorsa CMK m. 134’de yer alan tedbire başvurmak mümkün olmayacaktır.

Çalışmanın konusu madde ile ilgili en önemli değişiklik ise 6526 sayılı kanun ile tedbire başvurulabilmesi için somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin aranmasıdır. Söz konusu değişiklik ile CMK m. 135 ve diğer ağır tedbirler için aranan şüphe şartı CMK m. 134 açısından da aranmış ve kanunun sistematığında bir birlik sağlanmıştır. Ayrıca CMK m. 134’ün önceki halinin şüpheden bahsetmemesi sonucu ortaya çıkan tartışmalar da ilgili değişiklik ile son bulmuştur.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 134. maddesinde katalog suçlara yer verilmemesi ise 6526 sayılı Kanunla gelen güvence mekanizmasına gölge düşüren bir olgudur. İletişimin denetlemesi tedbirinde olduğu gibi ilgili tedbirde de katalog suçlara yer verilmeli ve söz konusu tedbire ailede suçlar için başvurulmamalıdır. Keza hem CMK m. 135 hem CMK m. 134 birlikte incelendiğinde aslında iki tedbirinde müdahale ettiği temel hak ve özgürlükler alanı aynıdır. Hatta CMK m. 134 açısından haklar yelpazesi daha geniştir. Bu hususları kanun koyucu göz önünde bulundurmalı ve tıpkı CMK m. 135’te olduğu gibi CMK m. 134 açısından da katalog suçlara yer vermelidir.

İnceleme konusu tedbir ise arama ve elkoyma açısından farklı şekilde uygulanmaktadır. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerde arama açısından asıl olan söz konusu aygıtların bulunduğu yerde aramanın yapılmasıdır. Arama sonucunda ulaşılan delillerin kopyası alınmalı ve metin haline getirilmelidir.

Bilgisayarlara elkoymaya ilişkin ise kanun koyucu arama tedbiri için aradığı şartların yanı sıra; “şifrenin çözülememesi” ve “gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması” şeklinde iki ek şart daha öngörmüştür. Bu birbirinden bağımsız

özel koşullardan birinin oluşması durumunda verilerin kopyasının alınabilmesi veya çözümün yapılabilmesi adına cihazlara elkonulabilecektir. Elkoyma işleminin ağır sonuçlarının engellenmesi ve sisteme herhangi bir zararın gelmesinin önlenmesi düşüncesiyle verilerin yedeklenmesi ve son değişiklikler (6526 sayılı Kanun) ile artık bu yedeğin müdafiyeye ve şüpheliye verilmesi zorunludur. Burada ortaya çıkan bir sorun da yedeklenen ve şüpheliye veya müdafiyeye teslim edilen verilerin suç unsuru içermesi durumunda ne yapılacağıdır. Kanaatimizce, yedeklemesi yapılan veriler suç unsurları taşımakta ise TCK'nın müsadereye ilişkin hükümleri uygulanmalı veriler muhafaza edilmeli, cihazlar ise bu verilerden arındırılmış olarak şüphelilere teslim edilmelidir. Bu konunun kanunda düzenlenmesi ise yerinde olacaktır.

Maddenin son fıkrası ise elkoymaya başvuruya gerek kalmadan kopyalama işleminin yapılması durumunu düzenlemektedir. Burada kopyalama işlemi tedbirin ölçülü uygulanması adına ilk önce uygulanmalı ve eğer veriler kopyalanabiliyorsa elkoyma yapılmamalıdır. Aksi durumda ve yukarıda belirlediğimiz şartlar dâhilinde sistemin tamamının yedeklemesi yapılmalı ve böylece cihazlara elkonulmalıdır. Elkoyma işlemi sonucunda gerekli verilere adli bilişim laboratuvarlarında ulaşılması halinde cihazlar hemen geri verilmelidir. Bu durumda itiraza ve diğer şartlara ilişkin arama ve elkoymanın genel hükümleri niteliği örtüştüğü ölçüde uygulanabilecektir.

Öte yandan bilişim gibi oldukça hızlı gelişen bir alanda katı kuralların yanında daha esnek rehber kuralların belirlenmesi daha sağlıklı olacaktır. Bundan kasıt, kanunun çerçevesini çizdiği bu tedbirde, uygulamaya yönelik olarak kanunla uyumlu ve kanunun kırmızı çizgilerini ihlal etmeyen yönetmelikler çıkarılmalı ve uygulamaya ışık tutulmalıdır.

Uygulamaya ilişkin olarak ise tedbirin kanundaki düzenlemeye nazaran yeterince sağlıklı yürütülemediği anlaşılmaktadır. Bunun nedenleri, adli bilişimin yeni ve gelişmekte olan bir alan olması, ülkede yer alan adli bilişim uzmanının ve bu uzmanların kullanacağı teknik ekipmanların yetersiz oluşu ve ilgili mevzuat hükümlerinde de yukarıda bahsettiğimiz üzere birtakım eksiklikler bulunması şeklinde sıralanabilir. Bunların yanı sıra adli bilişim kültürünün oluşmadığı da bir gerçektir. Bundan dolayı bu alanda üniversitelerin daha aktif çalışması, genç hukukçulara ve adli kolluğa eğilmeleri yerinde olacaktır. Son olarak tedbirin birçok temel hak ve özgürlüğe yönelik ağır müdahaleler barındırdığı düşünüldüğünde, tedbirin uygulanması açısından dikkatli davranılmalı ve ölçülülük kriteri akıllardan çıkarılmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Aktaş Batuhan, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Açısından Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, İstanbul, 2017.
- Artuk E. Mehmet - Gökçen Ahmet - Yenidünya A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Bası, Ankara 2015.
- Centel Nur - Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, İstanbul, 2013.
- Çolak Haluk - Taşkın Mustafa, **Açıklamalı-Uygulamalı-Karşılaştırmalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, Ankara, 2005.
- Değirmenci Olgun, **Ceza Muhakemesinde Sayısal Dijital Delil**, 1. Bası, Ankara, 2014.
- Dülger Murat Volkan, “Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Tedbiri”, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular** (Editör: Nur CENTEL), 1. Baskı, İstanbul, 2015
- Dülger Murat Volkan, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, 3. Bası, Ankara, 2013.
- Erdağ, Ali İhsan Erdağ, “Bilişim Alanında Suçlar (Türk Ve Alman Ceza Hukukunda)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, Y. 2010.
- Erem Faruk, **Diyalektik Ceza Yargılaması Hukuku**, 6. Bası, Ankara, 1986.
- Gülşen Recep**, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, **Fasikül Aylık Hukuk Dergisi**, Sayı: 9, Ağustos, 2010.
- Kunter Nurullah, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 1970.
- Kunter Nurullah - Yenisey Feridun - Nuhoğlu Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Bası, İstanbul, 2010.
- Özbek Veli Özer - Doğan Koray - Bacaksız Pınar - Tepe İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, Ekim 2016.
- Özen Muharrem - Özocak Gürkan, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve Elkoyma Tedbirinin Hukuki Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S: 1, Yıl: 2015.
- Öztürk Bahri - Tezcan Durmuş - Erdem Mustafa Ruhan - Sırma Gezer - Özge-Saygılar Kırıt Yasemin - Özaydın Özdem - Alan Akcan Esra - Erden Tütüncü Efser, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, Ankara, Eylül 2016.
- Puschke Jens - Singelstein Tobias, “01.01.2008 Tarihli Yeni Düzenlemelere Göre Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki Telekomünikasyon İzlenmesi, Kullanılan verilerin Kaydedilmesi ve (Diğer) Gizli Araştırma Önlemleri”, Çeviren: Yener ÜNVER, **Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi**, Seri: 11, Ankara, 2011.

Taşkın Cankat Şaban, **Bilişim Suçları**, Bursa, 2008.

Ünal Osman Gazi, Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, **Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)**, Ankara, 2011.

Ünver Yener - Hakeri Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, 2016.

Yaşar Yusuf - Dursun İsmail, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: 19, S.: 3, 2013.

Yenidünya Caner - Değirmenci Olgun, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, Legal yayınları, İstanbul, 2003.

Yenidünya Caner - İçer Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, 2016.

Yenisey Feridun - Nuhoglu Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, 2015.

Yılmaz Yeşim, “Bir Ceza Muhakemesi İşlemi Olarak Adli Arama”, **TBB Dergisi**, Sayı: 124, 2016.

İnternet Kaynakları¹⁰⁷

<http://bilisimdedektif.com/forum/imaj-alma-hash-ve-ayrintili-inceleme/2-hash-nedir.html>

<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-80953&filename=001-80953.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

<http://edirnebarosu.org.tr/incelemeler/adli-bilisim-computer-forensic/>

http://utsam.org/images/upload/attachment/utsas_2010_secilmis/Bili%C5%9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20%C3%B9Creci.pdf

<http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/a/sibersuclar.pdf>

http://www.koksapartners.com/files/4813/5426/5664/Elektronik_Deliller_UBHK.pdf

<http://www.sanalkurs.net/program-nedir-ve-programci-kimdir-1941.html>

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.durumu?kanun_no=6526

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1981.pdf>

<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0060.pdf>

Hüseyin Çakır-Ercan Sert, Bilişim Suçları ve Delillendirme Süreci
http://utsam.org/images/upload/attachment/utsas_2010_secilmis/Bili%C5%9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20%C3%B9Creci.pdf

¹⁰⁷ Söz konusu siteler 19.05.2017 tarihinde kontrol edilerek, erişime açık oldukları tespit edilmiştir.

9Fim%20Su%C3%A7lar%C4%B1%20ve%20Delillendirme%20S%C3%B
Creci.pdf
www.kazanci.com

***ÖTANAZİ VE DESTEKLİ İNTİHAR - ULUSLARARASI
DÜZENLEMELER VE FARKLI ÜLKELERDEKİ UYGULAMALAR**
(*EUTHANASIA AND ASSISTED SUICIDE – THE LAW AND APPLICATION IN
DIFFERENT COUNTRIES IN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL
REGULATIONS*)

Yrd. Doç. Dr. Kutluhan BOZKURT* **

ÖZ

Ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının son yirmi yıllık süreç içinde yaygınlaştığı görülmektedir. Özellikle “Hasta Haklarının” uluslararası düzenlemeler ile evrensel boyuta taşınması neticesinde, uluslararası toplum ve kamuoyunda geçerlilik kazanmasıyla birlikte, bu gelişmeye uygun olarak ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının da yasallaşarak yaygınlık kazandığı aynı süreçte görülmektedir. Ortalama insan ömrünün uzamasıyla birlikte tedavisi zor ve ağrı eşiği yüksek, genetik, çevresel, doğal beslenme alışkanlıklarının değişmesi veya ağır travma kaynaklı yeni hastalıkların veya sağlık sorunlarının ortaya çıkmasıyla ötanazi ve destekli intihar düzenlemeleri ve uygulamalarını kabul eden ülkelerinin sayısının da arttığını söylemek gerek. İşbu çalışmada ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının uluslararası boyutu ve farklı ülkelerdeki uygulamaları hukuksal düzenlemeler ekseninde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Ötanazi, Destekli İntihar, Uluslararası – AB- İnsan Hakları Hukukları Perspektiflerinde Ötanazi ve Destekli İntihar, Ötanazi ve Destekli İntiharı Uygulayan Ülkeler, Oviedo Konvansiyonu.*

ABSTRACT

Euthanasia and assisted suicide practices have been widespread over the last two decades. The transfer of "patient rights" to universal dimension with international regulations has the consequence that it is becoming more valid in the international society and public. The same applies to the suicide applications of euthanasia and assisted suicide. It is worth mentioning that while the average human lifespan increases, in the same time new challenges occur such as due to difficult treatment and high pain threshold, changes in genetic, environmental, natural eating habits, or emergence of new diseases or health problems due to heavy trauma. These developments have also an impact on

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 04.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 17.01.2018 İkinci hakem raporu tarihi: 18.01.2018. Editör raporuyla onaylanma tarihi: 21.01.2018.

* Yrd. Doç. Dr. LL. M. Eur. (Münih), Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi ve Yeditepe Üniversitesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7489-9029

the number of countries accepting euthanasia and assisted suicide arrangements and practices. In the present study, the international dimension of euthanasia and assisted suicide and the regulations and practices on his topic are examined in the legal context of different countries.

Keywords: *Euthanasia, assisted suicide, international, European Union and Human Rights Laws' aspects of euthanasia and assisted suicide, Law in different countries, regulations and applications in different countries, Oviedo Convention.*

Giriş

Son yarım yüzyılda ortalama insan ömrünün uzadığı ve bu uzamanın halen artarak devam ettiği uzmanlarca söylenmekte ve kabul edilmektedir. Ortalama insan ömrünün uzamasına etki eden faktörlerin başında beslenme çeşitliliği, gıdalara ulaşım kolaylığı, ürün/gıda çeşitliliğinin artması, eskiye oranla temel ihtiyaçların nispeten kolay elde edilebilirliği, gıdaların hijyenik ve sağlıklı koşullarda uzun süre bozulmadan tutulabileceği ortamların yaygınlaşması, gıdalara ilişkin bilinç düzeyinin artması, sağlıklı beslenmeye yönelim gelmektedir. Bunların dışında başka önemli faktörleri de dikkate almak gerekmektedir; hasta başına düşen doktor ve uzman doktor sayısının artması, hastanelerin yaygınlaşması, tıbbi bilimlerdeki teknik ve teorik gelişmeler, bunlara paralel yeni ve akıllı teknoloji, teknolojik uygulamaların hastalıkların teşhis ve tedavisinde kullanılması, yeni ilaçların geliştirilmesi.

Faktörlere bağlı bu gelişmenin öngörülemeyen bir etkisi bulunmaktadır. Ortalama insan ömrünün uzaması sürecinin tedavisi zor ve ağrı eşiğinin yüksek yeni hastalıkların ortaya çıkmasına neden olabileceği/olabildiği, bunun ise hasta kişinin hayat standardını ve yaşamını doğrudan etkileyen bir süreci tetiklediği ortaya çıkmaktadır. Sonuç itibariyle, ortalama insan ömrünün uzamasıyla daha fazla kronik, ağrılı ve hastanın yaşam kalitesini doğrudan etkileyen tıbbi sorunların çeşitlenerek arttığı görülmektedir.

Özellikle son 15-20 yıl içinde “Hasta Hakları” kavramı ve bilincinin de yaygınlık kazanmasıyla, tedavisi mümkün olmayan, dayanılmaz ağrılar yaratan ve uzun yaşamaya bağlı olarak ortaya çıkan, akut hastalık seyrinden kronik hastalık aşamasına geçen hastalıkların yaygınlaşması, ötanazi ve destekli intihar tanımlamalarını ve uygulamalarını önemli hale getirmiştir. Her iki kavram hem ulusal, hem de uluslararası seviyede, toplumların her kesiminde;

etik, hukuk, tıp - medikal ve en nihayetinde politik açılardan en çok tartışılan konuları ifade etmektedir.¹

Uluslararası Kamuoyunda ve Farklı Ülkelerdeki Mevcut Ötanazi ve Destekli İntihar Algısı

Ötanazi ve destekli intihar uygulamaları bazı toplumlarda/ ülkelerde destek gördüğü halde, bazı toplumlarda/ülkelerde destek görmemektedir. Ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının yasal olduğu toplumlarda, bu uygulamayı desteklemeyen ve tıbbi, dini, hukuki ve siyasi nedenlerle uygun bulmayanların sayısının da azımsanamayacak ölçüde olduğunu hatırlamak gerekir. Bu nedenle uluslararası kamuoyunda (ve ulusal düzeyde de olmak üzere) ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının ciddi tartışma ve bölünmüşlük yarattığı, bu bölünmüşlüğün uygulamaya destek verenler ile karşı çıkanlar olarak ortaya çıktığı görülmektedir.² Bununla beraber, 2002 yılından günümüze kadar dünya genelinde ötanazi ve destekli intihar uygulamasına izin veren ülkelerin sayısının çoğaldığını, bu ülkelerde de (Hollanda, Belçika, Lüksemburg, İsviçre, Kolombiya, Birleşik Devletlerin bazı eyaletleri gibi) uygulamayı tercih ve talep eden hastaların sayısının da arttığını söylemek gerekir.³

Ötanazi ve destekli intihar uygulamalarında uluslararası seviyede çok tartışılan bir husus ise bu uygulamaların insan hakları ve hukuku ile ne ölçüde bağdaşabileceği, bir başka ifade ile uygulamaların insan haklarına aykırı bir durum oluşturup oluşturmayacağıdır. Bu sorun hem uygulamaları kabul eden ülkelerde, hem de uluslararası sözleşmelerin uygulanması sırasında uluslararası hukuk ekseninde tartışılmaktadır.⁴ Ötanazi ve destekli intihar uygulamasına karşı çıkanların bir kısmı uygulamaları hem etik nedenlerden ötürü, hem de ulusal ve uluslararası düzeyde insan hakları ihlali (yaşam hakkına bir müdahale/yaşam hakkının kutsallığı) nedeniyle destek vermemektedirler.⁵

¹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Boudreau JD, Somerville M, Euthanasia and assisted suicide: a physician's and ethicist's perspectives, DOI <https://doi.org/10.2147/MB.S59303>, 2014.

² Strinic V, Arguments in Support and Against Euthanasia, British Journal of Medicine & Medical Research, 9(7):1-12, p.3-4, 2015, Article no.BJMMR.19151.

³ Bu konuda ayrıntılı çalışma için bkz. Gamondi C, Borasio GD, Limoni C, Preston N, Payne S, Legalisation of assisted suicide: a safeguard to euthanasia? PMID: 25016988 DOI: 10.1016/S0140-6736(14)61154-5.

⁴ Avusturalya örneği. Bkz. Australian Human Rights Commission, Euthanasia, Human rights and the law, May 2016.

⁵ Diğer bir önemli neden ise "dinsel inanç ve faktörler" olarak dikkat çekmektedir. Yaygın dinlere ve bu dinlere mensup olan kitlelere göre ötanazi veya destekli intihar uygulamaları dini kural ve uygulamaların açıkça ihlali olarak görülmektedir.

Öte yandan; ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının doğrudan “Hasta Hakları ve Etik Değerler” ile de bağlantısı bulunmaktadır. Son 20-30 yıllık süreç içinde dünya genelinde “Hasta Hakları” çerçevesinde bilinç düzeyinin artışı ve uluslararası düzeyde düzenlemeler yapıldığı, kılavuzların hazırlandığı ve sonuçta; özellikli bir araştırma alanının ortaya çıktığını, -Tıp ve Sağlık Hukuku-, söylemek gerekmektedir.⁶ Ötanazi ve destekli intihar uygulamaları gelinen nokta itibariyle, Tıp ve Sağlık Hukuku uygulamaları içinde de yer alan özellikli bir tanımlamayı ifade etmektedir. Bu nedenle ötanazi ve destekli intihar olgularını, hem “Hasta Hakları ve Etik Değerler”, hem de Tıp ve Sağlık Hukuku düzenlemeleri kapsamında incelemek gerekmektedir.

Ötanazi Kavramının Anlamı ve Ötanazinin Türleri

Ötanazi Yunanca kaynaklı bir tanım olup, “Güzel/Kolay” ve “Ölüm” kelimelerinin bir araya gelmesi ile oluşmuştur⁷ ve uluslararası terminolojide “*Euthanasia*” olarak yaygınlık kazanmıştır. Ötanazi, “bir kişinin yaşamını, yaşamının dayanılamayacak durumda bulunması sebebiyle, acısız veya çok az acıtan bir ölümcül enjeksiyon metodu ile veya yüksek dozda ilaç vererek veya kişiyi yaşam destek ünitesinden ayırarak sonlandırmak” şeklinde tanımlanabilir.⁸

Ötanaziye ilişkin ilk tarihsel veriler Roma İmparatorluğu dönemine kadar gitmektedir. Kavram ilk kez Romalı Tarihçi *Suetonius* tarafından “*De Vita Caesarum—Divus Augustus*” adlı eserinde *Augustus Caesar*’ın ölümünün tasvirinde kullanılmıştır.⁹ 15-17. yy arasında *Sir Thomas More* ile İngiliz

⁶ Bkz. İleride, Avrupa Konseyi Düzenlemeleri,

http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02_Biomedical_research_en/Guide/Guide_TR.pdf

⁷ “*εὐθανασία* – *eu, eu*, “iyi,güzel/kolay”; *θάνατος*, *thanatos*, “ölüm”. Tanımın İngilizce karşılığı olarak “*Euthanasia*” kelimesi kullanılmaktadır. Australian Human Rights Commission, *Euthanasia, human rights and the law*, p. 3. May 2016. Bkz. ayrıca; <http://www.life.org.nz/euthanasia/abouteuthanasia/history-euthanasia1/>

⁸ Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1, ISSN:1303-4650, s. 2. 2017.

⁹ “(...) while he was asking some newcomers from the city about the daughter of Drusus, who was ill, he suddenly passed away as he was kissing Livia, uttering these last words: “Live mindful of our wedlock, Livia, and farewell,” thus blessed with an easy death and such a one as he had always longed for. For almost always, on hearing that anyone had died swiftly and painlessly, he prayed that he and his might have a like euthanasia, for that was the term he was wont to use.” Bkz.

<http://www.life.org.nz/euthanasia/abouteuthanasia/history-euthanasia1/>

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Filozof **Francis Bacon**'ın çalışmalarında da ötanazi kelimesi geçmiştir. Vurgulamak gerekir ki **Francis Bacon** medikal anlamda ötanaziyi tartışan ve çalışmalarında kullanan ilk kişidir.¹⁰

Ötanazi uygulaması aktif formda olabileceği gibi, pasif ya da dolaylı formda da olabilmektedir.¹¹ Ötanazinin farklı tipleri farklı yasal uygulamalara tabiidir. Pasif yöntemle yapılan ötanazi genelde birçok ülkede, farklı koşullar altında yasarken, aktif yöntemle yapılan ötanazi çoğu ülkede yasaktır. Aktif ötanazi ile destekli intihar birbirinden farklı iki önemli kavramdır. Her şeyden önce içerikleri ve tanımları da farklıdır. Bazı ülkelerde fiziksel destekli intihar (doktor yardımı) yaygınlaştırılırken bazı ülkelerde ötanazi yaygınlaştırılmaktadır. Uygulama ve ülkelerdeki gelişim sürekli değişmektedir ve bu alanlarda sürekli düzenlemeler ve mahkeme kararları da çıktığı için her iki alanda, destekli intihar ötanazi, dünya genelinde sabit bir uygulamadan söz etmek mümkün değildir.

Ötanazi, “bir insanın hayatının diğer bir insan tarafından bilinçli olarak, o kişinin acısını dindirmek için, sona erdirmesi” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre ötanazi üçe ayrılmaktadır: **1- Gönüllü-istemli Ötanazi**; hasta kişinin ötanazinin yapılması için isteğini dile getirmesi durumunu ifade etmektedir. **2-Gönüllü –istemli-olamayan ötanazi**; karşı tarafın ne istediğini bilebilecek durumda olmama, örneğin koma, bitkisel hayat, hallerinde yapılan ötanazi. Burada sağlıklı iken açıklanan bir irade beyanı daha sonra, bitkisel hayat veya koma durumunda dikkate alınmaktadır. **3- İstenmeden –dolaylı-yapılan ötanazi**, burada kişinin istekleri alınmadan, örneğin kullanılan ilacın –olası- yan etkilerinden dolayı, yapılan/gerçekleşen ötanaziden bahsedilmektedir.¹²

¹⁰ “Bacon also asserts that, 'They ought to acquire the skill and bestow the attention whereby the dying may pass more easily and quietly out of life.' Bacon refers to this as outward euthanasia, or the easy dying of the body, as opposed to the preparation of the soul. It appears unlikely he was advocating 'mercy killing', more likely he was promoting what we would term better 'palliative' care.” Bkz.

<http://www.life.org.nz/euthanasia/abouteuthanasia/history-euthanasia1/>

Bkz. ayrıca Özen M, Şahin ME, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, Ankara, s. 17.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eser A, Tötung auf Verlangen- strafrechtlich gesehen, in Euthanasie und natürlicher Tod: Ein Tagungsbericht, Rottenburg 1974. Eser A, Sterbehilfe und Euthanasie in Rechtlicher Sizcht, in Euthanasie oder soll mann auf Verlangen töten? Volker Eid (Hrsg.), Mainz 1975. Bkz. ayrıca, Tacir H, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha, s. 262.

¹² Özen M, Şahin ME, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, 2010/4, Ankara, s. 20. Bkz. ayrıca, Tacir H, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha, s.262.

Destekli İntihar

Destekli intiharda kişi, kendini öldürme eylemini bizzat yapmakta, diğer bir üçüncü kişi, -medikal bilgiye sahip kişi-, intihar için bilgi ve malzemeyi oluşturup hasta kişiye vermekte, teslim etmektedir.¹³ Burada son eylemi, destekli intiharı yapan kişi gerçekleştirmekte, örneğin zehri vücutuna kendisi enjekte etmektedir. Bu iki kavram, destekli intihar ile ötanazi, *Charter versus Canada* olayında kapsamlı şekilde tartışılmış ve açıklanmıştır.¹⁴ Destekli intihar uygulaması ötanazinin bir alt seviyesi/düzeyi gibi düşünülebilmekte ve son yıllarda yaygınlaşmaktadır.¹⁵ Ötanaziye doğrudan izin veremeyen, buna karşılık tıbbi sebeplerle yaşamlarına son vermek isteyen hastaların taleplerinin yerine getirilmesi için hukuksal düzenlemeler ile destekli intihar uygulamasının önü açılmış olmaktadır. Açıktır ki destekli intihar kavramı ve uygulaması da çok tartışılan alan ve uygulamalardan biridir ve uluslararası kamuoyunda destek bulduğu kadar, etik ve dini sebeplerle karşı çıkılan bir uygulamayı da ifade etmektedir.

Avrupa'da Belçika, Hollanda ve Lüksemburg aktif ötanazi veya istek üzerine ölüm isteme hakkını kabul etmekte ve uygulamaktadır. Yakın bir geçmişte İtalya'da ötanazi ile ilgili yasal düzenlemeyi kabul etmiştir.¹⁶ Buna paralel olarak, ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının yasallaştığı bu ülkelerde bu hakkı kullanmak veya düzenlemeden yararlanmak isteyenlerin sayısında da her geçen gün artış görülmektedir. Bu nedenle konu oldukça önemli olmakla, gün geçtikçe bu alanda yeni düzenlemelerin yapıldığı, uygulamayı yasallaştıran devletlerin sayısının çoğaldığı ve uluslararası alanda yeni düzenlemelerin beklenmesi gerektiğini vurgulamak gerek. Dünya genelinde ötanazi ve destekli intihar uygulamalara kısaca bakmak yararlı olacaktır.

Ötanazi veya Destekli İntihar Düzenlemesi ve Uygulamasını Kabul Etmiş Ülkelerdeki Durum

İsviçre

İsviçre'de ötanazi yasal değildir ve suç olarak kabul edilmektedir. İsviçre Ceza Kanununun 114. maddesine göre ötanazi illegal sayılmakta, bir suç olarak,

¹³ Charter versus Canada Case.

¹⁴ İbid.

¹⁵ Wellness B, Physician-Assisted Suicide: Is it Ethical?

<http://www.berkeleywellness.com/healthy-community/health-care-policy/article/physician-assisted-suicide-ethical>

¹⁶ Bkz. ileride İtalya uygulaması.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

kabul edilmektedir.¹⁷ Ötanaziye, “kasten adam öldürme” halinden daha az ceza verileceği de bu madde de düzenlenmektedir. İsviçre Ceza Kanununun 115. maddesine göre; bir kişi, egoist düşüncelerle ve çıkar sebepleriyle, kışkırtarak birinin intiharına neden olursa veya intiharına yardımcı olursa, bu kişiye maksimum 5 yıl hapis ceza verileceği düzenlenmiştir.¹⁸ Bu maddenin yorumuna göre bir kişi hakkında, egoist, bencil veya çıkar sebepleri bulunmadan başka birini kışkırtarak intiharına neden olmaktan veya her türlü destekten dolayı herhangi bir ceza öngörülmemektedir. Burada önemli olan intihara destek veren kişinin bunu herhangi bir menfaat beklentisi ile yapmamış olmasıdır.

İsviçre’de destekli intihar cezalandırılmamaktadır. Destekli intiharda kişinin kendisi gereken ilaç/zehri bizzat almaktadır, buna karşılık tıbbi uzmanlar, ölüm için gereken karışımı sadece hazırlayıp kişiye verdikleri için, yardımcı pozisyondadırlar. Yukarıda da belirtildiği üzere hâlihazırda İsviçre’de ötanaziye onay veren bir yasa yoktur, aktif ötanazi yapmak suç teşkil etmektedir. Buna karşılık yıllık 1200 kişi, kendi intihar süreçlerinde yardım almaktadır. İsviçre ceza hukukuna göre intihara yardım eden kişinin herhangi menfaati veya çıkarı var ise bu yardım suç teşkil etmektedir. İsviçre’de “**Dignitas**” veya “**Exit**” isimli, bu uygulamayı yapmak isteyen hastalara yardım eden kuruluşlar bulunmakta, bu kuruluşlar destekli intihar uygulamasını isteyen kişilere destek vermektedirler. Destekli intihar talebi olan kişilerin bu kurumlara üye olması gereklidir. Bu kurumlar, talepte bulunan kişinin “akli melekelerinin yerinde olup olmadığı, depresyonda olup olmadığını, talepte bulunan kişinin bu talebini gerçekten özgür iradesi ile isteyip istemediğini” araştırmaktadır. **Destekli intihar için İsviçre vatandaşı olma zorunluluğu bulunmamaktadır.** Ayrıca; **hasta kişinin mutlaka tedavisi mümkün olmayan, ağrı seviyesi yüksek ve katlanılmaz bir hastalığa sahip olması gerekmektedir.** Bu açıdan oldukça ilgi çekici bir düzenlemedir. İsviçre bu nedenle, destekli intihar amacı olan çoğu insanın kolaylıkla gidip “varış noktası/intihar” amaçlarını çok zorlanmadan ve sıkı kurullarla tabi olmadan yerine getirdiği bir yer olarak çok önemli bir merkezdir.¹⁹

¹⁷ Adam öldürmenin cezası en alt sınır olarak, zorunlu 5 yıl hapis cezası ön görülmekte, insancıl ve acıma nedenlerinden dolayı karşı tarafın ciddi talebi üzerine ölüm gerçekleştirilmiş ise bunun cezası en fazla 3 yıl hapis olarak tayin edilmiştir. Bu düzenleme 114. madde kapsamında hüküm bulmaktadır.

¹⁸ İsviçre Ceza Kanunu 115. madde de yer alan “destek veren kişinin” mutlaka doktor olması gerekmektedir. İsviçre’deki uygulama diğer ülkelerdeki destekli intihardan biraz daha farklı bir uygulamadır.

¹⁹ Bu yöntem ile destekli intiharın maliyeti 10.000 Pound civarında olmaktadır. <https://www.mydeath-mydecision.org.uk/new-report-outsourcing-assisted-dying-switzerland/>

Almanya

Almanya’da aktif ötanazi Alman ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmektedir. Aynı şekilde Almanya’da doktor destekli de olsa intihar, yasal olarak kabul edilmemiş ve Alman ceza hukuku açısından suç teşkil eden bir eylem olarak tanımlanmıştır.²⁰ Alman Ceza Kanununun 217. maddesinde “kim çıkar amaçlı ve bilinçli olarak başka bir kişinin intiharını destekliyorsa, onlara bu olanağı sunuyorsa veya hazırlıyorsa, 3 yıl hapis veya para cezasına çarptırılır. Fakat “kim kendi çıkarı için bu desteği vermiyorsa ve hastanın yakını ise veya hasta ile yakın ilişkileri var ise bu destek 217. maddesine göre Ceza Kanunu kapsamında cezalandırılmaz. Muafiyet –cezasızlık- hallerinin ne kadar geniş yorumlanması gerektiği hususu Almanya’da tartışılmaktadır; örneğin palyatif destek sunan doktorun, bu noktadaki yardımı ilgili madde kapsamında cezasızlık/muafiyet kapsamına girip girmeyeceği tartışmalıdır. Bu kapsamda destekli intihar hususunda destek sunan kişinin kendi işini ticari amaçlı yapmaması hali ile destek sunacak kişinin destekli intihar talebi olan kişinin yakını olması veya hastaya yakınlığın ölçütü kamuoyunda tartışılmaktadır.²¹

2015 yılında, ağır hasta ve/veya ağır acıları bulunan hastaları ilgilendiren bir yasa çıkmıştır ve bu yasa ile doktorların ötanazi ve destekli intihar uygulaması yapması Almanya’da yasaklamıştır. Buna karşılık, Mart 2017 tarihinde Leipzig Yüksek İdare Mahkemesi, ağır hasta ve/veya ağır acısı olan hastaların kendi talepleri üzerine, ölme haklarının olduğuna karar vermiş, bununla ülke genelinde konu hakkında tartışma başlamıştır. Bu kararın sonuçlarının ne olacağı ve ötanazinin nasıl uygulanacağı süreç içinde bellidir.²²

İsviçre’de destekli intiharın yasal olarak daha iyi oluşturulması için yeni yasal düzenleme girişimleri başarılı olamamıştır. Hatta destekli intihar konusunda İsviçre vatandaşlığına sahip olma koşulu aranması hususundaki referandum da reddedilmiştir.

²⁰ <http://www.drze.de/in-focus/euthanasia/legal-regulations>

²¹ <https://www.goethe.de/en/kul/ges/20927927.html>

²² <http://www.drze.de/in-focus/euthanasia/legal-regulations>

<https://www.goethe.de/en/kul/ges/20927927.html>

Bu arada belirtmek gerekir ki Almanya’da 2017 yılı içinde Leipzig Yüksek İdare Mahkemesi’nin anılan kararından sonra yeni bir yasal düzenleme yapılmıştır: Sterbehilfe. Bkz. <https://www.mdr.de/nachrichten/ratgeber/sterbehilfe-104.html>

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Amerika Birleşik Devletleri

Birleşik Devletlerde ötanazi yasal değildir, ancak; destekli intihar uygulaması bazı eyaletlerde yasal olarak mümkündür. Birleşik Devletlerde ceza hukuku alanlarındaki düzenlemeler eyaletlerin yetki ve görev alanlarına bırakılmıştır. Ötanazi ve destekli intihar ile ilgili ülke genelinde mevcut federal bir düzenleme bulunmamaktadır.²³ Destekli intihar bazı eyaletlerde suç olarak görüldüğü halde, bazı eyaletlerde de uygulamayı olanaklı ve yasal hale getirmek için çalışmalar yapılmış ve halen de yapılmaktadır.

Birleşik Devletlerde **Oregon, Washington, Vermont, Kaliforniya, Montana, Colorado** eyaletleri doktor destekli intiharin belirli koşullarda uygulanabileceği eyaletler olarak öne çıkmaktadır. *Assisted Suicide* (destekli intihar) kişinin kendini bilinçli olarak dışarıdan birilerinin desteği ile öldürmesidir. Destek, dışarıdan birinin bilgi veya alet/ilaç, bazen de her ikisini istekli kişiye vermesi şeklindedir. Birleşik Devletlerde hali hazırda bütün eyaletlerde ötanazi yasal olarak mümkün değildir.

Montana Eyaletinde, Montana Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*), doktorların bazı şartlarda intihara destek vermeleri ve bundan dolayı yargılanmaları halinde, destekli intihar uygulamasını yapan kişinin rızasını, “*consent/rıza ve onay*” savunmalarında kullanabilmelerine cevaz vermiştir. Montana Yüksek Mahkemesinin bu kararı nedeniyle, bu eyalette destekli intihar mümkün hale gelmiştir.

Birleşik Devletlerde destekli intihar uygulaması kapsamında farklı kavramlar kullanılmaktadır. Bu bağlamda *Death with Dignity act* düzenlemesi, Oregon ve Washington State (ki bu eyalet 1991’de bu düzenlemeyi yapmıştır) eyaletlerinde bulunmaktadır. Kaliforniya Eyaletinde *California’s End of Life Action Act and Other Developments*”, Vermont Eyaletinde “*Vermont’s Act relating to Patient Choice and Control at End of Life*” yasası ile 2013 yılında destekli intihar hususunda ilk düzenleme yapılmış, 2015 yılında yasaya yeni eklemeler yapılmıştır.²⁴ Kaliforniya eyaletindeki düzenleme ise 2015 Ekim’de “*California End of Life Option Act*” olarak imzalanmıştır ve yürürlüğe girmesi Haziran 2016’dır. Washington State düzenlemesi “*The District of Columbia Death with Dignity Act of 2016, D.C. Law 21-182*”

²³ Federal Mahkemeler, eyaletlerin çıkarmış olduğu yasaların sadece Anayasaya uygunluğunu denetlemektedir.

²⁴ Nicol J, Tiedemann M, Euthanasia and Assisted Suicide: The Law in Selected Countries, Library of Parliament, Canada 2015, s. 1-7.

olarak adlandırılmaktadır.²⁵ Colorado 6. Eyalet olarak destekli intihar düzenlemesini kabul etmiş ve yasa 16 Aralık 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.²⁶ Colorado’da yasal düzenleme *“The End of Life Options Act”*, olarak 8 Kasım 2016’da oylanarak kabul edilmiştir. Birleşik Devletlerde District of Columbia 18 Şubat 2017’de *“Onurlu Ölme”* Yasasını, *“Death With Dignity Act”* kabul eden son yerdir.²⁷

Doktorların Birleşik Devletlerde destekli intihar talebini kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşılık; doktorlar hastanın isteği doğrultusunda, tedaviyi durdurmak ya da hasta tedaviye devam etmek istemezse, bu durumda hastanın tedavisini sonlandırılmak durumundadır; ancak bu durumu aktif ötanazi kapsamında düşünmemek gerekir. Bu uygulamayı belki pasif ötanazi kapsamında değerlendirmek mümkün gibi görünse de bu olguyu, **tedaviyi ret etme hakkı** kapsamında düşünmek daha haklı bir bakış açısı olacaktır. *Oregon’s Death with Dignity Act*, düzenlemesine göre *“akli yetenekleri yerinde olan her yetişkin (...) ve onu takip eden doktoru tarafından ölümcül bir hastalığı olduğu beyan edilen bir yetişkin yazılı talepte bulunarak, hayatının insancıl ve onurlu bir şekilde sona erdirilmesini talep edebilir”* ibareleri yasada yer almaktadır.²⁸ Hastanın bu talebi onaylanır ise hastaya bir reçete verilir, böylelikle hasta kişinin kendi hayatını sona erdirmeye olanağı sağlanmış olmaktadır.²⁹

1994 yılından beri Birleşik Devletlerde 35 eyalette ötanazi veya destekli intihara ilişkin düzenleme önerisi yapılmış, ancak sadece yukarıda belirtilen eyaletlerde, **Oregon, Washington, Vermont, Kaliforniya, Montana, Colorado** eyaletlerinde 2008-2015 yılları arasındaki düzenlemeler ile destekli intihar düzenlemesinin yasal hale getirildiğini ve böylelikle destekli intihar uygulamasının önün açıldığını söylemek gerekir.³⁰

2014 Nisan’ında **New Mexico**’da bir hâkimin vermiş olduğu kararda,³¹ iyileşmesi mümkün olmayan hastaya ölmesi için verilen desteğin anayasaya

²⁵ <https://doh.dc.gov/page/death-dignity-act-2016>

²⁶ <https://www.deathwithdignity.org/states/colorado/>

²⁷ <https://www.deathwithdignity.org/states/colorado/>

²⁸ <https://www.deathwithdignity.org/oregon-death-with-dignity-act-history/>

<http://www.oregon.gov/oha/ph/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Pages/ors.aspx>

²⁹ <http://www.drze.de/in-focus/euthanasia/legal-regulations>

³⁰ <http://www.drze.de/in-focus/euthanasia/legal-regulations>

³¹ New Mexico Second Judicial District Judge Nan Nash,

<https://www.deathwithdignity.org/states/new-mexico/>

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

uygun olduğu hususu yer almıştır. Ağustos 2015'te New Mexico Üst Derece Mahkemesi ise destekli intiharın New Mexico Anayasasında (Federe Yasasında) düzenlen bir hak olmadığına karar vermiştir.³² Bunun haricinde, New York Eyalet mahkemesi de destekli intiharın illegal olduğuna karar vermiştir.³³ **Jack Kevorkian** vakasına ayrı bir parantez açmak gerekmektedir.³⁴ **Jack Kevorkian** Amerikalı bir patologdur ve ötanazi savunucusu ve uygulayıcısıdır. Yüzden fazla ölümcül hastaya kendi hazırladığı karışımı enjekte etmiştir. 1999 yılında Michigan'da yargılanmış, savunmasında hastaların daha fazla acı çekmemeleri için bu karışımı enjekte ettiğini ve bu nedenle suçlu olamayacağını söylemiş, ancak jüri tarafından ikinci derecede cinayetten suçlu bulunmuştur.³⁵ Cezasını çekerken, üst derece mahkemesi tarafından karar bozulmuş ve ardından tahliye edilmiştir.³⁶ **Jack Kevorkian** vakası Birleşik Devletlerdeki destekli intihar uygulamalarının yaygınlaşmasına dolaylı yoldan katkı sağlamıştır.

Kanada

Kanada uzun tartışma ve araştırmalardan sonra 2015 yılında bir yasa hazırlığına girişmiş, 17 Haziran 2016 tarihinde bu yasayı kabul ederek ötanaziye izin vermiştir. Ancak yasanın adı, "**Medical assistance in dying**" olarak belirlenmiştir. Yasanın adının bu şekilde konulmasında toplumun yasanın adından kötü olarak etkilenmemesi hedefi dikkate alınmış, bu nedenle düzenleme doğrudan ötanazi yasası olarak adlandırmamıştır. Bu düzenlemeye göre hastalığın son aşamada, hastanın medikal açıdan iyileşemeyecek durumda olması gereklidir. **Carter versus Canada**³⁷ davasının (dosyasının) bu yasal düzenleme-ölümlü- bir etkisi olmuştur. Kanada düzenlemesi hemen hemen, Belçika ve Hollanda yasal düzenlemeleri ile aynı mahiyettedir. Fakat Kanada'daki bu düzenlemede diğer iki ülke düzenlemelerinden farklı olarak; "**sadece iyileşemeyecek ve terminal hastalığı bulunan, ölüme götüren hastalıklar**" halinde ötanazinin uygulanabileceği sınırlaması getirilmiştir. Mevcut düzenlemeye göre Kanada'da doktorlar ötanazi talebini yerine getirmeyi ret etme hakkına sahipler, bu durumda, talebi ret eden doktor hastayı

³² <https://www.deathwithdignity.org/states/new-mexico/>

³³ Myers v. Scheiderman Case September 7, 2017. Bkz. ayrıca;

<https://www.reuters.com/article/us-new-york-euthanasia/new-york-top-court-rejects-right-to-doctor-assisted-suicide-idUSKCN1B12HX>

³⁴ https://en.wikipedia.org/wiki/Jack_Kevorkian Bkz. ayrıca;

<http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJM200012073432315#t=article>

³⁵ <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1174693/>

³⁶ <http://time.com/3748245/kevorkian-trial-history/> Bkz. ayrıca;

https://en.wikipedia.org/wiki/Jack_Kevorkian

³⁷ Bkz. Case Charter v Canada.

başka doktora yönlendirebilmektedir. Kanada’da şu ana kadar 803 kişi ötanazi hakkını kullanmıştır.³⁸ Kanada, mevcut yasal düzenleme öncesi Belçika’daki düzenlemeyi çok detaylı incelemiş ve model olarak kullanmıştır.

Kolombiya

Kolombiya, dünyada Hollanda, Belçika ve Lüksemburg’dan sonra, ötanaziye izin veren 4. ülke olarak dikkat çekmektedir. Kolombiya’daki düzenlemeye göre, ölümcül hastalığı olan yetişkinler doktordan hayatlarına son verilmesini isteyebilmektedirler.³⁹ Kolombiya Anayasa Mahkemesi, mevcut anayasa kapsamında 1997 yılında ötanazi için olumlu karar almış, fakat doktorlar uygulamada, Anayasa Mahkemesinin olumlu kararına rağmen çekimser kalmışlardır. Zira Kolombiya ceza yasasındaki bir düzenleme nedeniyle ortaya çelişkili bir durum çıkmıştır. Ceza yasasındaki bu düzenleme şöyledir: “acıma duygusuyla birisinin ölümüne yardım etme” eyleminden dolayı 6 aydan 3 yıla kadar hapis verilir”. Bu nedenle Kolombiya Sağlık Bakanlığı bu alanda ek yasal düzenleme ve protokollerle “onuruyla ölme” düzenlemesini hazırlayarak, bu yasanın 2015 Temmuz ayında çıkarılmasına öncülük etmiştir. Bu düzenleme ile hem ötanazi, hem de destekli ötanazi (intihar) yasal olarak olanaklı hale getirilmiştir.⁴⁰ Bu yasal düzenleme ile Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu olumlu karardan dolayı eksik kalan hususlar yasal olarak tamamlanmış ve böylelikle ötanazi ve uygulamalarında eksiklik/çelişki giderilmiştir. Kolombiya’da ötanazi için son düzenlemeyle “güvenlik ölçütleri” getirilmiştir. Şuuru yerinde değilse, hastanın ailesinin, hasta kişinin sağlığındaki ötanazi beyanını, görüntülü veya ses kaydı veya hasta kişinin önceki yazılı beyanını, sunarak ispatlamaları gerekmektedir. Hastanın bilinci yerindeyse, doktor tarafından tüm mümkün olan tedaviler hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Eğer hasta ölmek için ısrar ederse doktorun özel bir heyetten onay alması gerekir. Bu heyette hastanın hastalığı hakkında uzman bir doktor, bir avukat ve bir psikolog ya da psikiyatrist olması gerekmektedir.⁴¹

Hollanda

Hollanda 2001 yılından beri aktif ötanazinin yasal olduğu ilk ülke olarak dikkat çekmektedir. Uygulama sadece bir doktor tarafından belirli ölçütler

³⁸ <https://www.15jaareuthanasie.be/images/Verslag-Symposium-Euthanasie.pdf> Bkz. ayrıca; http://eol.law.dal.ca/?page_id=238

³⁹ <https://www.pri.org/stories/2015-04-29/colombia-just-legalized-euthanasia-heres-why-thats-big-deal>

⁴⁰ İbid.

⁴¹ İbid.

yerine getirildiği zaman yapılabilir. En önemli kıstas ise hastanın durumuyla doğrudan ilgili olanıdır: “Hastanın iyileşmeyecek, dayanılamayacak ve düzelme olanağının bulunmadığı bir sağlık sorununun bulunması” gerekmektedir. Ayrıca, en azından başka bir doktorun da hastayı inceledikten sonra aynı diagnosa/tıbbi neticeye varması, hastanın iyileşemeyecek durumda bulunduğuna, ağır ve dayanılamayacak ağrıların olduğu ve düzelme olanağının bulunmadığı sonucuna da ulaşması, gerekmektedir.

Hali hazırda Hollanda’da yaşlı insanlar için ötanazi uygulaması/olanağı kamuoyunda değerlendirilmekte, tartışılmaktadır. Bu yeni tartışma ve değerlendirmede, ağır bir sağlık sorunu olmayan, katlanılmayacak veya tedavisi mümkün olmayan bir hastalığı bulunmayan, yaşlı insanların ötanazi hakkına sahip olup olamayacakları, bir başka ifade ile ötanazi yapıp yapamayacakları Hollanda toplumu tarafından değerlendirilmektedir. 2005 yılında Ötanazi isteyen 1800 kişi iken, 2014 yılında bu sayı 5300 kişiye ulaşmıştır. Ülkedeki yıllık ölüm sayısına bağlı olarak her 25 kişiden birinin (1/25) doktor yardımı sonucu ötanazi ile öldükleri ortaya çıkmıştır.⁴² Hollanda’da 12 yaş altı çocuklar ötanazi talebinde bulunabilmektedirler, fakat Hollanda yasalarına göre 15 yaşına kadar bu çocukların anne ve babalarının buna muvafakat vermeleri gerekmektedir. 16-17 yaşında olan çocuklar için anne ve babalar karar verme mekanizmasına katılabilmektedir, ancak son karar çocuğa aittir.⁴³

Belçika

Belçika bu konudaki ilk düzenlemeyi 2002 tarihinde yapmıştır ve 28 Mayıs 2002 günlü yasa⁴⁴ ile Belçika, öncelikle Ötanazi kapsamındaki belirli şartlardaki müdahale/veya tıbbi yardımı ceza hukuku kavramından ve içeriğinden, başka bir ifade ile suç olmaktan çıkarmıştır.⁴⁵ Böylelikle ötanazinin uy-

⁴² <https://www.nvve.nl/wat-euthanasie/de-euthanasiewet>

⁴³ <https://www.nvve.nl/wat-euthanasie/de-euthanasiewet> Bkz. ayrıca; <https://euthanasia.procon.org/sourcefiles/netherlands-termination-of-life-on-request-and-PAS-act.pdf>

⁴⁴ 28 Mayıs 2002 tarihli yasa: Loi relative a` l`euthanasie, 28 Mai 2002.

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20020528mb_frn1.pdf

⁴⁵ Belçika’da Ötanazi düzenlemesi “Ölüm Hakkı” olarak nitelendirilmiştir. Örneğin Distelmans W’nin çalışmasında kitabın adı “Ölüm Hakkı” olarak konulmuştur. Bkz. Distelmans W, Het recht om te sterven, Antwerpen, 2012. Bkz. ayrıca; <https://lib.ugent.be/nl/catalog/rug01:001886700>

gulanabilmesinin önü Ceza Yasasındaki düzenlemenin kaldırılması ile açılmıştır. 2 Nisan 2003 tarihli Kraliyet Kararı⁴⁶ (Kraliyet Kararnamesi) ile ötanazi kararının nasıl alınması, ötanazi isteğinin/talebinin nasıl yapılması gerektiği, bir başka ifade ile ötanazi talebine ilişkin ölçütler ve bu ölçütlerin yerine getirilmesi ile ötanazi talebinin tekrarı ve onaylanması süreçleri, talebin geri alınması, değiştirilmesi koşul ve hususlarında düzenlemeler getirildiği görülmektedir.⁴⁷

Belçika'daki ötanazi ile ilgili yasal düzenlemeler kapsamında dikkate alınması gereken bir başka husus ise 27 Nisan 2007 tarihli Kraliyet Kararıdır. Bu karar ile ötanazi talebinin resmi kayıtlara nasıl geçirileceği, nasıl geçerlik kazanacağı, talebin nüfus kayıtlarına nasıl işleneceği ve en nihayetinde talebin doktorlara nasıl bildirilmesi gerektiği hususları düzenlenmiştir.⁴⁸

28 Şubat 2014 tarihli yasal düzenleme ile 18 yaşın altındaki “küçükler” için de ötanazi talebi ve süreci için mevzuat oluşturulmuştur. 2002 tarihli ilk Ötanazi yasasına ilaveten çıkarılan bu yeni yasa ile sağlanan değişiklikten dolayı Belçika'da henüz reşit olmamış “küçüklerin” de ötanazi hakları yasal güvenceye alınmış ve belirli standartlar çerçevesinde mümkün hale gelmiştir.⁴⁹ 2002 tarihli yasanın 2. maddesi ile ötanazinin tanımı yapılmaktadır: “**Bilinçli**

⁴⁶ Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1, ISSN:1303-4650, s. 7. 2017.

Federal Hükümetin yasalarının uygulanması için Hükümetin onayladığı ve Kralın imzaladığı Kraliyet Kararı gerekmektedir. Bu Türkiye'deki “Yürürlük Yasalarının” benzeri bir uygulamadır.

⁴⁷ Bkz. 2 Nisan 2003 tarihli Kraliyet kararı: 2 AVRIL 2003, Arrêté royal fixant les modalités suivant lesquelles la déclaration anticipée relative à l'euthanasie est rédigée, recon- firmée, révisée ou

retirée: https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/ar20030402mb_fnl.pdf Bkz. ayrıca, Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1, ISSN:1303-4650, s. 7. 2017.

⁴⁸ 27 Nisan 2007 tarihli Kraliyet Kararı: Arrêté royal réglant la fac, on dont la déclaration anticipée en matière d'euthanasie est enregistrée et est communiquée via les services du Registre national aux médecins concernés,

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/ar20070427mb_fnl.pdf

⁴⁹ 28 Şubat 2014 tarihli Yasa: 28 FEVRIER 2014. — Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20140228_fnl.pdf

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

bir şekilde ötanaziye konu olan kişinin talebi üzerine, -dışarıdan- başka bir kişi tarafından, kasıtlı olarak talepte bulunan kişinin hayatının sona erdirilmesi” olarak tanımlanmaktadır. Bölüm 2’de, 3 ve 3 bis maddeleri tarafından yapılan düzenlemede ötanazi için gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Buna göre; hastanın talebi üzerine doktor yasanın aramış olduğu şartlara uyarak Ötanaziyi uygulayabilir. Burada önemli bir sorun bulunmaktadır: Ötanazi talebi nasıl açıklanır? Yasanın ilgili maddelerine göre talep;⁵⁰ **“bilinci yerinde olan ve yasal haklarını kullanabilen hasta⁵¹ tarafından yapılır ya da önceden sağlıklı iken yapılan bir istek/talep⁵² ile de ileride koma veya bitkisel hayata girme durumlarında, bir başka ifade ile hayata geri dönemeyecek durumda olacak olan hastalar”** için söz konusu olmaktadır.⁵³

Sonuç itibariyle, her iki halde ötanazi talebi hastadan gelmelidir veya gelmiş olmalıdır. Ötanazi sadece bir doktor tarafından yapılabilir. Aksi durumda, ötanazi talebi hastadan gelmemiş ve bu husus doktor tarafından dikkate alınmamış ise yapılan eylem suç teşkil eder. Keza aynı şekilde ötanazi yapan doktor yasal şartlara uymaz ise bu eylem de suç teşkil eder.⁵⁴

Lüksemburg

2008’de Lüksemburg, ötanazi ve destekli intiharda belirli koşullar altında doktorun eylemini suç olmaktan çıkararak yasayı onaylamıştır. Ardından Lüksemburg, genel olarak Belçika’daki düzenlemeyi modelleyerek kendi ötanazi düzenlemesini oluşturmuştur. AB içinde ötanaziye kabul eden 3. ülkedir.⁵⁵ Yasa Mart 2009’da yürürlüğe girmiştir. Düzenlemeye göre, Hollanda ve Belçika’daki düzenlemelerde olduğu gibi, hastanın ülkede bir oturumunun bulunması/yerleşik durumda olması gerekmekte, ancak hastanın doktoru ile bir hasta-doktor ilişkisinin var olması gerektiği için pratikte yerleşik olması gerekmektedir.

Ötanazi kabul ve uygulama şartları, Belçika’da ki düzenleme olan 16 Mart 2009 tarihli ötanazi ve destekli intihar yasasıyla aynıdır. Bazı küçük farklar

⁵⁰ Madde 3 ve 3bis. Bkz. daha fazla bilgi için; Meulenbergs T – Schotmans P, Euthanasia and palliative care in the Low Countries, Leuven, Peeters, 2005.

⁵¹ Hak ve fiil ehliyeti sahibi.

⁵² Özel bir tür Vasiyetname.

⁵³ Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1, ISSN:1303-4650, s. 2. 2017.

⁵⁴ İbid.

⁵⁵ Luxemburg, Chamber of Deputies, Loi du 16 mars 2009 sur l’euthanasie et l’assistance au suicide.

bulunmaktadır: Lüksemburg’ ta hastanın en azından 18 yaşında olması aranmaktadır. Lüksemburg’da ötanazi beyanının geçerlik süresiyle ilgili bir süre sınırı bulunmamaktadır. Oysa Belçika’da 5 yıllık bir geçerlilik süresi bulunmaktadır.

Birleşik Krallık

Birleşik Krallık’ ta (BK) ötanazi ve uygulaması yasal değildir. BK vatandaşları ötanazi yapabilmek için AB içindeki ötanazinin serbest olduğu ülkelere gitmektedirler. 2015 yılında BK’ ta ötanazi ile ilgili olarak bir yasa hazırlamaya çalışılmış, ancak bu girişim başarı ile sonuçlanmamıştır.⁵⁶ Bu tasarıda Birleşik Devletlerin 6 eyaletindeki benzeri bir düzenleme modeli öngörülmüştür.⁵⁷

BK’ ta destekli intihar illegal olmasına rağmen, birinin intiharına destek olan kişinin mutlaka cezalandırılacağına dair kesin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira *Suicide Act* (intihar yasası) ötanaziyi açıkça yasaklamaktadır. Yasal düzenlemeye göre ötanazi nedeniyle mahkemeler 14 yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir. BK’ ta yasal düzenleme kapsamında dikkate alınması gereken vakıa *Pretty v. the UK* davasıdır ve oldukça önemlidir.⁵⁸ Bu dava, destekli intihar talep eden kişinin, desteğinden ötürü eşinin yargılanmaması talebinden kaynaklanan ihtilafın AİHM’ne götürülmesidir. Bu davada AİHM, İngiltere’nin intihar yasasında destekli intiharı yasaklamasını AİHS’nin 2. maddesi kapsamında “Yaşam Hakkı İhlali” olarak görmediğini karara bağlamıştır. Destekli intihar illegal olmasına rağmen, bu konuda son gelişmelerden dolayı, intihara destek olan her kişinin BK’ ta doğrudan yargılanacağı sonucu ortaya çıkmamaktadır. Zira *Debbie Purdy* olayında, *Law Lord*⁵⁹ (Üst Derece Mahkemesi), hasta kişinin eşiyle beraber İsviçre’ye giderek destekli intihar talep etmesi halinde eşi hakkında destekli intihar suçlamasının yapılmayacağını 2009 Temmuz’da karara bağlamıştır.⁶⁰

⁵⁶ <http://www.independent.co.uk/news/health/assisted-dying-laws-are-progressing-in-some-places-the-uk-isn-t-one-of-them-a7679846.html>

⁵⁷ Bkz. yukarıda Birleşik Devletlerdeki Düzenlemeler.

⁵⁸ Bkz. ileride *Pretty v UK Case*.

⁵⁹ High Court of Appeal. UK’nin Yargıtay Makamı, Son Derece- Yüksek- Mahkemesi üyelerinden oluşmaktadır.

⁶⁰ The House of Lords, *case Debbie Purdy*. “In September 2009 the Law Lords ruled that the lack of clarity in the *Suicide Act 1961* violated article 8 of the *European Convention on Human Rights*, which ensures the right to respect for one’s private and family life.” Bkz. <http://www.independent.co.uk/news/obituaries/debbie-purdy-campaigner-who-fought-tirelessly-for-clarification-of-assisted-suicide-laws-9950559.html>

Bu olaydan sonra **Law Lord**, Savcılık Makamına, intihara destek olan kişi ile destek talebinde bulunan kişinin birlikte ne zaman yargılanıp, yargılanmayacağına dair Kılavuz oluşturulması talebini iletmıştır. 2010 Şubat ayında yayınlan bu kılavuzda, destekli intiharın suç teşkil ettiği, fakat kişinin yargılanıp yargılanmayacağına iki etaplı bir işlem süreci sonucunda karara bağlanacağı yer almaktadır. İlk adımda/etapta ilgili kişinin destekli intihara aktif biçimde destek verdiğine dair yeterli delil olup olmadığı araştırılacaktır. Ardından ikinci etapta bu kişinin yargılanması kamu düzeni açısından kamu yararına olup olmadığına bakılacaktır. Bu kılavuzda özel faktörlere ilişkin bilgiler de yer almaktadır ve ayrıca kişinin ne zaman yargılanacağı, intihara herhangi bir cesaretlendirme mi ya da yardım mı yapıldığı hususları da yer almaktadır.

Avustralya

Ötanazi illegal olarak kabul edilmektedir. Kıtada eyaletler ve bölgeler doğrudan kendileri bu alandaki düzenlemeleri yapma hak ve yetkilerine sahiptirler. Bu nedenle destekli intihar ile ilgili düzenleme doğrudan eyaletlerin görev ve yetkileri alanına girmektedir.

Victoria Eyaleti, çok yakın bir geçmişte, 29 Kasım 2017 tarihinde, Ötanazi Yasasını kabul etmiştir. 2019 yılı ortalarından itibaren uygulanacak şekilde, Victoria şehrinde yaşayan ölümcül ve iyileşemeyecek hastalığı bulunan ve 6 aydan daha az ömrü kalan kişilerin taleplerinden itibaren 10 gün içinde yasal uyuşturucu almalarına ve bu şekilde yaşamlarını sonlandırmalarına izin verileceği yasal olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu hak kıtadaki tüm insanlar/vatandaşlar için bir düzenleme ve olanak sağlamamaktadır. Yasal düzenlemeye göre talepte bulunan hasta kişinin mutlaka Avustralya vatandaşı olması ve Victoria'da yaşıyor olması gerekmektedir.⁶¹ Bu eyaletin dışında diğer eyaletlerde de yakın bir zaman içinde ötanazi veya destekli intihar uygulamalarına olanak verebilecek yasal girişimler beklenmelidir.

İtalya

Yakın bir zamanda, “hayatın sonundaki hastanın tedaviyi ret hakkı” kapsamında son düzenlemeyi bir başka Avrupa ülkesi yapmıştır: İtalya.⁶² Şüphesiz ki İtalya'nın bu noktaya gelmesi kolay olmamıştır. Uzun uğraşlardan sonra İtalya Aralık 2016'da yasa tasarısını onaylayarak kabul etmiştir. Kabul

⁶¹ <https://www.nytimes.com/2017/11/29/world/australia/australia-euthanasia-victoria-assisted-dying.html>

⁶² <https://www.nytimes.com/2017/12/14/world/europe/italy-living-will-end-of-life-right-to-die-assisted-suicide.html>

edilen bu yasa teklifi doğrudan ötanazi hakkını İtalya’da sağlamayacaktır.⁶³ Ötanazi hala yasadışı olarak kabul edilmektedir. Ancak kabul edilen düzenlemeye göre, kişiler tedavinin belli bir aşamasında, kararlarıyla ilgili iletişim kuramayacak duruma gelmeleri ihtimaline karşı, örneğin bitkisel hayat ya da koma durumuna girmeleri halinde, “hayatın sonundaki hastaya yaklaşımı” önceden belirleyebilme hakkına sahip olacaklardır. İtalya’da onaylanan yasa teklifi ile hastalar, tedaviyi, suni beslenmeyi de reddedebilme hakkına sahip olacaklardır. İtalya’nın bu noktaya ulaşmasında *Eluana Englaro* vakası önemli bir aşamayı oluşturmaktadır.⁶⁴ Tasarının kabulünden sonra İtalya Başbakanı *Paolo Gentiloni* yaptığı açıklamada kabul edilen tasarıyı; “Yaşama iradesi: Senato’dan medeni bir seçime yeşil ışık yandı, insan onuru için ileriye doğru atılmış bir adım” olarak nitelendirmiştir.⁶⁵

Türkiye

Türkiye’deki durumu da kısaca incelemek yararlı olacaktır. Bilindiği üzere, Türkiye’de ne ötanazi ne de destekli intihar yasal değildir. Dikkate alınmalıdır ki TCK’ da ötanaziye ilişkin özel bir düzenleme veya hüküm bulunmamakla beraber, ötanazi kapsamında bu eylemin “kasten adam öldürme suçu” sayılacağı kabul edilmektedir.⁶⁶ Bir ötanazinin gerçekleşmesi halinde, hâkim yine de cezayı hafifletici sebepler kapsamında ceza tayinine yönelecektir. TCK 81. md. kapsamında aktif ötanazi, doğrudan “kasten adam öldürme” suçu kapsamında kabul edilir. Buna karşılık; bir hekimin hastanın talebine rağmen, hayati tehlike riski bulunuyor olsa bile tedaviyi sona erdirmesi, taksirle adam öldürme suçunu oluşturur. Burada hekim, hastanın talebi üzerine tedavinin sona erdirilmesi halinde hastanın öleceğini öngörmektedir.⁶⁷ TCK 84. madde kapsamında ise Türkiye’de “İntihara Yönlendirme

⁶³ <http://www.bbc.com/news/world-europe-39117472>

⁶⁴ *Eluana Englaro* 18 Ocak 1992’de meydana gelen kaza sonucunda komaya girmiş ve uzun yıllar komada kalmıştır. 1999 yılında *Englaro*’nun babası *Lecco* Mahkemesine başvurarak kızının suni beslenmesine son verilmesini yasal olarak istemiştir. Ancak Mahkeme, bu talebe olumsuz yanıt vermiş ve *Englaro*’nun ailesi uzun yıllar hukuk mücadelesi vermek zorunda kalmıştır. *Englaro*, ailesinin vermiş olduğu uzun hukuk mücadelesinin ardından, 2009 yılında suni beslenmesine son verilerek hayatını kaybetmiştir. <https://www.theguardian.com/world/2009/feb/08/eluana-englaro-assisted-suicide>

⁶⁵ www.hurriyet.com.tr/o-avrupa-ulkesi-otanazi-hakki-tanidi-40678663

⁶⁶ Bkz. ayrıntılı bilgi için Önder A, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, 1994, s.17.

⁶⁷ Bu konuda ayrıntılı çalışma için bkz. İnceoğlu S, Ölme Hakkı, İstanbul 1999. Ayrıca bkz. Besiri A, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s. 200.

Suçtu" tanımlanmıştır ve mevcut düzenlemeye göre Türkiye'de destekli intihar mümkün değildir.

Yakın bir zaman içinde Türkiye'de ötanazi ve/veya destekli intihara imkân sağlayacak yasal bir düzenleme olasılığı veya girişimi olanaklı görünmemektedir. Burada sosyolojik ve dinsel sebeplerin belirleyici olduğu açıktır. Ancak uzun vadede, düşük ihtimal de olsa, bazı girişimler veya yasa teklifleri olasılık dâhilindedir.

AB Hukuku Açısından Ötanazi ve Destekli İntihar

Avrupa Birliği (AB) mevzuatı içinde ötanaziye veya destekli intihara ilişkin bir doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Zaten ötanazi veya destekli intihar talebinin hukuksal olarak kabul edilebilirliği ve yaygınlığı son 15-20 yıl içinde gerçekleşmiştir. İleride, AB'nin bu konularda bir tavsiye veya görüş bildirmesi olasılık kapsamında düşünülmelidir. AB "Hasta Hakları" kavramına ve düzenlemelerine özel önem vermeye başlamıştır,⁶⁸ bu gelişmeyle dolaylı olarak, ötanazi veya destekli intihar ile bağlantısının kurulmasına ileride olanak sağlayabileceğini düşünmek olasıdır. AB Hukukuna göre sağlık ile ilgili düzenlemeler ki bu kapsama dolaylı olarak ötanazi ve destekli intihar uygulamalarını da dâhil edebiliriz, üye ülkelerin kendi görev ve tasarruf alanlarına bırakılmıştır ve bu nedenle sağlık ile ilgili (dolayısıyla ötanazi veya destekli intihar) ile ilgili düzenlemeler yapıp yapmama konusunda, AB Hukukuna göre, yetki tamamıyla üye ülkenin kendisindedir.⁶⁹

⁶⁸ Avrupa Parlamentosu (AP) 1984 yılında hasta hakları kapsamında bir karara varmıştır. Bu kararda, Komisyona, Hasta Hakları ile ilgili bir kitapçık hazırlanması talebini iletmıştır. Ancak bu talep bir sonuca ulaşamamıştır. 90'lı yıllarda hasta haklarına yönelik bir talep patlaması olmuştur. AB, hareket halindeki, bir ülkeden başka bir ülkeye giden, hastalara sağlık hizmeti verilmesini ve sağlık hizmetinin serbest dolaşımı sağlamak ve haklarını korumak için sosyal güvenlikleri ile ilgili 2 farklı tüzük hazırlayarak ilk adımları atmıştır. 1408/71 ve 574/72 sayılı tüzükler bu alanda ilk düzenlemeleri içermekteydi. Bu tüzüklerde sınır aşan sağlık hizmetlerinde bedellerin geri ödenmesini düzenlemekteydi. Bunun için, ülkelerdeki yetkili sağlık kurumlarının, önceden hastaya izin vermiş olması gerekiyordu. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD/Divan) önceden "izin alma kararına" karşı çıkmaktaydı. Bkz. ayrıca; Van Dermei AP, The New Directive on Patients' Rights in Cross-Border Healthcare" MJ 2011.

⁶⁹ Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1, ISSN:1303-4650, s. 3.- 4. 2017.

4 Nisan 2001 tarihinde AB'nin hazırlamış olduğu bir direktif ile⁷⁰ “ilaçlarla ilgili klinik araştırma ve deneylerde uyulması gereken kurallar” açısından, üye ülkelerin mevzuatlarının uyumlulaştırılması hedeflenmiş ve bu amaçla genel bir düzenleme getirilmiştir. Bu direktifte; üye ülkeler arasında klinik deneylerle ilgili bilgi paylaşımı, klinik deneyler için uyulması gereken kurallara, deneylerin yapılması durdurulması, istenmeyen durumların bildirilmesi, deneklerin korunması, klinik deneylerin yapılabilmesi için üye ülkelerde etik komisyonlarının kurulmasına ilişkin hükümler yer almaktaydı. Her ne kadar bu düzenleme doğrudan Ötanazi veya destekli intihar ile ilgili olmasa da, bu durum AB içinde de Hasta Hakları açısından bir gelişmeyi işaret etmektedir.⁷¹

AB Antlaşması (ABA) ile Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkındaki Antlaşma (ABİA) incelendiğinde, her iki antlaşmada doğrudan ötanazi veya destekli intihar ile ilgili bir düzenleme yer almamakla birlikte, bazı maddelerde “sağlık” ibaresinin/konusunun geçtiği hükümler bulunmaktadır. Özellikle ABA'nın 2. maddesinde “İnsan Haklarına Saygı, İnsan Onuruna Saygı” kapsamında Hasta hakları ile dolaylı bir bağlantı kurulduğunda, bu bağlantıya ötanazinin veya destekli intihar düzenlemelerinin dâhil olup olamayacağı tam bir muammadır.⁷²

ABİA'nın 114, 153, 156, 168, 169, 207 maddelerinde, özellikle sağlık ve hasta kavramları (156 ve 168. maddelerde) geçmektedir, ancak Ötanaziye veya destekli intihara ilişkin bir tanım veya çağrışım yer almamaktadır.⁷³ Tekrar etmekte fayda var; her iki antlaşmanın içeriğinde, ötanazi veya destekli intihar ile ilgili bağlantılı olabilecek doğrudan bir hüküm yer almamaktadır. Bununla beraber Avrupa Parlamentosunda yasal bir düzenleme için gi-

⁷⁰ 2001/20/EG.

⁷¹ DIRECTIVE 2001/20/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 4 April 2001 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:121:0034:0044:en:PDF>
Bkz. ayrıca, Bozkurt K, Belçika Örneğinde Yoğun Bakım ve Etik Sorunlar ve Yasal Düzenlemeler, 2017 (Yayın aşamasında).

⁷² İbid. Bkz. ayrıca; Klasa G – Schwabl A, “Patient rights and safety guarantees in EU healthcare”, EJCL 2013

Bkz. madde 2, ABA. **The Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union**, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT> .

⁷³ Madde 114, 153, 156, 168, 169 ve 207, ABİA.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

rişimde bulunulmuştur. İspanyol bir parlamenter tarafından, Ötanazinin desteklenmesi için, AB Parlamentosu'nda Ocak 2016'da imzaya sunulan "*written declaration on dignity at the end of life*"⁷⁴ isimli teklif onay için gerekli çoğunluğu sağlayamamıştır. Bu da zaten üye ülkeler arasında, ötanazi hakkındaki düşünce farklılıklarını açıkça göz önüne çıkarmaktadır. İlgili dokümanda; "bütün AB vatandaşları, vatandaşlıkları ne olursa olsun, dayanılmaz fiziksel veya zihinsel acıya neden olan, iyileştirilemeyen, dayanılmaz bir hastalığın ileri veya son aşamasında olan kişiler, hayatlarını, onurlarına uygun şekilde sona erdirmek için tıbbi yardımdan yararlanabilmelidirler" denmektedir. Mevcut açıklamayı sadece 95 parlamenter imzalamıştır ve böylelikle bu teklif Parlamentodaki çoğunluk tarafından imzalanmadığı için yasal statüye kavuşamamış ve fakat sadece imzalayan parlamenterlerin fikirlerini ortaya koymasından önemli hale gelmiştir. Sonuç itibarıyla geline nokta açısından, ötanazi konusunda AB ülkelerinin farklı düşündükleri açık bir şekilde ortaya çıkmıştır.

Uluslararası Hukuk Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Destekli İntihar

Uluslararası Hukuk düzenlemeleri kapsamında öncelikle dikkate alınması gereken kurum Avrupa Konseyi'dir ve bu kurumun konuyla ilgili karar ve kılavuzlarını değerlendirmek gereklidir. Strasburg'daki Avrupa Konseyi (AK) 1997 yılında, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini⁷⁵ onaylamıştır. Bu sözleşmenin Biyomedikal Araştırmalarla ilgili Ek Protokolü'nü de sözleşme ile birlikte dikkate almak gerekir. Bilindiği üzere AK'inde "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmıştır.⁷⁶ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini imzalayan AK üyesi devletler, diğer devletler ve Avrupa Topluluğu; Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinde ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni; 4 Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Hürriyetlerin Korunması Sözleşmesi'ni;

⁷⁴ Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Talebi.

⁷⁵ Oviedo Konvansiyonu, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanmıştır. Bkz. Katoğlu T, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2432.pdf>

⁷⁶ Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" adıyla kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmî Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nı; 16 Aralık 1966 tarihli Uluslararası Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi⁷⁷ ile Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ni; 28 Ocak 1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesinde Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ni ve ayrıca 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni; göz önünde bulundurmışlardır.⁷⁸ Türkiye, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini AK üyesi olarak, kabul etmiştir.

AK Biyoetik Yürütme Kurulunun 2011 yılında yayımlanan Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzu, “Hasta Hasta Hakları ve Etik Değerler” açılarından son derece önemli bir belgedir.⁷⁹ AK'nin belirtilen düzenlemeleri daha sonra ötanaziye yönelik bir kılavuz hazırlanmasına öncülük etmiştir. AK, ötanazi ile bağlantılı 2015 yılında “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz” yayımlamıştır.⁸⁰ Kılavuzun amacı AK Biyoetik Komitesi (DH-BIO) tarafından, “hasta hakları hakkında çalışmaları esnasında, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi)⁸¹ ile güvence altına alınan ilkelerin uygulanabilmesini kolaylaştırmak üzere kaleme alındığı” şeklinde açıklanmıştır.⁸² Kılavuzda özellikle “Tedaviyi Ret Hakkı üzerine” etik ve hukuki değerlendirmeler ve öneriler yer almaktadır. Bu arada, “Tedavinin Sona Erdirilmesi” ile “Tedavinin Sona Erdirilmesi Kararı”, kavramsal olarak son yıllarda ortaya çıkan ve çok yaygın kullanılan bir olgu olmakla, Hasta Hakları ve/veya Sağlık Hukukunda, ulusal ve uluslararası boyutlarda, pek çok çalışmanın da konusunu oluşturmaktadır.⁸³ Her iki kavram, ötanazi ve destekli intihar tanımlama ve uygulamalarından, hukuksal ve teknik olarak, farklı uygulamayı ifade etmektedir.

⁷⁷ <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁷⁸ <http://www.hasta.saglik.gov.tr/TR,4776/insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesi.html>

⁷⁹

http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02_Biomedical_research_en/Guide/Guide_TR.pdf

⁸⁰ Kılavuz 2014 yılında yayımlanmıştır. Bkz. file:///C:/Users/Administrator.DESKTOP-L003QB6/Downloads/Guide%20FDV%20turc.pdf

⁸¹ Oviedo (Asturias)'da, 4 Nisan 1997 tarihinde, İngilizce ve Fransızca eşdeğer iki asıl metin olarak ve Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanacak tek nüsha halinde düzenlenmiştir.

⁸² Bu konuda ayrıntılı çalışma için bkz. Nys H, Recht en Bio-ethiek, Leuven, Lannoo Campus, 2015.

⁸³ Özsunay E, Participation in the Decision by the Person who is in a Situation that Affects or Limits His/Her Capacity to Express Will, in: Symposium on decision making process regarding medical treatment in end of life situations, 30 November – 1 December 2010, The Steering Committee on Bioethics (CDBI) of the Council of Europe, Strasbourg p.50. *YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)*

AK Biyoetik Yürütme Kurulunun 2011 yılında yayımlanan Araştırma Etik Kurulu Üyeleri Kılavuzunda⁸⁴ ayrıca, doğrudan Ötanazi ile bağlantılı olan, **“ölmekte olan hastanın yaşamının sonlanması sürecine, kendi iradesini beyan ederek katılamayacağı hallerde, daha önceden böyle bir duruma dair belirtmiş olduğu görüşlerinin, isteklerinin göz önünde bulundurulması”** hususları da vurgulanmaktadır.⁸⁵ Burada kişinin sağlığında verdiği izini, “Sağlıklı Durumda Verilen Ötanazi İzin Belgesi (Özel Vasiyetname)” olarak değerlendirmek mümkündür.

Kılavuzda ayrıca; “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin” tıbbi, hukuki ve teknik ilkeler açıklanmaktadır. Bu meydana, “Karar Verme Sürecinin Etik ve Hukuki Çerçevesi”, “Özerklik İlkesi”, “Yararlı Olma, Zarar Vermeme İlkeleri”, bu kapsamda da “Sadece Uygun Tedavi Verme Yükümlülüğü, Sınırlanması ya da Geri Çekilmesi Olası, Gereksiz veya Uygun Olmayan Tedavi Kavramı ile Adalet İlkesi, Sağlık Hizmetlerine Hakkaniyete Uygun Erişim” başlıkları kılavuzda açıklanmaktadır. Ayrıca; “Karar Verme Süreci, Süreçte Yer Alan Taraflar ve Roller” ve “Yaşamın Son Döneminde Karar Verme Sürecinin Farklı Evreleri” kamuoyu ile paylaşılmaktadır.⁸⁶ Her ne kadar kılavuz çok kapsamlı olsa da, ötanazi –destekli intihar ve uygulamaları konusunda Uluslararası düzeyde bir düzenlemenin alt yapısını sağlamaktan uzaktır. İnsan ömrünün uzaması ile sağlık sorunlarının artması, **hastalıkların insan ömrünün uzaması neticesinde, akut ve hızlı ilerleyen bir süreçten kronik ve ağırlı seyreden bir sürece evrilmesi sebepleriyle**, ötanazi ve /veya destekli intihar uygulayan ülkelerin sayısının artması ileride bu konuda uluslararası bir düzenlemenin alt yapısını oluşturabilir. Bu nedenle, yakın bir gelecek içinde olmasa bile, orta vadede AK'nin Ötanazi ile ilgili olarak uluslararası bazı düzenlemeleri gündemine alacağı beklenmelidir.⁸⁷

⁸⁴ CDBI/INF (2011)2, Strasbourg, 7th February 2011.

⁸⁵ Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1, ISSN:1303-4650, 2017, s. 6.

⁸⁶ Avrupa Konseyinin Hazırlamış olduğu “Yaşamın Son Döneminde Tıbbi Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz”, 2015. Bkz. ayrıca;file:///C:/Users/Administrator.DESKTOP-L003QB6/Downloads/Guide%20FDV%20turc.pdf

⁸⁷ Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1, ISSN:1303-4650, 2017, s. 6.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Ötanazi ve Destekli İntihar

Ötanazi ve destekli intihar kavram ve uygulamaları şüphesiz ki İnsan Hakları Kavramı, özellikle Yaşam Hakkı noktasında, tartışmalı bir alan yaratmaktadır. Ötanazi ve destekli intihar uygulamasını kabul etmeyen veya bu uygulamalara karşı çıkanların argümanlarındaki önemli bir unsurdur “Yaşam Hakkı” olgusu. Bu argümanda özellikle “**yaşamın kutsallığı**” ve “**yaşamın dokunulmazlığı**” değerleri ve anlayışı öne çıkarılmaktadır.⁸⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 2. maddesinin ihlali kapsamında, AİHM'nin verdiği bir karara özellikle bakmak gerekir: *Pretty v UK Case*. Yukarıda da açıklandığı üzere⁸⁹ bu dava, BK' ta destekli intihar talep eden kişinin, desteğinden ötürü eşinin yargılanmaması talebinden kaynaklanan ihtilafın AİHM'ne götürülmesidir. AİHM bu davada BK'nin intihar yasasında, destekli intiharı yasaklamasını AİHS'nin 2. maddesi kapsamında “Yaşam Hakkı İhlali” olarak görmediğini karara bağlamıştır.⁹⁰ Yine AİHM bu kararında, Sözleşmenin 3. maddesi (insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı) düzenlemesi ile Sözleşmenin 8. maddesi (özel hayata saygı) ve 14. maddesi (ayrımcılık yasağı), düzenlemelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁹¹

AİHM bir başka kararında, *Haas v Switzerland* vakasında, Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel hayata saygı hakkının ihlal edilip edilmediği ile ilgili ilginç bir karar vermiştir. İhtilaf konusu olay; Devlet tarafından, intihar etmek isteyen hasta kişinin, intihar eylemini acı çekmeden ve risksiz bir şekilde yapabilmesi için doktor reçetesi olmadan kimyasal bileşime (ilaca) erişim hakkı/izninin verilip verilmeyeceği hususundadır. AİHM bu kararında, AK üyesi devletler arasında bireyin kendi hayatına ne zaman ve nasıl son verilmesi kararında/noktasında bir görüş birliğinin bulunmadığını açıkça ortaya koymuştur. Ayrıca AİHM yine önemli bir tespitte bulunmuştur: AK üyesi devletlerin büyük çoğunluğunun, Sözleşmenin 8.maddesi çerçevesinde bireyin hayatına son verme hakkından ziyade, hayatın korunmasını (Sözleşmenin

⁸⁸ Özen M, Şahin ME, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/4, s. 24. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Bayraktar K, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972, İnceoğlu S, İnsan Hakları Bağlamında Ötanazi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, Y. 2006. Bkz. ayrıca Tacir H, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha, s.251.

⁸⁹ Bkz. yukarıda, Birleşik Krallık.

⁹⁰ http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_Eng.pdf

⁹¹ İbid.

2. maddesi düzenlemesini) daha önemli bulduklarını tespit etmiştir.⁹² Bu nedenle bu karar, ötanazi ve destekli intihar konularında mevcut durumun ve algının nasıl olduğu hususlarında oldukça gerçekçi tespitler içermesi sebebiyle, oldukça önemlidir.

Son olarak *Nicklinson and Lamb v the UK* kararına bakmak yararlı olacaktır. AİHM başvurusuna konu olan husus doktor destekli intihar ve gönüllü ötanaziye ilişkin Birleşik Krallık düzenlemeleri uyarınca getirilen yasağa ilişkindir. Davada ilk başvuru, ağır bir hastalık taşıyan, (*locked-in syndrome*) ve yaşamını sonlandırmak isteyen hasta kişinin eşidir ve başvurusunda BK' ta –doktor- destekli intihara ilişkin mevcut düzenlemelerin kendisinin ve hasta eşinin özel ve aile hayatına saygı haklarına uygun olup olmadıklarının yerel mahkemeler tarafından dikkate alınmadığı/belirlenmediği hususunu AİHM'nin önüne taşımıştır. Diğer başvuru ise felçli olan ve hayatını sona erdirmek isteyen bir kişidir ve bunun için, rızasıyla ölümcül ilaçların kendisine gönüllü bir kişi tarafından verilmesi talebinin mahkeme tarafından ret edilmesi hususunu AİHM'ne taşımıştır.⁹³ AİHM her iki başvuruyu da kabul edilmez bulmuş ve ilk başvuru açısından Sözleşmenin 8. maddesinin birincil hukuk düzenlemelerinden doğan bir zorunluluğun esasının milli mahkemelerce incelenmesini gerektiren usulü bir yükümlülükleri içermediğine hükmetmiştir. Diğer başvuru açısından ise iç hukuk yollarının tüketilmeden başvurunun yapılması nedeniyle başvuruyu ret etmiştir.⁹⁴

Sonuç Yerine

Ötanazi ve destekli intihar 21.yy'ın aktüel ve oldukça tartışılan konularından biridir. Bu tartışmalar hem ulusal, hem de uluslararası düzeyde olmaktadır. Kuşkusuz ötanazi ve destekli intihar uygulamalarına yönelik tartışmaların yaygınlık kazanmasında ortalama insan ömrünün uzaması kaynaklı, yeni ve tedavisi zor, ağır eşiği yüksek kronik hastalıkların artması rol oynamıştır. Ayrıca; ağır travma kaynaklı, hasta kişi açısından hayatı katlanılmaz ve çekilemez kılan süreçlerin çoğalması da bu sürece etki ederek, ötanazi ve destekli

⁹² İbid. AİHM ötanazi ve destekli intihar kapsamında azımsanamayacak sayıda kararı bulunmaktadır. Bu kararlardan önemliler şöyledir: *Koch v Germany (ECHR 19 JUL 2012)*, *Gross v. Switzerland (Application no. 67810/10)*, *Lambert and others v France (Application no. 46043/14)*, *Sanles Sanles v Spain (Application no. 48335/99)*, *Ada Rossi and Others v Italy Applications no. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 and 58424/08,* *Nicklinson and Lamb v the UK (Applications no. 2478/15; 1787/15)*, *Gard and Others v the UK cases. (Application No 39793/17)*.

⁹³ http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_Eng.pdf

⁹⁴ İbid.

intihar uygulamalarının azımsanamayacak sayıda ülkede yaygınlık kazanmasına yol açmıştır. Önümüzdeki 15-20 yıllık süreç içinde ötanazi ve destekli intihar uygulamalarına izin verecek ülkelerin sayısının daha da artacağı öngörüsü hatalı olmayacaktır.

Ötanazi ve destekli intihar birbirinden farklı iki uygulamadır. Destekli intiharda, talepte bulunan-hasta kişi- dışarıdan aldığı teknik destekle, ilaç-karışım (zehir) aracılığıyla, hayatına son verecek eylemi kendisi yapmaktadır. Ötanazide ise bu işlem bir uzman, doktor, aracılığıyla yapılmaktadır. Ötanaziye izin veremeyen ancak destekli intihara izin veren ülkelerin sayısı ötanaziye izin veren ülkelerin sayısından biraz daha fazladır. Bunun böyle olmasında o ülkelerdeki aktif ötanazi karşıtlığının veya diğer faktörlerin, dini, sosyolojik-kültürel ve siyasal, pay sahibi olduğu düşünülebilir. Ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının yasallaşıp uygulamasının artmasında son yıllarda oldukça önem kazanan yeni bir alan dikkat çekmektedir: “Hasta Hakları”. Şüphesiz ki “Hasta Hakları” uygulamasının yaygınlık kazanmasında, başta Oviedo Konvansiyonu olmak üzere, diğer uluslararası düzenleme ve protokoller, keza AB hukuku düzenlemeleri, uluslararası yargı organlarınca verilen kararların katkıları önemlidir. Uluslararası hukukta ve AB hukukunda ötanazi ve destekli intihara ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak ötanazi ve destekli intihar uygulamalarının gelişim sürecine bakıldığında, orta vadede bu alanlarda yeni ve daha yaygın düzenlemelerin, en azından buna yönelik girişimlerin, olabileceğini söylemek mümkündür.

Sonuç itibariyle; son birkaç on yıldır “Hasta Hakları” kavramı, uygulaması ve bilincinin de yaygınlık kazanmasıyla, tedavisi mümkün olmayan, dayanılmaz ağrılar yaratan ve uzun yaşamaya bağlı olarak veya başka sebeplerle (travma, kaza vb.) ortaya çıkan, akut hastalık seyriinden kronik hastalık aşamasına geçen hastalıkların yaygınlaşması, ötanazi ve destekli intihar tanımlamalarını ve uygulamalarını önemli hale getirmiştir. Her iki kavram hem ulusal, hem de uluslararası seviyede, toplumların her kesiminde; etik, hukuk, tıp - medikal ve en nihayetinde politik açılardan en çok tartışılan konuları oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

Australian Human Rights Commission, Euthanasia, Human rights and the law, May 2016

Bayraktar K, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972
Besiri A, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

- Boudreau JD, Somerville M, Euthanasia and assisted suicide: a physician's and ethicist's perspectives, DOI <https://doi.org/10.2147/MB.S59303>, 2014
- Bozkurt K, Belçika Örneğinde Yoğun Bakım ve Etik Sorunlar ve Yasal Düzenlemeler, 2017 (Yayım aşamasında)
- Bozkurt K, Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Düzenlemeleri Kapsamında Ötanazi ve Belçika Örneğinde Ötanaziye İlişkin Yasal Düzenlemeler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XIV/1, ISSN:1303-4650, 2017
- Distelmans W, Het recht om te sterven, Antwerpen, 2012
- Eser A, Sterbehilfe und Euthanasie in Rechtlicher Sicht, in Euthanasie oder soll man auf Verlangen töten? Volker Eid (Hrsg.), Mainz 1975
- Eser A, Tötung auf Verlangen-straftrechtlich gesehen, in Euthanasie und natürlicher Tod: Ein Tagungsbericht, Rottenburg 1974
- Gamondi C, Borasio GD, Limoni C, Preston N, Payne S, Legalisation of assisted suicide: a safeguard to euthanasia? PMID: 25016988 DOI: 10.1016/S0140-6736(14)61154-5
- İnceoğlu S, İnsan Hakları Bağlamında Ötanazi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, Y. 2006
- İnceoğlu S, Ölme Hakkı, İstanbul 1999
- Katoğlu A, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/270/2432.pdf>
- Klasa G – Schwabl A, “Patient rights and safety guarantees in EU healthcare”, EJCL 2013
- Meulenbergs T – Schotmans P, Euthanasia and palliative care in the Low Countries, Leuven, Peeters, 2005
- Nicol J, Tiedemann M, Euthanasia and Assisted Suicide: The Law in Selected Countries, Library of Parliament, Canada 2015
- Nys H, Recht en Bio-ethiek, Leuven, Lannoo Campus, 2015
- Önder A, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim alanında Suçlar, Filiz Kitabevi 1994
- Özen M, Şahin ME, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, Ankara 2010/4
- Özen M, Şahin ME, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/4
- Özsunay E, Participation in the Decision by the Person who is in a Situation that Affects or Limits His/Her Capacity to Express Will, in: Symposium on decision making process regarding medical treatment in end of life situations, 30 November – 1 December 2010, The Steering Committee on Bioethics (CDBI) of the Council of Europe, Strasburg
- Tacir H, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, XII Levha, 2011

Strinic, V, Arguments in Support and Against Euthanasia, British Journal of Medicine & Medical Research, 9(7):1-12, 2015, Article no.BJMRR.19151
 Van Dermei AP, The New Directive on Patients' Rights in Cross-Border Healthcare, MJ 2011

Wellness B, Physician-Assisted Suicide: Is it Ethical?

<http://www.berkeleywellness.com/healthy-community/health-care-policy/article/physician-assisted-suicide-ethical>

VAKALAR-Mahkeme Kararları

Myers v. Scheiderman Case (2017 NY Slip Op 06412 Decided on September 7, 2017 Court of Appeals)

Carter versus Canada Case (Supreme Court Judgments Date January 15, 2016)

Koch v Germany (ECHR 19 JUL 2012)

Gross v. Switzerland (Application no. 67810/10)

Lambert and others v France (Application no. 46043/14)

Sanles Sanles v Spain (Application no. 48335/99)

Ada Rossi and Others v Italy (Applications no. 55185/08, 55483/08, 55516/08, 55519/08, 56010/08, 56278/08, 58420/08 and 58424/08)

Nicklinson and Lamb v the UK (Applications no. 2478/15; 1787/15)

Gard and Others v the UK cases. (Application No 39793/17)

The House of Lords, case Debbie Purdy

Eluana Englaro Case

Jack Kevorkian Case

Uluslararası, AB, AK Düzenlemeleri, Ulusal Mevzuatlar, Resmi Belgeler, İçtihatlar ve Antlaşmalar

Loi relative a` l'euthanasie, 28 Mai 2002

Arrêté royal fixant les modalités suivant lesquelles la déclaration anticipée relative à l'euthanasie est rédigée, recon- firmée, révisée ou retirée, 2 AVRIL 2003.

Arrêté royal réglant la fac,on dont la déclaration anticipée en matière d'euthanasie est enregistrée et est communiquée via les services du Registre national aux médecins concernés.

Loi modifiant la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie, en vue d'étendre l'euthanasie aux mineurs, 28 FEVRIER 2014.

Luxemburg, Chamber of Deputies, Loi du 16 mars 2009 sur l'euthanasie et l'assistance au suicide.

Swiss Criminal Code

EU Regulations: 1408/71 and 574/72

2001/20/EG

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Directive 2001/20/EC of the European Parliament and of the Council of 4 April 2001

The Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union

Oviedo Convention

Guide for Research Ethics Committee Members CDBI/INF (2011)2, Strasbourg, 7th February 2011

Yaşamın Son Döneminde Tıbbı Tedavide Karar Verme Sürecine İlişkin Kılavuz, AK, 2015

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun

20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete

TCK

İnternet Kaynakları

AB, Uluslararası ve Ulusal Kurumlara ait Resmi İnternet Siteleri

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:121:0034:0044:en:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:121:0034:0044:en:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:121:0034:0044:en:PDF)

[http://eur-lex.europa.eu/legal-](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT)

[content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT)

http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Euthanasia_Eng.pdf

http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02_Biomedical_research_en/Guide/Guide_TR.pdf

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

<http://www.hasta.saglik.gov.tr/TR,4776/insan-haklari-ve-biyotip-sozlesmesi.html>

http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/02_Biomedical_research_en/Guide/Guide_TR.pdf

[file:///C:/Users/Administrator/DESKTOP-](file:///C:/Users/Administrator/DESKTOP-L003QB6/Downloads/Guide%20FDV%20turc.pdf)

[L003QB6/Downloads/Guide%20FDV%20turc.pdf](file:///C:/Users/Administrator/DESKTOP-L003QB6/Downloads/Guide%20FDV%20turc.pdf)

http://eol.law.dal.ca/?page_id=238

<https://doh.dc.gov/page/death-dignity-act-2016>

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1174693/>

Uluslararası ve Ulusal Organizasyonlara ait İnternet Siteleri

<https://www.pri.org/stories/2015-04-29/colombia-just-legalized-euthanasia-heres-why-thats-big-deal>

<https://www.nvve.nl/wat-euthanasie/de-euthanasiewet>

<https://euthanasia.procon.org/sourcefiles/netherlands-termination-of-life-on-request-and-PAS-act.pdf>

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20020528mb_frnl.pdf

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/ar20070427mb_frnl.pdf

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/ar20030402mb_frnl.pdf

https://www.health.belgium.be/sites/default/files/uploads/fields/fpshealth_theme_file/loi20140228_frnl.pdf

<https://www.15jaareuthanasie.be/images/Verslag-Symposium-Euthanasie.pdf>

<http://www.life.org.nz/euthanasia/abouteuthanasia/history-euthanasia1/>

<https://www.mydeath-mydecision.org.uk/new-report-outsourcing-assisted-dying-switzerland/>

<http://www.drze.de/in-focus/euthanasia/legal-regulations>

<https://www.goethe.de/en/kul/ges/20927927.html>

<https://www.deathwithdignity.org/states/colorado/>

<https://www.deathwithdignity.org/oregon-death-with-dignity-act-history/>

<http://www.oregon.gov/oha/ph/ProviderPartnerResources/EvaluationResearch/DeathwithDignityAct/Pages/ors.aspx>

<http://www.drze.de/in-focus/euthanasia/legal-regulations>

<https://www.deathwithdignity.org/states/new-mexico/>

<http://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJM200012073432315#t=article>

https://en.wikipedia.org/wiki/Jack_Kevorkian

Diğer İnternet Siteleri

<https://www.nytimes.com/2017/11/29/world/australia/australia-euthanasia-victoria-assisted-dying.html>

<https://www.nytimes.com/2017/12/14/world/europe/italy-living-will-end-of-life-right-to-die-assisted-suicide.html>

<http://time.com/3748245/kevorkian-trial-history/>

<https://www.reuters.com/article/us-new-york-euthanasia/new-york-top-court-rejects-right-to-doctor-assisted-suicide-idUSKCN1BI2HX>

<http://www.bbc.com/news/world-europe-39117472>

<http://www.independent.co.uk/news/health/assisted-dying-laws-are-progressing-in-some-places-the-uk-isn-t-one-of-them-a7679846.html>

<https://www.theguardian.com/world/2009/feb/08/luana-englaro-assisted-suicide>

<https://www.mdr.de/nachrichten/ratgeber/sterbehilfe-104.html>

www.hurriyet.com.tr/o-avrupa-ulkesi-otanazi-hakki-tanidi-40678663

***İNANÇ, DÜŞÜNCE VE KANAAT HÜRRİYETİNİN
KULLANILMASINI ENGELLEME SUÇU (TCK m. 115)**
(*OBSTRUCTION OF THE USE OF THE FREEDOM OF CONSCIENCE, EXPRESSION
AND THOUGHT AS A CRIMINAL OFFENSE (ART. 115 TCC)*)

Yrd. Doç. Dr. R. Barış Erman* **

ÖZ

Anayasa'nın 20, 24, 25 ve 26. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9 ve 10. maddelerinde düzenlenmiş bulunan inanç, düşünce ve kanaat hürriyetlerini ihlal eden çeşitli fiiller Türk Ceza Kanunu'nun 115. maddesinde suç olarak tanımlanmıştır. Makalede bu suç tipinin tarihçesine ve karşılaştırmalı hukuktaki benzerlerine yer verildikten sonra, maddede düzenlenen fiiller sistematik olarak incelenmiştir. Özellikle güncel örneklerden yola çıkılarak hangi davranışların suç olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde tartışmalara yer verilmiş ve Yargıtay içtihatları ile suçun uygulama alanı eleştirel bir gözle tespit edilmiştir.

***Anahtar kelimeler:** İnanç, düşünce ve kanaat hürriyeti, Türk Ceza Kanunu, yaşam tarzına müdahale, ibadet, ifade özgürlüğü*

ABSTRACT

Several acts violating the freedom of thought, conscience and expression, as regulated under the articles 9 and 10 of the European Convention of Human Rights, and articles 20, 24, 25 and 26 of the Turkish Constitution, have been defined as criminal offenses under article 115 of the Turkish Criminal Code. After dealing with the historical background of the offense, similar offenses in comparative law, this article focuses on the systematical analysis of the definition under the TCC. Discussions about which actions and omissions to consider as criminal are reflected with emphasis of current examples, and the scope of the provision is determined by using the case-law of the Turkish Court of Cassation, with a critical point of view.

***Keywords:** Freedom of thought and conscience, freedom of expression, Turkish Criminal Code, intervention to lifestyle decisions, freedom of speech*

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 22.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 26.01.2018.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0737-043X

I. Giriş

İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin engellenmesi suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlenmiştir¹.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 115. maddesinde “inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin engellenmesi” başlığı altında düzenlenen fiiller, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda farklı maddeler altında düzenlenen suç tiplerini tek bir suç tipi altında birleştirmiştir.

115. maddenin 1. fıkrasında, bireyin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanması veya bunları açıklamaktan, yaymaktan men edilmesine cezai yaptırım öngörülmüştür. Bu fiil, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 188/1. maddesinde düzenlenmiş bulunan “şartlı tehdit” suç tipine, 16.09.1979 tarih ve 2245 sayılı Kanun ile eklenen seçimlik hareketten uyarlanarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na aktarılmıştır. Söz konusu fıkranın, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükten kalkmasından önceki son şekline göre: “*Bir kimse bir şeyi işlemek veya işlemesine müsaade etmek ya da o şeyi işlememeye mecbur etmek için diğer bir kimseye zor kullanır veya onu tehdit eder veya yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak bir konuda bilgi vermesini veya inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse altı aydan bir yıla kadar hapis ve bin liradan üçbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır*”.

765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda “Şahıs Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” başlığı altında düzenlenmiş bulunan bu suç tipinin ilk kısmı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 108. maddesinde ifadesini bulan “Cebir” suçuna karşılık gelmektedir. Buna karşılık, aynı suç tipinin “Bir kimse (...) yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak (...) inancını veya siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasını isterse” kısmı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun

¹ Madde metni şu şekildedir:

Türk Ceza Kanunu madde 115 (İnanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme):

- (1) Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan meneden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) Dini inancın gereğinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel ya da toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, fail hakkında birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.
- (3) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale eden veya bunları değiştirmeye zorlayan kişiye birinci fıkra hükmüne göre ceza verilir.

115/1. maddesine dönüştürülmüştür. Bu dönüşüm sırasında önemli bazı değişiklikler de gerçekleştirilmiştir. Eski düzenleme, “yetkisi olmadan veya yasalara aykırı olarak” gibi geniş bir zemin içermekte iken, yürürlükteki suç tipinin işlenmesi için failin “cebir veya tehdit” kullanması zorunlu kılınmıştır. Bunun dışında, eski düzenlemede suçun tamamlanması için, mağdurun “siyasi veya sosyal görüşünü açıklamasının istenmesi” yeterlidir. Hâlbuki yeni suç tipinde, mağdurun bu gibi bir açıklamaya “zorlanması” gerekmektedir. Bu açılardan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki suç tipi daha dar kapsamlıdır. Diğer taraftan ise, 115/1. maddeye “kanaati değiştirmeye zorlama”, “açıklamaktan veya yaymaktan men etme” şeklinde yeni seçimlik hareketler eklenmiş, yine suçun yalnızca “siyasi veya sosyal görüş” üzerinde değil, “dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatler” üzerinde işlenmesi kabul edilerek suç tipinin kapsamı bu açılardan genişletilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 115/2. maddesinde düzenlenen suç tipinin kaynağı, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’nun 175/1. maddesindeki suç tipidir. Din hürriyeti aleyhinde cürümler başlığı altında düzenlenen bu suç tipi, şu şekildedir: “*Dinlerden birine ait dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal eden kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir*”.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun yürürlüğe giren ilk şeklinde, bu kaynak metne daha sadık bir düzenleme yer almaktaydı. Buna göre, “*Dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkraya göre ceza verilir*”di. Ancak 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun ile söz konusu madde metninde değişiklik yapılarak günümüzdeki şekli yürürlüğe konmuştur. Yürürlükteki düzenleme ile 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenleme karşılaştırıldığında tespit edilecek ilk fark, “din hürriyeti” ayrı bir hukuksal değer olarak korunmasından vazgeçilerek, ilgili fiillerin diğer hak ve özgürlüklerle karışmış bir biçimde “özgürlüğe karşı suçlar” başlığı altındaki diğer suçlarla birleştirilmiş olmasıdır. Bunun dışında, 2014 yılındaki değişiklikle bir dine ilişkin ibadet veya ayinin “toplularak yapılması”, yani toplu din ve vicdan özgürlüğü yanında, bireysel özgürlüğün de korunmaya başlanması dikkat çekmektedir². Son olarak, mülga metindeki “men ve ihlal” terimi yerine “cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenme” ifadesi kullanılmış, böylece suç oluşturan fiillerin kapsamı genişletilmiştir.

² Bkz. Yaşar, Osman / Gökcan, Hasan Tahsin / Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.b., c. 3, Ankara, 2014, s. 3891.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 115. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle birlikte, yine 6529 sayılı Kanun kapsamında aynı maddeye eklenen 3. fıkrayla suç tipine yeni bir seçimlik fiil eklenmiştir. “Yaşam tarzına ilişkin tercihlere müdahale” olarak adlandırılabilir bu fiilin, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda karşılığı bulunmamaktadır.

II. Karşılaştırmalı Hukuk

115. maddede düzenlenen suçun karşılaştırmalı hukukta bire bir karşılığını bulmak mümkün değildir. Ancak bu suçla korunan hukuki menfaatin veya düzenlenen seçimlik fiillerden bazılarının Avrupa ceza kanunlarında benzerleri bulunmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nun 167. paragrafı, “Dini icra etmenin engellenmesi” başlığını taşımaktadır. “Din ve dünya görüşüne karşı suçlar” başlığı altında düzenlenen bu maddenin 1. fıkrası, “yurtiçindeki bir kilisenin veya dini cemaatin ayinini veya ibadet davranışlarını kasten ve kaba bir şekilde bozan” kişiye 3 yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, Almanya'da bulunan “dünya görüşü birlikleri”nin kutlamaları da ibadet sayılmıştır. Dini nitelikte olsun veya olmasın, cenaze merasiminin engellenmesi ise Alman Ceza Kanunu'nun 167a paragrafında aynı yaptırımı bağlanmıştır. Bu suç tipi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 115/2. maddesini kısmen karşılamaktadır.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 405. maddesi, “bir dini inancın, bir din adamı tarafından veya bir ibadethanede ya da kamusal veya kamuya açık bir yerde gerçekleştirilen ibadetini, ayinlerini veya uygulamalarını engelleyen veya bozan kişiye 2 yıla kadar hapis cezası verilir” hükmünü içermektedir. Suçun kişilere karşı cebir veya tehdit ile işlenmesi bir ağırlatıcı neden olarak öngörülmüş olup, bu halde ceza 1 yıldan 3 yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, suç tipinin ilk halinde yalnızca “Katolik inancına” ilişkin ayin ve ibadetler korunmaktayken, 24.02.2006 tarihinde maddede değişiklik yapılarak her türlü dini inanç korunmaya başlanmıştır.

Fransız Ceza Kanunu'nun 225-4-10. maddesi, yaşam tarzına müdahale anlamına gelebilecek bir suç tipini son derece dar bir kapsamda ve kazüistik olarak düzenlemektedir. 11.10.2010 tarihli ve 2010-1192 sayılı Kanun ile yürürlüğe konan bu suç tipine göre, bir veya birden çok kişiyi, cinsiyeti nedeniyle, tehdit, cebir, zorlama veya nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle yüzünü kapatmaya mecbur bırakan kişiye 1 yıla kadar hapis ve 30.000 Avro'ya kadar para cezası verilmektedir. Bu suçun küçüğün zararına olarak işlenmesi halinde ceza 2 yıla kadar hapis ve 60.000 Avro olarak belirlenmiştir. Fransız Ceza Kanunu, dini ibadet veya ayinleri bağımsız bir şekilde korumamakta ve

bunlara yönelik saldırılar, “ifade, çalışma, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüklerine saldırı” olarak Kanunun 431-1. maddesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

III. Korunan Hukuksal Değer

Her ne kadar tek bir suç tipi altında toplanmış olsalar da, Türk Ceza Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlenen seçimlik fiiller farklı bireysel ve toplu hukuksal değerleri korumaktadır. Bu nedenle, aşağıda her bir fıkra bakımından bu hukuki değerler ayrı ayrı incelenmektedir.

115/1. maddede bireyin inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğü ile ifade özgürlüğünün korunmakta olduğu görülmektedir³. Gerçekten, kişinin düşüncesini veya inancını değiştirmeye zorlanması inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğünün, düşüncesini açıklamaya veya açıklamamaya zorlanması ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Böylece maddenin 1. fıkrası, Anayasa'nın 24/3⁴, 25/2⁵ ve 26/1.⁶ maddelerinde düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkindir. Bu haklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. ve 10. maddelerinde düzenlenen, kanaat, din ve vicdan özgürlüğü ile ifade özgürlüğüne karşılık gelmektedir.

115/2. madde, din ve vicdan özgürlüğünün bireysel ve toplu olarak kullanımına ilişkindir. Bu hak, Anayasa'nın 24/1-3. maddelerinde düzenlenmiştir. Özellikle 24/2. madde⁷, bireysel ve toplu olarak ibadet etme hakkına vurguda bulunmakta ve böylece 2'nci fıkrada düzenlenen seçimlik fiilin münhasıran koruduğu hukuksal değeri ilgilendirmektedir.

115/3. madde ise, yaşam tarzına ilişkin tercihleri korumaktadır. Her ne kadar fıkrada düşünce, inanç ve kanaat özgürlüğünden söz edilmiş ise de, gerçekte burada korunan hukuksal değer, kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini talep etme ve buna bağlı olarak kendi geleceğini belirleme hakkını da kapsamaktadır. Bu haliyle söz konusu seçimlik fiil, düşünce, inanç ve kanaat özgürlüğü yanında Anayasa'nın 20/1. maddesi⁸ ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi kapsamında korunan hakları da ilgilendirmektedir.

³ Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15.b., Ankara, 2015, 406; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3888.

⁴ “Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz”.

⁵ “Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz”.

⁶ “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir”.

⁷ “14'üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir”.

⁸ “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir”.

IV. Suçun Unsurları

A. Maddi Unsur

1. Fail ve Mağdur

TCK 115. maddede düzenlenen suçun faili herkes olabilir. Suç özgü suç niteliğinde değildir. Suçun kamu görevlileri tarafından, kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılarak işlenmesi hali, ağırlatıcı bir neden olarak öngörülmüştür (TCK 119/1/e).

Suçun mağduru, farklı fıkralara göre özellikler göstermektedir.

115/1. fıkra düzenlenmiş seçimlik fiilde mağdur, üzerinde cebir ve tehdit kullanılarak belirli düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlanan veya bunları açıklamaktan veya yaymaktan men edilen kişidir. Bu kişi, herkes olabilir ve herhangi bir din, felsefe veya inanca mensup olup olmamasının da suçun oluşması bakımından önemi bulunmamaktadır. Böylece söz konusu fıkra düzenlenmiş seçimlik hareket, bireye karşı işlenen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır.

115/2. fıkra ise, suçun mağduru, dini inancının gereğini yerine getirmesi veya ayin veya ibadeti engellenen kişi veya cemaattir. Burada sözü edilen hareketin bir kişiye karşı gerçekleştirilmesi mümkün ise de, dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının engellenmesinden ayrıca söz edilmek suretiyle, fiilin bu şekilde işlenmesi halinde belirli bir dinin cemaatinin de mağdur olarak kabul edilebileceği anlaşılmaktadır. Her durumda, mağdur kişinin veya cemaatin belirli bir din veya inanca mensup olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, dinsiz veya ateist kişi veya gruplar, bu seçimlik hareket bakımından mağdur olamayacaktır. Bu durum, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi bakımından eleştirilebilir. Dinsiz ve ateistlerin yaşam tarzları, aynı maddenin 3. fıkrasında ayrıca korunmakta ise de, bu durum tikel kişiler bakımından bir koruma sağlamakta ve grupların belirli bir dinin gereklerini yerine getirmeye zorlanması hallerine karşı eşit düzeyde bir düzenleme getirmemektedir.

Son olarak 115/3. fıkra, yine belirli bir kişinin yaşam tarzına ilişkin tercihlerinden söz edilmekle mağdur "kişi" olarak belirlenmiş olmaktadır. Bu kişinin özellikleri bakımından bir sınırlama getirilmediği için mağdur herkes olabilecektir.

2. Hareket

TCK 115. maddede tanımlanan suç, üç ayrı fıkra düzenlenmiş seçimlik fiillerden birinin yapılması ile gerçekleşmektedir. Bu bakımdan, farklı fıkralarda düzenlenen hareketlerin aynı fiil çerçevesinde birlikte gerçekleştirilmesi

halinde birden fazla suç veya TCK m. 43/1 anlamında zincirleme suç oluşmayacak, 115. madde bir kez uygulanarak hüküm verilecektir. Bununla birlikte, fıkralarda düzenlenen seçimlik fiillerin, gerçekte birden fazla farklı suç tipini oluşturabilecek ölçüde birbirlerinden farklılık gösterdiği düşünülmelidir. Kanun koyucu, bunların benzer hukuki değerlere yönelik olduğundan hareketle, söz konusu hareketleri tek bir suç tipi altına toplamıştır. Aşağıda bu fiillerin nitelik olarak birbirlerinden farklılıkları dikkate alınarak, her bir seçimlik fiil ayrı ayrı incelenmektedir.

a) 115/1. Madde

Birinci fıkrada, “cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan men eden kişi”den söz edilmektedir. Bu seçimlik fiil, kendi içinde bağlı ve seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir.

İlk olarak fiilin “cebir veya tehdit kullanarak” işlenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan suçun bağlı hareketli bir suç olduğu söylenebilir⁹. Cebir kavramının, kişinin istediğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlanması olarak tanımlandığı görülmektedir¹⁰. Cebir ile tehdit arasındaki fark, cebirin fiziksel, tehdidin ise manevi bir zorlamayı içermesidir¹¹. Cebir ve tehdit hukuka aykırı olmalıdır, ancak bir konunun yalnızca kanunda veya mevzuatta düzenlenmiş olması, onu hukuka uygun hale getirmemektedir. Bu bakımdan belirli bir mevzuat hükmüne dayanmakla birlikte, hukuka açıkça aykırı olan düzenlemelere uygun olarak kamu makamları tarafından yine kamu otoritesinin sağladığı yaptırım gücüne dayanılarak gerçekleştirilen faaliyetlerin de cebir veya tehdit olarak sınıflandırılması gerekmektedir.

Cebir veya tehdit, kişinin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlamaya veya bunları açıklamaktan, yaymaktan *men etmeye* yönelmiş olmalıdır. Böylece, kişinin düşünce ve inançlarını açıklamaya zorlanması ile açıklamamaya ve yaymamaya zorlanması aynı fiilin farklı seçimlik hareketlerini oluşturmaktadır.

⁹ Bkz. Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 2, Ankara, 2008, 753; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 407.

¹⁰ Özbek, Veli Özer / Bacaksız, Pınar / Doğan, Koray / Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12.b., Ankara, 2017, s. 450.

¹¹ Bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 450.

115/1. maddede düzenlenen suçun gerçekleştirilebilmesi için “cebir veya tehdit” kullanılması gerektiğinden, bu fiilin ihmal suretiyle işlenmesi mümkün olamayacaktır¹². Ancak işlenmekte olan fiile ihmal suretiyle iştirak edilmesi söz konusu olabilir.

Bunun dışında, açıklanmaya veya değiştirilmeye zorlanan ya da açıklanması veya yayılması engellenen inanç, düşünce ve kanaatler bakımından bir sınırlama söz konusudur. Bunların dini, siyasi, sosyal veya felsefi olması gerekmektedir¹³.

Örnek olarak, bir kişinin hangi siyasi partiye oy verdiğini açıklamaya zorlanması halinde bu suç oluşacaktır. Yine bir kişinin dinini, mezhebini, herhangi bir dine inanıp inanmadığı gibi hususları açıklamaya veya açıklamamaya zorlanması halinde de aynı suç gerçekleşecektir. Ayrıca sosyal olgular hakkındaki kanaatler de korunmaktadır. Örnek olarak bir kişinin kadın cinayetleri, zorla evlendirilen çocuklar gibi sosyal konular hakkında ne düşündüğünü açıklamaya veya açıklamamaya zorlanması da suç oluşturmaktadır. Buna karşılık, bir yarışma programında hangi ünlüyü desteklediği gibi bir husustaki düşünce ve kanaatler bu madde kapsamında korunmamaktadır. Kişinin bu yöndeki düşüncesini açıklamaya zorlanması, duruma göre cebir (TCK m. 108) veya tehdit (TCK m. 106) suçlarını oluşturabilecektir.

Maddede, kişinin inanç, düşünce ve kanaatlerini *değiştirmeye* zorlanması da aynı suçun farklı bir seçimlik hareketini oluşturmaktadır. Gerçekte, kişinin kendi içinde neye inanıp neyi düşündüğünün değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak kişiye bu yönde maddi veya manevi bir baskı yapılması dahi suçun oluşması anlamına gelecektir.

Belirtmek gerekir ki, nüfus cüzdanlarında din hanesinin yer alması, kişinin dini inancını açıklamaya zorlanması anlamına gelmektedir. Bu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sinan Işık / Türkiye kararında¹⁴ şu şekilde ifade edilmiştir: *“Kişinin dinini veya inancını açıklama hakkı, olumsuz bir yön de içermektedir, yani bireyin dinini veya inancını açıklamak zorunda bırakılmama ve bu gibi inançlara sahip olup olmadığının anlaşılmasını sağlayacak şekilde davranmaya zorlanmama hakkını da kapsamaktadır. Bunun sonucunda, devlet makamları, bireyin vicdan özgürlüğü alanına müdahale ederek onun dini inançlarını ortaya çıkarma veya onu inançlarını açıklamaya*

¹² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3890.

¹³ Özbek, s. 754.

¹⁴ AİHM, *Sinan Işık / Türkiye Kararı*, Başvuru no. 21924/05, t. 02.02.2010. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97087> (erişim tarihi: 20.08.2017).

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

*zorlama yetkisine sahip değildirler*¹⁵. Mahkeme, söz konusu verilerin demografik amaçlarla toplandığı yönündeki savunmayı da reddederek, bu gibi bir amacın kişinin inancını açıklamaya zorlanmasını meşrulaştıramayacağını açıkça ifade etmiştir¹⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, din hanesinin kişinin talebi üzerine boş bırakılabilmesi dahi, söz konusu zorlamayı ortadan kaldırmamaktadır, zira bu kez de kişi nüfus dairesine verdiği bir dilekçeyle inancını açıklamak durumunda bırakılmaktadır¹⁷. Kararın ardından yapılan bir değişiklik, nüfus cüzdanından hane bütünüyle sildirilebilmektedir. Ancak bu durum dahi Mahkeme'nin belirlemeleri bakımından esaslı bir değişiklik anlamına gelmemektedir. Mahkeme, din hanesinin boş bırakılması yönünde dilekçe vermiş olan kişilerin, nüfus cüzdanını kullandıkları hallerde diğer kişilerden farklılıklarının derhal ortaya çıkacağı saptamasında bulunarak, bunun din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır¹⁸. Aynı saptamanın, din hanesini nüfus cüzdanından bütünüyle sildiren kişiler bakımından da geçerli olacağı açıktır.

Zorlamanın mevzuattan kaynaklanmasının, hukuka uygunluğu sağlayamayacağı saptaması, burada özellikle önem taşımaktadır. Anayasa'nın 90/5. maddesi dikkate alındığında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin Türk iç hukuku ile çatışması halinde öncelikle uygulanacağı düşünülmelidir. Bu durumda, kanunlardan veya idarenin düzenleyici işlemlerinden de kaynaklansa, nüfus cüzdanından din hanesinin sildirilmesi veya boş bırakılması için dilekçe verme zorunluluğu, hukuka aykırı bir cebir oluşturmaktadır, zira her Türk vatandaşının bir nüfus cüzdanının bulunması yasal bir zorunluluktur ve her türlü kamu hizmetinden yararlanabilmenin bir ön koşuldur. Bu nedenle, her birel işlemle kişilerin söz konusu dilekçeyi vermeye zorlanmaları, 115/1. maddedeki suçun maddi unsurunu oluşturacaktır. Bunun sorunun tek çözümü, nüfus cüzdanlarındaki din hanesine ilişkin her türlü düzenlemenin kaldırılması ve nüfus cüzdanlarının istisnasız biçimde din hanesi olmaksızın çıkarılmasının sağlanmasıdır.

Fıkra, ayrıca düşünce, inanç ve kanaatlerin yayılmasının engellenmesini de suç olarak düzenlemektedir. Bu durum, propaganda faaliyetlerinin korunduğu anlamına gelmektedir. Kişinin siyasi, felsefi, sosyal ve dini inanç, kanaat ve düşüncelerini yayması ve başkalarını buna katılmaya davet etmesi,

¹⁵ Sinan Işık / Türkiye, par. 41.

¹⁶ Sinan Işık / Türkiye, par. 44.

¹⁷ Sinan Işık / Türkiye, par. 49.

¹⁸ Sinan Işık / Türkiye, par. 51.

demokratik toplumun gereklerinden biridir. Doğal olarak, bu durum terör propagandasının yapılması veya terör örgütlerinin şiddet içeren amaçlarının övülmesi ve meşru gösterilmesi gibi açıklamaları kapsamayacaktır.

Hukuka uygun gerçekleştirilmek istenen bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün kamu makamları ya da özel kişi veya gruplar tarafından cebir veya tehdit kullanılarak engellenmesi de bu suçu oluşturacaktır. Örneğin, ilgili makamlara Anayasa ve yasalar dairesinde bildirimde bulunulmuş olan barışçı bir gösteri yürüyüşünün, bazı gruplar tarafından hukuka aykırı şiddet kullanımı tehdidi ile karşılaşması ve bu tehdit mazeret gösterilerek yürüyüşün “toplumsal barışı bozacağı” gerekçesiyle kamu makamları tarafından hukuka aykırı surette yasaklanması halinde, bu suç tipinin maddi unsuru hem tehdidi gerçekleştirenler, hem de yasaklama kararını verenler ve cebren uygulayanlar bakımından oluşacaktır. Kamu makamlarının görevi, barışçı gösteri yürüyüşü düzenleyenleri, bunu engellemeye çalışanlara karşı korumaktır. Aksi bir davranış, kendilerinin de kamunun yaptırım gücünü kötüye kullanmak suretiyle suçun faili olmaları anlamını taşıyacaktır. Nitekim hukuka uygun bir toplantıda halka hitap etmek isteyen Başbakan’a bir grup tarafından yumurta fırlatılmak suretiyle konuşmasının engellenmesi halinde Yargıtay, 115. maddede düzenlenen “düşünce ve kanaat özgürlüğünün kullanılmasını engelleme” suçunun oluşabileceğine hükmetmiştir¹⁹.

¹⁹ “Mağdur Başbakan Recep Tayyip Erdoğan’ın M. İlinde bir tesisi hizmete açtıktan sonra, Cumhuriyet Meydanında halka hitap etmek üzere tören alanına gelip halkı selamladığı sırada, protesto için bir araya gelen ve platformun yakınına yerleşen H. Derneği üyesi olan sanıkların, slogan ve mağduru hedef alarak uygun mesafeden çok sayıda yumurta attıkları, ancak güvenlik görevlilerinin engellemesi nedeniyle isabet ettiremedikleri, daha sonra gruba müdahale edildiği ve mağdurun konuşmasını gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır (...) Cebir kullanma eylemi (...) bir kimseyi siyasi düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlamak ya da açıklamaktan men etmek için işlendiği takdirde ise, TCK.nın 115. maddesinde belirtilen ‘düşünce ve kanaat özgürlüğünün kullanılmasını engelleme suçunu’ oluşturmaktadır”. Ygt. 4. CD., 2.2.2011, 2009/26 E., 2011/915 K. Bununla birlikte ifade edilmelidir ki, somut olayda yumurtaların Başbakan’a ulaşmamış olması ve toplantının herhangi bir engelleme ile karşılaşmadan devam etmiş olması dikkate alındığında, fiilin teşebbüs kapsamında değerlendirilmesi düşünülebilirdi. Taraftar olduğumuz görüşe göre, teşebbüse esas olacak hareketin elverişli olup olmadığı, fail tarafından tasavvur edilen davranışın amaçlanan sonucu meydana getirme imkân ve ihtimalinin *ex ante* değerlendirilmesi ile tespit edilmelidir. Başbakan’ın korumalarına rağmen gerçekleştirilen protestoların neticesinde konuşmanın bitirilememesi tehlikesi somut olayda oluşmadığı sürece, elverişsiz hareketlerle gerçekleştirilen fiilin “işlenemez suç” olarak sınıflandırılması gerekirdi.

Misyonerlik faaliyetleri de, kişinin inancını değiştirmeye zorlanması anlamına gelmediği sürece hukuk tarafından korunmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, *Kokkinakis / Yunanistan* kararında, başkalarını Yehova Şahitliğine döndürmeye çalışan bir kimsenin Yunanistan tarafından mahkûm edilmesinin Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır²⁰. Bu nedenle, misyonerliğin yasaklanması veya misyonerlik faaliyeti yürütenlere cebir veya tehdit kullanılarak engel olunması halinde bu suç oluşacaktır²¹.

b) 115/2. Madde

Maddenin 2. fıkrası, “bir dini inancın gereklerinin yerine getirilmesinin veya dini ibadet veya ayinlerin bireysel veya toplu olarak yapılmasının cebir veya tehdit kullanılarak veya hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi”ni suç olarak tanımlamıştır.

Bu seçimlik fiil de kendi içinde seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır. Gerçekten, “bir dini inancın gereklerinin yerine getirilmesinin engellenmesi”, “dini ibadet veya ayinlerin bireysel olarak yapılmasının engellenmesi” ve bunların “toplu olarak” yapılmasının engellenmesi, ayrı seçimlik hareketlerdir.

Bir dini inancın gereklerinin yerine getirilmesinin engellenmesi, kişinin kendi inancına *uygun* davranışlarını korumaktadır ve burada kişinin kendi bireysel inancı önemlidir. Müslümanlar bakımından oruç tutmak veya başörtüsü takmak gibi davranışların “dini inancın gereği” olup olmadığı, ilgili kişinin kendi kanaatine göre belirlenmelidir. Aksi bir düşünce, belirli bir dini inancın gereklerinin neler olduğu hususunun tespitini, yani suçun kapsamının belirlenmesini dini veya siyasi bir otoriteye bırakmak anlamına geleceğinden, kabul edilmemelidir²². Bu kanaate uygun davranan kişinin engellenmesi, bu seçimlik hareketi oluşturacaktır. Kişinin kendi inancının gereklerine *aykırı* davranması da inanç özgürlüğü kapsamında aynı derecede bir korumadan yararlanmakla birlikte, bu gibi aykırı davranışın engellenmesi, bir başka deyişle kişinin kendi inancının gereklerine uygun davranmaya zorlanması hali, fıkra tarafından korunmamaktadır. Bununla birlikte, bu gibi fiiller aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan “yaşam tarzından kaynaklanan tercihlere müdahale” oluşturacağından, söz konusu düzenleme kapsamında suç oluşturacaktır²³.

²⁰ AİHM, *Kokkinakis / Yunanistan* Kararı, Başvuru no. 14307/88, t. 25.05.1993. Ayrıca bkz. Özbek, s. 754.

²¹ Özbek, s. 754.

²² Krş. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3891.

²³ Artuk/Gökçen/Yenidünya ise bu ifade ile kişinin “yaşam tarzına ilişkin tercihler” arasında temel bir farklılık olmadığı görüşündedir. Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 413.

Bunun dışında fıkrada, bireysel veya toplu ibadet veya ayinlerin engellenmesini de seçimlik bir hareket olarak düzenlenmiştir. Bu seçimlik hareketin gerçekleşmesi için, ilgili dini inancın “ibadet” veya “ayin”i olarak sınıflandırılabilir bir faaliyetin söz konusu olması gerekmektedir. Bir dinin kabul edilmiş ibadet veya ayini anlamına gelmeyen toplantılar veya gösteriler bu kapsamda değildir²⁴. İbadet veya ayinin mutlaka bu gibi faaliyetlere ayrılmış bir mabette veya başka bir alanda gerçekleştirilmesi gerekli değildir²⁵. Bir cemaatin inançlarına uygun mabede girmesinin engellenmesi veya ayinin yapılacağı yerden zorla çıkarılmaları halinde bu seçimlik hareketin oluşacağı açıktır. Tartışılabilir bir nokta, cemaatin kendisini temsil edecek kişileri seçmek konusundaki özerkliğinin de bu seçimlik hareket kapsamında korunup korunmadığıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu özerkliğin Sözleşme tarafından korunduğuna ve hatta demokratik bir toplumdaki çoğulculuğun ayrılmaz bir parçası olduğuna hükmetmiştir²⁶. Ancak Türk Ceza Kanunu’ndaki hüküm, açıkça “ibadet ve ayinlere” atıfta bulunmaktadır. Bu durumda cemaat içinde görevlilerin belirlenmesine ilişkin yerleşik usullere aykırı surette belirli kişilerin seçilmesine ve cemaati temsil etmesine izin verilmemesi veya bu seçimlere müdahale edilmesi, ibadet ve ayinin işleyişini bozduğu ölçüde bu suçu oluşturabilecektir. Bu kapsamda Yargıtay, Bulgar Kilisesinde görev yapan bir papazın Rum Ortodoks Kilisesi tarafından ruhbanlıktan uzaklaştırılmasına karşın, ilgili kişinin kendi kilisesinde ayinleri yürütmeye devam etmiş olmasını da gerekçe göstererek suçun oluşmadığı sonucuna varmıştır²⁷.

²⁴ Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3891.

²⁵ Artuk/Gökcan/Yenidünya, s. 415.

²⁶ AİHM, *Hasan ve Chaush / Bulgaristan Kararı*, Başvuru no. 30985/96, t. 26.10.2000, par. 62. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58921> (erişim tarihi: 28.08.2017).

²⁷ “Sanıkların görev yaptıkları Patrikhanenin yalnızca Rum kökenli Hıristiyan Ortodoks inancına mensup Türk vatandaşlarının dini işlerini yürütmeye yetkili olduğu gerçeğini göz ardı edip, yasalarla belirlenen çerçeve dışına çıkarak, ruhani olarak rütbe üstünlüğü olduğu düşüncesini içeren bir savdan hareketle Bulgar Ortodoks Kilisesinde papaz olarak görev yapan katılan Konstantin K.’un ‘ruhanilik sıfatının kaldırılmasına karar alınması’, adı geçen din özgürlüğünü ihlal niteliğinde bulunduğunu kabule yeterli değildir. Nitekim, bu kararın üzerinden bir yıldan fazla süre geçmesine rağmen katılan Konstantin K.’un ayinleri yönetmeye devam etmiş olması ve katılanın kilisedeki görevinin daha sonra Bulgar Kilisesi Vakfı Yönetim Kurulu tarafından iş akdi feshedilmesi suretiyle sona erdirilmiş olması da bunun bir kanıtıdır.

Sanıkların eylemlerinde Yasanın öngördüğü koşullar çerçevesinde ‘dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını men ve ihlal’ ya da ‘dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının, cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

115/1. maddede tanımlanan fiilden farklı olarak, bu fıkırdaki suçun “cebiri veya tehdit kullanılarak **veya hukuka aykırı başka bir davranışla**” işlenmesi mümkündür. Bu durum, suçun bağlı değil, serbest hareketli olduğu şeklinde yorumlanmalıdır. Belirtmek gerekir ki, öğretide bir görüş, “cebiri, tehdit veya hukuka aykırı davranış”ın, suçun maddi unsurunu oluşturan “engelleme” hareketinin dışında ve bundan ayrı bir hareket olması gerektiğini, bu nedenle de buna benzer unsurların öngörüldüğü suçların bağlı hareketli olduğunu savunmaktadır²⁸. Ancak kanaatimizce burada suçun işleniş şekline ilişkin herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir. Nitekim cebiri ve tehdit de hukuka aykırı davranışlar olup, fiilin hukuka **uygun** bir davranışla gerçekleştirilmesi ise bir hukuka uygunluk nedeni olacaktır. Bu durumda, kanun koyucunun yer verdiği bu ibare bir bütün olarak hukuka aykırılık unsurunu ilgilendirmekte ve fiilin genelini değerlendiren bir öge olarak suçun maddi unsurunun dışında yer almaktadır. Bu bakımdan, bu kısmın madde metninden çıkarılması, suçun içeriği üzerinde herhangi bir etkide bulunmayacaktır ve manevi unsur açısından da bu ibarenin herhangi bir etkisi bulunmamaktadır²⁹.

Hareket icrai veya ihmali olarak işlenebilecektir. Örnek olarak, belirli bir beldede veya ilçede ikamet eden ve herhangi bir dine veya mezhebe mensup cemaate, ibadetlerini kendi inançları çerçevesinde yerine getirebilecekleri bir yerin tahsis edilmemesi, bu suçu oluşturacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, belirli bir dine veya inanca mensup cemaatin, devlet makamları tarafından resmen tanınmamasını ve ibadet ve ayinlerini gerçekleştirmeleri için kendilerine olanak sağlanmamasını Sözleşme’nin 9. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir³⁰. Bu durum, böyle bir davranışın “hukuka aykırı” niteliğini başlı başına göstermektedir. Dolayısıyla söz konusu izni vermektan kaçınan kamu görevlilerinin bu fıkırdaki suçu ihmal suretiyle işlemeleri mümkündür.

engelleme’ unsurunun bulunmaması nedeniyle (...) Türk Ceza Yasasının 115/2. Madde ve fıkrasında düzenlenen din özgürlüğünü ihlal suçunun oluşmadığı sonucuna varılmıştır”. Ygt. 4. CD., 13.06.2007 t., 2005/10694 E., 2007/5603 K.

²⁸ Özbek/Bacaksız/Doğan/Tepe, s. 450.

²⁹ Fiilin genelini değerlendiren unsurlar hakkında ayrıntı için bkz. Erman, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul 2006, s. 59 vd.

³⁰ AİHM, *Savez crkava “Riječ životu” ve diğerleri / Hırvatistan Kararı*, Başvuru no. 7798/08, t. 09.12.2010. Karar metni için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102173> (erişim tarihi: 20.08.2017).

c) 115/3. Madde

Maddenin 3. fıkrasında suç oluşturan fiil, “cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir kimsenin inanç, düşünce veya kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin tercihlerine müdahale etmek veya bunları değiştirmeye zorlamak” olarak tanımlanmıştır.

Bu fiilde yer alan “cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla” ibaresi, kanaatimizce 2. fıkrada olduğu gibi fiilin genelini değerlendirilen bir öge olarak maddi unsurların dışında yer almaktadır ve hukuka aykırılık unsurunu ilgilendirmektedir. Suçu oluşturan müdahalenin ne şekilde gerçekleştirileceği bakımından başka bir sınırlandırma da bulunmadığından, bu fiil serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir.

Müdahalenin konusunu oluşturan “yaşam tarzına ilişkin tercihler”in kişinin “inanç, düşünce veya kanaatlerinden” kaynaklanması gerekmektedir. Ancak bu gibi tercihler, niteliği gereği zaten kişinin inanç, düşünce ve kanaatleri ile yakından ilgilidir. Dolayısıyla bu belirlemeler de suçun maddi unsuru bakımından bir sınırlandırma getirmemektedir.

Fiil görünüşte seçimlik hareketli bir suç gibi düzenlenmiştir. Buna göre, failin mağdurun yaşam tarzına ilişkin tercihlerine “müdahale etmesi” veya “bunları değiştirmeye zorlaması” gerekmektedir. Gerçekte ise, başka bir kişiyi yaşam tarzına ilişkin tercihlerini değiştirmeye zorlamak, aynı zamanda zorunlu olarak bu tercihlere müdahale anlamına da gelecektir. Dolayısıyla, “seçimlik” hareketlerden biri, diğerini de içeren bir kapsamda düzenlenmiştir. Bu da fiilin seçimlik hareketli de olmadığı sonucuna ulaşmamıza neden olmaktadır. Müdahale, sözle veya fiziksel olarak gerçekleştirilebilir ve olayların akışını değiştirmeye yönelik bir davranış ifade eder.

Bu fiil kapsamında, kişilerin mensup oldukları veya olmadıkları bir dinin veya inancın gereklerine *uygun* davranmaya zorlanmaları suç oluşturmaktadır. Örneğin Cuma namazına veya Ramazan ayında oruç tutmaya zorlanması, dinsiz veya tanrıtanımaz olan kişilerin dahi askerlik hizmeti sırasında “yemek duası” adı altında “Allah’ımıza hamdolsun” şeklinde dua etmeye zorlanmaları³¹ gibi davranışlar bu suçu meydana getirir.

Bunun dışında, kişilerin gündelik hayatlarında ne şekilde giyindikleri, hangi faaliyetlerde buldukları, alkollü içki tüketip tüketmedikleri, toplum

³¹ İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı’nın 12.11.2017 tarih ve 37927336-1000-2636551/Per. Sayılı genelgesi. Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/askerin-yemek-duasi-degisti-40656070> (erişim tarihi: 20.08.2017). Söz konusu işlemin Anayasa’nın 2. ve 24. maddelerinde ifadesini bulan laiklik ilkesine de aykırı olduğu açıktır. Belirtmek gerekir ki, yemek duasının önceki halinde “Tanrımıza hamdolsun” şeklinde yer alan kullanım dahi tanrıtanımazları dışladığından aynı derecede hukuka aykırı idi.

içinde eşleri olsun olmasın sevdikleri ile yakınlık kurmaları gibi davranışlarının cebir, tehdit, baskı, hakaret vb. yöntemlerle engellenmeye çalışılması bu suçu oluşturacaktır. Toplum içinde gerçekleştirilen faaliyetin kendi başına hukuka aykırı olması, örneğin TCK 225. madde anlamında teşhircilik oluşturması halinde, bu madde kapsamında korunmayacağı açıktır. Ancak bu gibi hallerde söz konusu davranışlara kamu görevlileri tarafından yapılan müdahalelerin hangi hallerde ölçülülük ilkesine uygun olarak kabul edilebileceği, hukuka uygunluk nedenleri altında incelenecektir.

3. Netice

TCK 115. maddede düzenlenen fiiller bakımından neticeyi gösteren “zorlamak” (1 ve 3. fıkralar), “müdahale etmek” (3. fıkra), “men etmek” (1. fıkra) ve “engellemek” (2. fıkra) ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Bunlardan “zorlamak” ve “müdahale etmek”, harekete bitişik neticelerdir ve mağdurun iradesinin baskı altına alınması ile suçun tamamlanmasına yol açarlar. Bir başka deyişle, kişinin ilgili zorlama veya müdahaleye uygun surette hareket etmiş veya davranışını değiştirmiş olması gerekmez³². Böylece, maddenin 1. fıkrasının “düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlama” şeklindeki seçimlik hareketi ile 3. fıkrada düzenlenen “yaşam tarzına müdahale” fiili bakımından neticesi harekete bitişik bir suçun söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir.

Buna karşılık, “men etmek” ve “engellemek” şeklindeki neticeler, hareketten ayrı gerçekleştirilebilir³³. Bu neticelerin öngörüldüğü fiillerin tamamlanması için, kişinin düşünce ve kanaatlerini açıklamasının, ibadet veya ayini gerçekleştirilmesinin önlenmiş olması gerekmektedir³⁴.

Her durumda, iradenin baskı altına alınması ve kişinin kendini zorlanmış hissetmesi dahi başlı başına bir zarar oluşturacağından, suçun zarar suçu niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Kişinin düşünce, inanç ve kanaatlerini açıklamasının men edilmesi (TCK 115/1) ile inancının gereklerine uygun davranmasının engellenmesi veya ibadetin engellenmesi fiilleri, kesintisiz suç niteliği göstermektedir. Bu faaliyetlerin engellendiği süre boyunca netice de devam etmektedir. Diğer seçimlik hareket ve fiiller ise ani niteliktedir.

³² Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3890.

³³ Artuk/Gökcan/Yenidünya, s. 407.

³⁴ Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3891.

4. Teşebbüs

115/1. fıkradaki suçun seçimlik hareketlerinden “düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlama”, neticesi harekete bitişik bir suç olmasına rağmen hareketlerin bölünebilir nitelikte olması nedeniyle teşebbüse müsaittir³⁵. Örneğin failin mağduru tehdit ettiği mektubun muhatabına ulaşmadan kolluğun eline geçmesi durumunda suç teşebbüs aşamasında kalacaktır³⁶. Aynı durum, kişinin yaşam tarzına müdahale bakımından da geçerlidir.

Bunun dışındaki hallerde netice hareketten ayrı gerçekleştiği için teşebbüs kural olarak mümkündür³⁷. Örneğin bir cemaatin ayın yapacağı yerin işgal edilmesi, ancak ayının yapılacağı saate kadar işgalcilerin oradan uzaklaştırılmaları halinde böyle bir durum söz konusu olacaktır.

B. Manevi Unsur

Suç ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Failin hareketi bilmesi ve istemesi, neticeyi de öngörmesi ve istemesi, suçun oluşması bakımından yeterlidir. Suç, olası kastla da işlenebilir³⁸.

Belirtmek gerekir ki, 2. ve 3. fıkralarda düzenlenen fiiller bakımından failin “hukuka aykırı bir davranışta bulunduğunu” bilmesi, suçun manevi unsuru bakımından aranmamalıdır. Aksi bir yorum, haksızlık bilincinin suçun manevi unsuruna dâhil edilmesi sonucunu doğuracak ve kişilerin yaptıkları davranışın suç oluşturduğunu bilmemelerinin kastı ortadan kaldırması şeklinde hatalı bir uygulamaya neden olabilecektir. Bu ifadenin fiilin genelini değerlendiren unsur olarak kabul edilmesi ve failin kastının kapsamı dışında tutulması gerekmektedir³⁹.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK m. 115’te düzenlenen suç bakımından çeşitli hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olabilecektir. Bunlar genellikle farklı kişilerin haklarının orantılı şekilde korunması bakımından değerlendirilmesi gereken örneklerle yol açmaktadır. Maddenin gerekçesi de, farklı haklar arasında denge gözetilmesi gerekliliğine işaret etmektedir. Buna göre, “inançların dış dünyada ortaya konulması amacına yönelik eylemlerin, toplumda diğer fertlerin haklarını ihlal etmemesi, toplum barışını bozucu bir nitelik taşıması gerekir.

³⁵ Aksi görüşte: Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2016, s. 205.

³⁶ Özbek, s. 757.

³⁷ Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 416.

³⁸ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3893. Aksi görüşte: Hafizoğulları/Özen, s. 205.

³⁹ Karşıt görüşte: Özbek, s. 756.

Aksi takdirde bir hakkın kullanılmasından söz edilemez (...) Maddenin ikinci fıkrasında, dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının engellenmesi suç olarak tanımlanmıştır. Toplu olarak gerçekleştirilen davranışın, mensup olunan dinin gereği olması ve ayrıca, toplum barışını bozucu bir nitelik taşı-maması durumunda, maddenin sağladığı korumadan yararlanılabilir. Aksi takdirde, bir hak kullanımını söz konusu olamayacağı için, bu nitelikteki dav-ranışları engellemek, bir hak ihlali olarak değerlendirilemez”.

Bir kişinin belirli bir inancının veya kanaatinin varlığı, hiçbir durumda hu-kuka aykırılık içeremez. Bu nedenle, bu inancın veya kanaatin cebir veya teh-dit kullanılarak değiştirilmeye zorlanması (TCK m. 115/1) de herhangi bir hukuka uygunluk nedeni kapsamında görülemez. Ancak bu inancı değiştirmeye yönelik, cebir veya tehdit içermeyen telkinlerin de yine aynı madde kapsamında korunduğu ve düşüncesini yayma özgürlüğü, yani hakkın kulla-nılması kapsamında olduğu unutulmamalıdır.

Aynı durum, kişinin inancının gereklerine uygun davranması (TCK m. 115/2) ve yaşam tarzına ilişkin tercihler (TCK m. 115/3) bakımından da ge-çerlidir. Bir kişinin inancının veya buna uygun olarak gördüğü davranışların, yaşam tarzının veya buna ilişkin tercihlerinin yanlış olduğunu söylemek ve hatta bunları değiştirmesini telkin etmek, ifade özgürlüğü kapsamında koru-nur ve bu suçlar bakımından da hakkın kullanılması hukuka uygunluk nede-nini oluşturur. Ancak karşı tarafa hakaret, aşağılama, tehdit, toplum içinde ifşa ve küçük düşürme anlamına gelecek, toplumu söz konusu kişiye karşı şiddet kullanmaya yönlendirecek veya kişinin mensup olduğu etnik, siyasi, kültürel grubu aşağılayan nefret söylemi anlamına gelecek ifadeler bu hakkın kullanılması kapsamında görülemeyecektir. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden ifadelerin, ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacağı kabul edilmek-tedir⁴⁰.

Kanunun verdiği yetkinin veya amirin emrinin yerine getirilmesi de bu suç bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkabilir. Kamusal bir alanda cinsel ilişkiye giren veya cinsel organlarını sergileyen kişilerin bu dav-ranışlarının kolluk güçleri tarafından engellenmesi halinde böyle bir durum söz konusudur. Her ne kadar kamusal alanda giysileri olmadan dolaşmak nü-distler bakımından “düşünce ve kanaatlerinden kaynaklanan yaşam tarzına ilişkin bir tercih” olabilirse de, bu fiil TCK 225. madde kapsamında “hayâsızca hareket” suçunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, hukuka aykırı olan bu davranışın kanunun verdiği yetkiye dayanılarak engellenmesi bir hukuka uygunluk nedenidir.

⁴⁰ Bkz. Türay, Aras, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Ankara, 2016, s. 310 vd.

Kolluk kuvvetlerinin, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu çerçevesinde şiddet uygulayan göstericileri alandan uzaklaştırma veya hukuka aykırı hale gelen gösterileri dağıtma yönünde de yetkileri bulunmaktadır ve bu yetkinin kanun çerçevesinde ve orantılılık ilkesine uygun olarak kullanılması halinde de aynı hukuka uygunluk nedeninden söz edilmelidir⁴¹. Ancak aynı bağlamda, kanunun verdiği yetkinin kötüye kullanılması anlamına gelebilecek emirlerin de kanuna aykırı ve konusu suç oluşturan emir olacağı ve TCK 24/3. madde anlamında bu emre uygun davranışın emri verenler ve uygulayanlar bakımından hukuka uygunluk sağlamayacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle, Anayasa'nın 34. maddesi kapsamında, önceden izin almadan, silahsız ve saldırsız gerçekleştirilen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin, hukuka aykırı surette zor kullanılarak dağıtılması yönünde verilen emirlerin kendisi hukuka uygun olmayacağı gibi, bunları uygulayanlar da TCK'nın 115. maddesinde düzenlenen suçtan sorumlu olmaya devam edeceklerdir.

D. Kusurluluk

TCK'nın 115. maddesinde düzenlenen suç tipi, kusurluluk bakımından herhangi bir özellik göstermemektedir. Ancak, yukarıda "Manevi Unsur" başlığı altında değinildiği üzere, failin, davranışının hukuka aykırı niteliğinin farkında olmaması, manevi unsurun bir parçası olarak değil, hukuka aykırılığı ilgilendiren, fiilin genelini değerlendiren bir öge olarak kabul edilmelidir. Bunun sonucunda fail, din ve vicdan özgürlüğünün kullanılmasını engelleyen davranışının hukuka uygun olduğunu düşünüyor ise TCK m. 30/1 çerçevesinde unsur hatasından yararlanamayacaktır. Böyle bir durumda failin haksızlık bilincinin bulunmaması nedeniyle TCK m. 30/4 kapsamındaki haksızlık hatasından yararlanması söz konusu olabilir. Bu hatanın sonuç doğurması ise, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme uyarınca, hatanın "kaçınılmaz" olmasına bağlıdır. Bir başka deyişle, fail, üzerine düşen özen yükümlülüğünü yerine getirseydi davranışının hukuka aykırı olduğunu anlayabilecek idiyse hataya düşmesinin kaçınılmaz olduğu sonucuna varılabilecektir. Buna bağlanan sonuç, CMK m. 223 uyarınca failin kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararıdır. Dolayısıyla bu halde de manevi unsur ve bu bağlamda kasta ilişkin bir netice ortaya çıkmamaktadır. TCK m. 30/4 kapsamındaki haksızlık hatasının kaçınılabilir olması halinde ise failin kasten suç işlediği kabul edilmelidir.

⁴¹ Özbek, s. 756.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

E. Cezayı Etkileyen Nedenler

TCK'nın 115. maddesinde cezayı etkileyen herhangi bir neden düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, kanunun 119. maddesinde düzenlenmiş bulunan ortak ağırlatıcı nedenler, bu suç bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda, suçun silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak veya kamu görevinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak işlenmesi halleri, suçun ağırlatıcı nedenleri olarak düzenlenmiştir.

III. İçtima ve İştirak

A. İçtima

TCK 115. maddede tanımlanan suçun “cebir veya tehdit kullanılarak” işlenmesi halinde, bileşik suç söz konusudur. Bu haller, maddenin her üç fıkrasında ayrıca unsur olarak gösterilmiştir. Bu nedenle, tehdit veya cebir suçundan ayrıca ceza verilmeyerek yalnızca 115. maddede yazılı cezanın uygulanması yoluna gidilecektir⁴².

115/ 2. ve 3. fıkrada düzenlenen fiillerin cebir veya tehdit dışındaki yöntemlerle, örneğin hakaret yoluyla işlenmesi halinde ise, maddede bu suçun özellikle gösterilmemiş olması nedeniyle bileşik suç söz konusu olmayacaktır. Bu gibi hallerde, hakaret oluşturan fiil ile 115. maddeyi oluşturan fiilin tamamlanma anlarına bakılarak bir uygulamaya gidilmesi gerekecektir. 115/2. maddede, neticesi hareketten ayrı bir suç söz konusudur ve suçun tamamlanması için kişinin inancının gereklerine uygun davranmasının ya da ibadet veya ayinin *engellenmesi* gerekmektedir. Hakaret ise, muhatabına ulaşmakla tamamlanmış olacaktır. Bu nedenle, farklı zamanlarda ve farklı neticelerle gerçekleşen bu iki suçtan ayrı ayrı cezaya hükmedilmesi gerekecektir. Buna karşılık 115/3. maddede düzenlenen suçta yer verilen “müdahale” neticesi, hakaret oluşturan davranıştan ayrı düşünülemeyecektir. Otobüsteki bir kadına giyiminden ötürü aşağılayıcı sözlerin kullanılması halinde, hakaret ile yaşam tarzına müdahale suçları tek bir fiille işlenmiş olmaktadır. Bu nedenle iki suç arasında fikri içtima (TCK 44. madde) hükümlerinin uygulanarak yalnızca en ağır suçun cezasına hükmedilmesi gerekecektir.

115. maddede düzenlenen suçun, TCK'nın 43/1. ve 43/2. maddeleri kapsamında zincirleme suç olarak işlenmesi mümkündür. Aynı kişinin tek bir suç işleme kararı çerçevesinde farklı zamanlarda yaşam tarzından kaynaklanan tercihlerine müdahale edilmiş olabilir. Bir kişinin her sokağa çıktığında kıyafeti nedeniyle alay ve aşağılamaya maruz kalması buna örnek gösterilebilir.

⁴² Özbek, s. 757.

Aynı şekilde, birden fazla kişinin din ve vicdan özgürlüğünün tek bir fiille engellenmesi de söz konusu olabilir. Ancak toplu olarak gerçekleştirilen ibadetin engellenmesi bu kapsamda görülemeyecektir. Bu gibi hallerde suçun mağduru grubun tamamı olacağından, grubun her bir mensubu bakımından ayrı bir engellenmenin gerçekleştiği ve bunların zincirleme suç olarak tek bir fiil gibi cezalandırılması gerektiği kabul edilemez. Bunun yerine tek bir suç söz konusu olacak ve 43. madde gereği cezada artırımı gidilmeyecektir.

Son olarak, 115. maddedeki suç ile kasten yaralama suçu arasında suçların birleşmesi hükümlerinin ne şekilde uygulanacağına ilişkin özel bir düzenleme, 119. maddedeki ortak hükümde yer almaktadır. Buna göre, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde ayrıca bu suçtan da hüküm verilecektir. Bunun karşıt anlamından şu sonuç ortaya çıkmaktadır ki, 86. madde kapsamında kalan kasten yaralamalar bakımından ayrı bir cezanın verilmeyeceği ve 119. maddedeki özel birleşme hükmü çerçevesinde bileşik suç kuralları uygulanacaktır⁴³.

B. İştirak

Suç tek faille işlenebilen bir suçtur ve bu bakımdan iştirak kurallarının genel hükümler çerçevesinde uygulanması mümkündür. Ancak ifade edilmelidir ki, suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, 119. madde kapsamında ağırlatıcı bir neden olarak düzenlenmiştir.

IV. Yaptırım ve Muhakeme

Suçun cezası 1 yıldan 3 yıla kadar haptir. Görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Suçun soruşturulması veya kovuşturulması herhangi bir koşula bağlı değildir.

KAYNAKÇA

Artuk, Mehmet Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15.b., Ankara, 2015

Bayraktar, Köksal / **Erman**, Barış, İşkence, Özel Ceza Hukuku Cilt: 2, Kişilere Karşı Suçlar, İstanbul, 2017

Erman, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul 2006

Hafizoğulları, Zeki / **Özen**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2016

Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt 2, Ankara, 2008

⁴³ Tezcan, Durmuş / Erdem, Mustafa Ruhan / Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15.b., Ankara, 2017, 562; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 416.
YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

- Özbek**, Veli Özer / **Bacaksız**, Pınar / **Doğan**, Koray / **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12.b., Ankara, 2017
- Tezcan**, Durmuş / **Erdem**, Mustafa Ruhan / **Önök** R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15.b., Ankara, 2017
- Türay**, Aras, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Ankara, 2016
- Yaşar**, Osman / **Gökcan**, Hasan Tahsin / **Artuç**, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2.b., c. 3, Ankara, 2014

***AN INSIGHT VIEW INTO E- WASTE LEGISLATION IN TURKEY
AND EU
(TÜRKİYE VE AB E-ATIK MEVZUATINA GENEL BİR BAKIŞ)**

Öğr. Gör. Dr. /Lecturer Dr. Ayça İZMİRLİOĞLU* **

ABSTRACT

Electronic waste (e-waste) is a type of waste, which could cause permanent damage to human health and environment. As a result, in recent years, many countries around the world (including EU) has been preparing regulatory provisions about e-waste and enforcing these provisions to be implemented as law and/or regulations. It is a well-known fact that there are many conventions and directives in EU legislation and this study discusses some of these regulations in detail since EU is the leading electronic and electrical equipment and material manufacturer and consumer in the world. First Waste of Electric and Electronic Equipment (WEEE) and Restriction of Hazardous Substances (RoHS 1 and RoHS 2) directives and their purposes are highlighted, and then legislation of some of the member states is emphasized. After this, Turkish legislation about e-waste and its relation to EU legislation is analyzed.

Keywords: e-Waste, WEEE, RoHS, Turkish Waste Legislation

ÖZ

Elektronik atık (e- atık) insan sağlığına ve çevreye kalıcı zarara yol açabilecek bir atık türüdür. Sonuç olarak, son yıllarda dünyanın pek çok ülkesi (AB dâhil) e- atık ile ilgili düzenleyici hükümler hazırlamakta ve bu hükümleri yasa ve / veya yönetmelik olarak uygulamaya koymakla yükümlü kılmaktadır. AB mevzuatında pek çok sözleşme ve yönetmelik bulunduğu iyi bilinen bir gerçektir ve bu çalışma, AB'nin dünyanın önde gelen elektronik ve elektrikli ekipmanı ile malzeme üreticisi ve tüketici olması nedeniyle bu düzenlemelerin bazılarını ayrıntılı olarak tartışmaktadır. Önce Elektrikli ve Elektronik Ekipmanların Atıkları (WEEE) ve Tehlikeli Maddelerin Kısıtlanması (RoHS) direktifleri ve amaçlarına işaret edilmiş ve daha sonra bazı üye ülkelerin mevzuatı vurgulanmıştır. Akabinde, e-atık ile ilgili Türkiye mevzuatı ve AB mevzuatı ile olan ilişkisi analiz edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: e-Atık, EEEA, EEE, Türk Atık Mevzuatı

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 3.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 11.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 15.01.2018.

* Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Elemanı

** Yazarın ORCID belirleyicisi/ORCID Nr.: 0000-0001-8900-331X

I. INTRODUCTION

Electronics waste is briefly the electronics that have outlived their use or have exceed their shelf life. For example, the remains of televisions, computer keyboards, monitors, GSM handsets, and a variety of other electronics and electrical appliances are electronic waste¹. Electronic waste, which is a type of waste, becomes a serious environmental and health problem in the world by creating toxic and hazardous substances. As a result, E-waste is an unavoidable issue and most governments are trying their best to minimize the consequences of E-waste on environment and health by recycling or disposal.

It should be noted here that, although it is not possible to get hold of full control of this process but defining it by directives, laws and legislations would at least reduce the impact. Especially EU countries take this threat very seriously and implement many laws and directives about waste caused by electrical and electronic merchandise and/or materials. Amongst them especially Germany have already taken steps towards e-waste by bounding manufacturers to abide RoHS and to collect and to properly recycle and/or dispose electric and electronic equipment that are already reached (or about to reach) the end of their life cycles. The basic principle is that the EU waste legislation presupposes the adoption of national, regional or local legislative measures in order to be fully operational².

It should be emphasized that for the purpose to reduce e-waste at all stages of its life cycle, the directive on the restriction of the use of certain hazardous substances in electrical and electronic equipment and the directive on Waste Electrical and Electronic Equipment (WEEE) work in tandem³.

II. THE LEGISLATION IN EU

A. The Basel Convention

The Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal was adopted on 22 March 1989 and entered into force on 5 May 1992, which currently has 179 parties including The European Union that approved the Basel Convention in 1994.

¹Azuka, A. I.: The Influx of Used Electronics into Africa: A Perilous Trend, 5/1 Law, Environment and Development Journal (2009), p. 91-92.

² EU Environmental Policy Handbook, Editor: Stefan Scheuer, European Environmental Bureau (Eeb), p. 111.

³ Martin, A., Mayers, C., & France, C. (2007). The EU Restriction of Hazardous Substances Directive: Problems arising from Implementation Differences between Member States and Proposed Solutions. Review of European Community & International Environmental Law, 16(2), p. 217-229.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

It should be emphasized that no ban on the transboundary movements of hazardous wastes and their disposal takes place in The Basel Convention; the aim of the Convention is to control the latter⁴.

B. The Aarhus Convention

Afterwards the Basel Convention, The Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters entered into force in 2001 and linked the environmental rights with human rights.

C. Waste Electrical and Electronic Equipment (WEEE) Directive

In 2003, The Waste Electrical and Electronic Equipment (WEEE) Directive of the European Parliament and of the Council (2002/96/EC)⁵ entered into force which purpose is the prevention of the e-waste generation and to promote the recycling, the reuse and other forms of recovery of such waste so as to reduce disposal⁶. This Directive required from member states to create mandatory collection schemes as it made manufacturers and producers responsible for the safe collection⁷.

It is experienced in the first few years of implementation of the WEEE Directive that is facing with difficulties such as only less than half of the collected e-waste is currently treated and reported according to the Directive's requirements⁸.

Furthermore, the extended producer's responsibility is specified to the level of individual producer responsibility according to Article 8 on WEEE⁹. One of the problems that is observed was the lack of adequate information that applies to the public, the private sectors and the government. According

⁴ Azuka, p. 101.

⁵ Official Journal of the European Union L 037, P. 0024–0039, 13/02/2003, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0096>

⁶ Lundgren, Karin: The global impact of e-waste: Addressing the challenge, Geneva 2012, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/publication/wcms_196105.pdf, (November 02, 2013), p. 36.

⁷ Government Consults On Implementation Options for Recast EU Electrical and Electronic Waste Rules, <http://www.out-law.com/en/articles/2013/april/government-consults-on-implementation-options-for-recast-eu-electrical-and-electronic-waste-rules/>, (October 12 2017).

⁸ Lundgren, p. 36.

⁹ EU Environmental Policy Handbook, Editor: Stefan Scheuer, European Environmental Bureau (Eeb), p. 111.

to Lofthouse, this information can be given by means of guidebooks, seminars, and workshops or some other ways¹⁰.

The WEEE Directive requires some actions from national governments, consumers and manufacturers. For example, national governments of the European Union states must keep a register of producers and submit a report on implementation every three years starting in the 2004-2006 period and create penalties for noncompliance¹¹. It is believed that if these penalties have generated big consequences then they will be much more deterrent.

The Commission launched a recast of the WEEE Directive in order to adapt the collection targets to the reality of the different Member States in 2008, to reduce administrative burdens and strengthen provisions against illegal shipments. Instantly, all Member States have transposed the relevant provisions of the WEEE Directive into their national laws¹². The EC adopted a directive on 7 June 2012¹³.

The aim of the adopted Directive was also both to establish producer responsibility and to increase the amount of e-waste that must be collected annually by member states. Besides, the scope of the legislation was widened so as to cover all e-waste in principle¹⁴. Therefore this newly adopted directive has been much more effective over the member states. In addition to this, the aim of this new directive is to improve collection schemes so that the consumers can return used electronic and electrical items free of charge, which will help to re-use of products and materials and to increase recycling¹⁵.

¹⁰ **Lofthouse**, V. (2007). SortED-- a new design tool for 'end-of-life' decision making, *Progress in Industrial Ecology-- An international journal*, 4 (1/2), 141-153; **Mansfield**, Kathrine: *Electronic Waste Disposal in the European Union: Avoiding the Once-ler's Dilemma*, Research Thesis Environmental Studies Program at the University of Vermont May 8, 2013, p. 26.

¹¹ **Nakajima**, N., & Vanderburg, W. H. (2005). A Failing Grade for WEEE Take-Back Programs For Information Technology Equipment, *Bulletin of Science, Technology & Society*, 25 (6), 507-517, p. 510; **Mansfield**, p. 25.

¹² European Commission, Report From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions On The Implementation Of The EU Waste Legislation, Brussels 17.1.2013, p.8.

¹³ Directive 2012/19/EU Of The European Parliament And Of The Council of 4 July 2012 on waste electrical and electronic equipment (WEEE) (recast), *Official Journal of the European Union*, L 197/38,24.7.2012, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012L0019>

¹⁴ **Lundgren**, p. 36.

¹⁵ New European Union Directive on E-waste Comes into Force, <http://europa.eu/capacity4dev/unep/blog/new-european-union-directive-e-waste-comes-force> , (December 17,2013)

Besides, it presents the governments new solutions as it will be easier to dispose e-waste in an environmentally responsible manner for businesses and consumers. It is understood from the renewed directive that the penalties for firms found to be illegally exporting e-waste to the third world countries are significantly raised¹⁶.

EU Environment Commissioner Janez Potocnik has said in a statement that "In these times of economic turmoil and rising prices for raw materials, resource efficiency is where environmental benefits and innovative growth opportunities come together. " and continued "We now need to open new collection channels for electronic waste and improve the effectiveness of existing ones. I encourage the member states to meet these new targets before the formal deadline. ". The updated directive has been extended from its "current restricted scope" to all categories of electronic waste and the member states should transcribe the new EU directive into their national e-waste laws until February 14 2014¹⁷.

When all the member states transcribe this new directive into their national laws, there will be almost a joint implementation to comply with the legislation to overcome the e-waste problem. Specifically, retailers would be required to collect small items of e-waste from consumers unless alternative schemes could be shown to be more effective and as "reversed burden of proof" would be applied to equipment suspected of being illegal waste shipments, forcing exporters to prove old equipment will be re-used and then disposed of safely outside the EU¹⁸.

D. Restricting the Use of Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment (RoHS) Directive (RoHS 1 and RoHS 2)

One other legislation in EU is Restricting the Use of Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment (RoHS) Directive (2002/95/EC)¹⁹, which has been in force since 2003. This Directive's purpose is to restrict the use of hazardous substances in electrical and electronic equipment and contribute to the protection of human health and the environmentally sound recovery and disposal of e-waste²⁰.

¹⁶ "EU Revamps E-Waste Rules with Demanding New Recovery Targets", <http://www.theguardian.com/environment/2012/aug/14/eu-waste>, (December 5, 2016).

¹⁷ "EU Revamps E-Waste Rules with Demanding New Recovery Targets", <http://www.theguardian.com/environment/2012/aug/14/eu-waste>, (December 5, 2016).

¹⁸ "EU Revamps E-Waste Rules with Demanding New Recovery Targets", <http://www.theguardian.com/environment/2012/aug/14/eu-waste>, (December 5, 2016).

¹⁹ Official Journal of the European Union L 037, P. 0019 – 0023, 13/02/2003,<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32002L0095>

²⁰ **Lundgren**, p. 36.

The use of six hazardous substances in electronics, which are lead, mercury, cadmium, hexavalent chromium, polybrominated biphenyls (PBB), and polybrominated diphenyl ethers (PBDE) has been limited by this directive, thus the European Union set a standard for production²¹.

RoHS Directive has been recast and came into force in 2nd of January 2013 as RoHS2²² Directive (2011/65/EC). The new Directive has been added 3 more product categories to Annex- I. These Categories are: In-vitro diagnostic medical devices (22nd of July 2016), Monitoring and control instruments (22nd of July 2014) including industrial monitoring and control instruments (22nd of July 2017), Other EEE not covered by any of the categories above (23rd of July 2019).

It should be also indicated that in 2015, Annex-2 which is the list of the restricted substances has been recast by Commission Delegated Directive (EU) 2015/863 of 31 March 2015²³ amending Annex II to Directive 2011/65/EU of the European Parliament and of the Council²⁴ as regards the list of restricted substances (Text with EEA relevance) C/2015/2067²⁵.

E. The Regulation on Registration, Evaluation, Authorization and Restriction of Chemicals (REACH)

One of the regulations about electronic waste is The Regulation on Registration, Evaluation, Authorization and Restriction of Chemicals (REACH)²⁶, Regulation (EC) No 1907/2006 Of The European Parliament And Of The Council Of 18 December 2006 (Official Journal of the European Union L 396/1, 30.12.2006), which came into effect in 2007. The purpose of the concerned regulation is to provide a high level of protection of human health and environment from the risks that can be posed by chemicals. Finally, EU Waste

²¹ Christen, K. (2003). EU e-waste rules driving change in United States. *Environmental Science & Technology*, 37 (1), 13-13; Mansfield, p. 27-28.

²² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02011L0065-20140129&from=EN>

²³ http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.137.01.0010.01.ENG

²⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=celex%3A32011L0065>

²⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0863&from=EN>

²⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006R1907&from=EN>

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Framework Directive of 2008 (Directive EU 2008/98/EC)'s²⁷ purpose is to ensure EU to be self-sufficient in waste disposal capacity²⁸.

The waste management hierarchy has been modified in interested Directive with a stronger emphasis on prevention, re-use and recycling and allowed the Member States to depart from the hierarchy so that they would take a broader approach towards identifying and implementing waste management options that deliver the best outcome for the environment²⁹.

F. The Energy Using Products Directive (EuP Directive)

The Energy Using Products Directive (EuP Directive) 2005/32/EC³⁰ (Official Journal of the European Union L 191/29, 22.7.2005) came into effect with the aim of ensuring the free movement of energy-using products within the internal EU market³¹.

III. TURKISH LEGISLATION ABOUT E-WASTE

A. Overview of the Legislation

First, it should be noted that in Turkish Law waste as a concept has been defined in environmental regulations. According to Turkish legislation there is a code named Environment Code No 2872³² (Official Journal No 18132, 11.8.1983) that came into effect in 1983 and Article 2 in this code, the dangerous materials that has been generated, left or dropped as a result of an activity is called waste. After the addition to Article 2 with Code No. 5491³³, the wastes have been separated to sub types, which are solid waste, domestic solid waste, hazardous waste, and wastewater³⁴.

²⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32008L0098>

²⁸ **Lundgren**, p. 36.

²⁹ European Commission, p. 10.

³⁰ [http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:191:0029:0058:en:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:191:0029:0058:en:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:191:0029:0058:en:PDF)

³¹ **Ongondo**, F.O. – Williams, I.D., Cherrett T.J.: How Are WEEE Doing? A Global Review of the Management of Electrical and Electronic Wastes, Waste Management 31, 2011, p. 716- 721, http://ac.els-cdn.com/S0956053X10005659/1-s2.0-S0956053X10005659-main.pdf?_tid=5fef09be-7ebc-11e3-a8ef-00000aab0f6b&acdnat=1389883508_67b183ea41e3386cd080200ee9eb6f2a, January 03, 2016.

³² <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18132.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18132.pdf>

³³ Official Journal No 26167, 13.05.2006,

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/05/20060513-1.htm>

³⁴ **Ertaş**, Ş.: Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, İzmir 2012, p. 107- 108.

There are many regulations about waste such as the Control of Hazardous Waste Regulation and the Control of Waste Battery and Accumulator Regulation. Since the Control of the Waste Electrical and Electronic Equipment Regulation is the only directly applicable legislation about e- waste, in this study the Control of the Waste Electrical and Electronic Equipment Regulation will be analyzed.

B. A Brief Analysis of the Control of the Waste Electrical and Electronic Equipment Regulation

Parallel with the EU Directive (27th January 2003) 2002/95/EC RoHS (Restriction of the use of Certain Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment), Regulation on Restriction of the use of Certain Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment has been published on 30th May 2008 as Code No 26891 in Official Journal No ³⁵ and came into effect.

But later in 2009, it was decided by the Ministry of Environment and Urban Planning that the EU Directive 2002/96/EC WEEE (Waste Electronic and Electrical Equipment) and EU Directive. 2002/95/EC RoHS (Restriction of the use of Certain Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment) to come into effect in Turkish legislation as one single regulation since these were very similar.

Finally, on 22nd of May 2012 Control of E-waste Regulations No 28300³⁶ came into effect consisting of 28 articles. It should be noted that all these regulations rely on 2002/95/EC RoHS and 2002/96/EC WEEE Directives. On the first section of the Control of E-waste Regulations No 28300 the purpose, scope, conclusory, definitions and general principles has been explained.

The purpose of the regulation is the prevention of WEEE to protect the environment and human health by restricting the use of dangerous and hazardous substances during the production of electric and electronic equipment, to control the import of the electrical and electronic equipment and regulate the legal and technical systems by the re-use, recycling and other forms of recovery of such wastes so as to reduce the disposal of waste.

There are 10 e-waste categories that are parallel with the WEEE Directive as listed by our regulation and the scope of the regulations has been declared as the categories that are written in Annex-1. These Categories are:

³⁵ Official Journal No 26891, 30.05.2008,
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/05/20080530-3.htm>

³⁶ Official Journal No 28300, 22.05.2012,
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/05/20120522-5.htm>
YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

1. Large household appliances (Refrigerators, Freezers, Washing machines, Clothes dryers, Dish washing machines, Cookers, Electric stoves, Electric hot plates, Microwave ovens, etc.)
2. Small household appliances (Vacuum cleaners, Carpet sweepers, Irons, Fryers, etc.)
3. IT and telecommunications equipment
4. Consumer equipment (Radio sets, TV sets, Video cameras, Video recorders, Musical instruments, etc...)
5. Lighting equipment (Compact fluorescent lamps, Low pressure sodium lamps, etc.)
6. Electrical and electronic tools (with the exception of large-scale stationary industrial tools) (Drills, Saws, Sewing machines, tools for mowing or other gardening activities, etc.)
7. Toys, leisure and sports equipment
8. Medical devices
9. Monitoring and control instruments
10. Automats (Automatic dispensers for hot drinks, etc.)

The basis of the first part of the regulation has been declared in the 3rd Article: once the lifecycle of an electrical or electronic equipment that is outlined in Annex-1 ends, the available elements, components and materials are defined as e-waste.

The second section of the regulation explains who is responsible and authorized to collect, transport, dispose and/or recycle e-waste. In addition to this, this section defines the limitations and the responsibilities of the ministry and local municipalities on how to process and implement the regulations to control and to coordinate the processing plants and recycle centers.

The third section of the regulation is about the processing plants, on-site processing plants, temporary storage areas and technical characteristics of transportation centers.

The fourth section of the regulation explains and defines the collection centers, and recycling centers.

The fifth section of the regulation discloses the financial requirements of the collection and recycling activities of WEEE.

Finally, the sixth section of the regulation outlines the coordination and the relationship between each of the five sections discussed above and how to set up non- profit coordination centers to control and monitor the implementation of the law.

It should be noted here that in this regulation, the basic principles that are compatible with the EU Directives have been declared. However, in our opinion a detailed regulatory statute should be prepared as soon as possible for the

enforcing institutions and businesses to make the regulations to be more effective.

IV. RECOMMENDATIONS

Lundgren suggests that prohibiting or competing with informal recyclers is not much sufficient as an effective solution. That is why e-waste management community participation is very important just like the local government and operators of recycling services, together with national, regional and global initiatives³⁷. According to Williams, firstly addressing the occupational risks in the sector should be attempted and suits should be filed for mitigating the existing problems at the local level to iron the informal recycling out which enables generally hazardous employment for thousands of poor people³⁸. Beyond any doubt workers should be informed of the effects of e-waste processing on environmental and human health³⁹. As an international solution, one of the options is a facility-based shipment that a contract would be signed with a facility in the receiving country to export e-waste for the countries that have their national e-waste legislation⁴⁰. Another solution option would be to stimulate two-way flow between developed and developing countries⁴¹.

We definitely agree with the researchers' ideas that have discussed above. In addition to this, the local governments should hold seminars, conferences and workshops to the representatives of all sides about the national and the international e-waste legislations and regulations.

Besides, the community should be informed of the effects of e-waste processing on environmental and human health by the local governments. For instance, workers should be informed by the authorities such as occupational safety and health experts about the health risks of e-waste and how to provide

³⁷ **Lundgren**, p. 36.

³⁸ **Williams**, E. et al. 2008. "Environmental, social and economic implications of global reuse and recycling of personal computers", in *Environmental Science & Technology*, Vol. 42, No. 17, p. 6446–6454; **Lundgren**, p. 42.

³⁹ **Wang**, H. et al. 2011. "Urinary heavy metal levels and relevant factors among people exposed to e-waste dismantling", in *Environment International*, Vol. 37, No. 1, p. 80–85; **Lundgren**, p. 42.

⁴⁰ **Lundgren**, p. 36.

⁴¹ **Vasudev**, J.; **Parthasarathy**, B. 2007. *The Post Consumptive Residues Of Information And Communication Technologies: Transnational E-Waste Flows And Developmental Dilemmas*, Paper Presented At The International Conference On Information And Communication Technologies and Development (ICTD), Bangalore, 15–16 Dec., p. 1–9; **Lundgren**, p. 42.

against accidents in the workplaces. It is believed that this will help to reduce the risks of damage caused by e-waste.

V. CONCLUSION

Today, e-waste is a huge problem for the whole world as its enormous impact on health, environment and global warming. Hence, there is an urgent need of global and effective regulations and actions to overcome with this menace. As of this moment, EU Parliament is the leading organization to fight this threat and Turkey is following its footsteps by implementing the EU regulations in its national laws. If Turkey revise its legislations parallel with the EU Directives quickly and fallow the innovative activities and useful events about the environmental health, the damage caused by electronic waste will be reduced. But obviously, both EU and Turkish legislations have to be constantly revised and consolidated to deal with the rapidly changing technologies to prevent the damage caused by e-waste.

Moreover, the community should be informed of the effects of e-waste processing on environmental and human health by the local governments. In particular, occupational safety and health experts should train workers about the e-waste in the workplaces to prevent the damage to human health and environment.

BIBLIOGRAPHY

- AZUKA, A.I.:** The Influx of Used Electronics into Africa: A Perilous Trend', 5/1 Law, Environment and Development Journal (2009),
- CHRISTEN, K. (2003).** EU e-waste rules driving change in United States. Environmental Science & Technology, 37 (1).
- ERTAŞ, Ş.:** Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, İzmir 2012.
- EU Environmental Policy Handbook, Editor: Stefan Scheuer, European Environmental Bureau (Eeb).
- European Commission, Report From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions On The Implementation Of The Eu Waste Legislation, Brussels 17.1.2013.
- LOFTHOUSE, V. (2007).** SortED-- a new design tool for 'end-of-life' decision making, Progress in Industrial Ecology-- An international journal, 4 (1/2).
- LUNDGREN, K.:** The global impact of e-waste: Addressing the challenge, Geneva 2012, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/sector/documents/publication/wcms_196105.pdf

- MANSFIELD, K.:** Electronic Waste Disposal in the European Union: Avoiding the Once-ler's Dilemma, Research Thesis Environmental Studies Program at the University of Vermont May 8, 2013.
- MARTIN, A., MAYERS, C., & FRANCE, C. (2007).** The EU Restriction of Hazardous Substances Directive: Problems arising from Implementation Differences between Member States and Proposed Solutions. *Review of European Community & International Environmental Law*, 16(2), p. 217-229.
- NAKAJIMA, N., & VANDERBURG, W. H. (2005).** A Failing Grade For WEEE Take-Back Programs For Information Technology Equipment, *Bulletin of Science, Technology & Society*, 25 (6),
- ONGONDO, F.O. – WILLIAMS, I.D., Cherrett T.J.:** How Are WEEE Doing? A Global Review of the Management of Electrical and Electronic Wastes, *Waste Management* 31, 2011, http://ac.els-cdn.com/S0956053X10005659/1-s2.0-S0956053X10005659-main.pdf?_tid=5fef09be-7ebc-11e3-a8ef-00000aab0f6b&ac-dnat=1389883508_67b183ea41e3386cd080200ee9eb6f2a
- VASUDEV, J.; PARTHASARATHY, B. 2007.** The Post Consumptive Residues Of Information And Communication Technologies: Transnational E-Waste Flows And Developmental Dilemmas, Paper Presented At The International Conference On Information And Communication Technologies and Development (ICTD), Bangalore, 15–16 Dec.
- WANG, H. et al. 2011.** “Urinary heavy metal levels and relevant factors among people exposed to e-waste dismantling”, in *Environment International*, Vol. 37, No. 1.
- WATSON, E.; CROWHURST, G., 2007.** The Implementation of the WEEE Directive in the UK – A Critical Analysis. *European Environmental Law Review*, 16(6), 163–175., <http://search.ebsco-host.com/login.aspx?direct=true&db=eoh&AN=12001913&site=ehost-live>.
- WILLIAMS, E. et al. 2008.** “Environmental, social and economic implications of global reuse and recycling of personal computers”, in *Environmental Science & Technology*, Vol. 42, No. 17.
<http://eur-lex.europa.eu>
<http://www.resmigazete.gov.tr>
<http://www.out-law.com>
<http://www.theguardian.com>
<http://www.unep.org>

***ROMA HUKUKU'NDA KRALIN SEÇİLME USULÜ**

(THE DETERMINATION OF THE KINGS IN THE ROMAN KINGDOM)

Yrd. Doç. Dr. Duygu ÖZER***

ÖZ

Bu çalışmanın amacı ilk ve kurucu kral olan Romulus'tan başlayarak toplam yedi kralın hüküm sürdüğü Roma Krallık Dönemi'nde kralların seçilmesine ilişkin temel sorulara yanıt aramaktır. Bu amaç doğrultusunda çalışmanın ilk kısmında Antik Çağ yazarlarınınca anlatılan kralların seçiliş öykülerinin izleri takip edilecek ve bu dönemde kralların iktidara gelmesini ilişkin temel ilke ve kuralların ne olduğu sorusunun yanıtı aranacaktır. Bu çerçevede genel olarak kralların belirlenmesini düzenleyen veraset ve seçim ilkeleri ele alınacak ve kralların tanrısal hakkı ilkesine de değinilmek suretiyle Roma Krallık Dönemi'nde siyasi iktidarın meşruluğunun kaynağına dair farklı yazar ve tarihçilerin görüşlerine yer verilecektir. Çalışmanın ikinci kısmı ise kralın belirlenmesinin aşamalarına ayrılmıştır. Bu başlık altında, interregnum ve interrex kavramlarına değinilecek ve sonrasında kral ardılının aday gösterilmesinden başlayarak tahta geçişindeki aşamalar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Roma Krallık Dönemi, Kralların Tanrısal Hakkı, Rex, Interrex, Imperium

ABSTRACT

The aim of this study is to seek some answers to the basic questions concerning the determination of the kings in the Roman Kingdom. With the reign of the first and founding king Romulus, a total of seven kings ruled during the regal period in Roman history. In the first section of this study, the traces of the election stories of the kings will be sought by following the antique writers; and we will try to describe the basic principles and rules about the power of the kings in this period. In this framework, the hereditary and election principles that regulate the determination of the kingdoms in general will be handled and the views of different writers and historians on the origin of the legitimacy of political power during the Roman regal period will be sketched by also considering the accounts on the doctrine of the divine rights of the

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 18.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 22.01.2018.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8983-1075

kings. The second part of the study is devoted to the stages of the determination of the king under this heading, the concepts of interregnum and interrex will be examined and the phases of the accession to the throne will be discussed, starting with the nomination of the king's successor.

Keywords: *Roman Regal Period, Divine Right of the Kings, Rex, Interrex, Imperium*

Giriş

Roma Şehri'nin kuruluşu ve Krallık Dönemi'ne ait bilgiler yetersizdir. Eldeki bilgiler ise doğruluğundan şüphe edilen, efsanelerle iç içe geçmiş anlatıma sahip antik kaynaklardan elde edilmiştir. Örneğin, tarihçi Titus Livius'a göre Roma Şehri, MÖ 753'den MÖ 509'a kadar olan 244 yıl boyunca ilk Kral Romulus tarafından, Romulus'un ölümünden sonra da Sabinius ve Latin soyundan gelen ardıllarınca idare edilmiştir. Yedi kralın yönetimindeki Roma'nın, yedi tepe üzerinde siyasal ve toplumsal örgütlenişi tutarlı ve akla sığar bir biçimde yeniden kurgulanmıştır. Roma'nın kuruluşundan son Roma Kralı Tarquinius Superbus (MÖ. 534-509) ölümüne kadar olan söylence ile kurgusal gerçeğin hemen hemen neredeyse birbirinden ayrılmasının imkânsız olduğu bir mitos dönemi vardır.¹ Bu döneme ilişkin anlatıların büyük bir bölümü her ne kadar halkın hayal gücünün ürünü olan masallardan oluşmuş olsa da bu masalların kısmen gerçeklerle beslenmiş olduğunu göz ardı etmeden fakat şüpheciligi de elden bırakmadan okumak gerekmektedir.² Yine de Roma'nın uzun süre krallar tarafından idare edilmiş ve Roma Devleti'nin temel teşkilatının Krallık Dönemi'nde kurulmuş olduğunda gerçeklik payı vardır. Bu makalede ilk ve kurucu kral olan Romulus'tan başlayarak ardıllarınca yönetilen Krallık Dönemi'nde Antik Çağ yazarlarınca anlatılan kralların seçiliş öykülerinin izleri takip edilerek kralların iktidara gelmesine ilişkin temel ilke ve kuralların ne olduğu sorusunun yanıtı aranacaktır.

¹ Roma Krallık Dönemi'nde iktidardaki krallar sırasıyla şu şekildedir: 1) Romulus (MÖ.753-716) 2) Numa Pompilius (MÖ.716-672) 3) Tullus Hostilius (MÖ. 671- 640) 4) Ancus Marcius (MÖ. 640-616) 5) Lucius Tarquinius Priscus (MÖ. 617-578) 6) Servius Tullius (MÖ. 578-534) 7) Tarquinius Superbus (MÖ534-509)

² Leon Homo, *Roman Political Institutions: From City to State* (Londra: Routledge, ([1929] 1962), s.11

1. Kralların Belirlenmesinde Hâkim Olan Temel İlkeler

Genel olarak kralların tahta çıkmasıyla ilgili olarak üç tür ilkedен bahsedilebilir: ³ 1) veraset 2) seçim usulü ve 3) “kralların tanrısal hakkı”⁴ Bu başlık altında Krallık Dönemi Roma’sında, Roma kralının iktidarının meşruluk temeli ve kazanılmasına ilişkin temel ilkeleri, kralların seçiliş öyküleri doğrultusunda şu şekilde sıralayabiliriz:

1.2. Veraset İlkesi

Tarihi kaynaklarda kralın veraset yoluyla belirlendiğine ilişkin herhangi bir emare yoktur. Gerçi dördüncü kral Ancus Marcius⁵, ikinci Kral Numa Pompilius’un torunuydu; ancak bu durum genel bir veraset ilkesine doğru evirilmemiştir. Yine Roma’nın ilk üç kralında da kendilerinden sonra çocuklarının kral olmadıklarını görürüz. Başka bir ifadeyle ilk dört kralın belirlenmesinde veraset ilkesinden bahsedilmemektedir. Ayrıca beşinci kral Tarquinius Priscus, egemenliği elde edinceye kadar, ölen kralın çocukları hakkında herhangi bir şeyden bahsedilmemektedir. Sadece Kral Ancus Marcius’un ölümünden sonra kral olan Tarquinius Priscus, Marcius’un çocuklarının çok genç olduğundan bahisle kendisinin kral olması gerektiğini ileri sürmüş olduğu bilgisine ulaşırız.⁶ Son olarak Krallık Dönemi’nin sonunda veraset ilkesinin kabul edilmiş olduğuna ilişkin son kralın kral oluş şekli örnek gösterilebilse de

³ Abel Hendy Jones Greenidge, *Roman Public Life* (New York : Mac Millian Company, 1901), s.45.

⁴ Kralların Tanrısal Hakkı, konusunda bkz. Mehmet Ali Ağaoğulları; Cemal Bâli Akal ve Levent Köker, *Kral Devlet Ya da Ölümlü Tanrı* (Ankara: İmge, 1994), ss. 215-223.

⁵ Ancus Marcius (MÖ. 640-616), Kral Tullus Hostilius’un (MÖ. 671- 640) ölümünden sonraki *interregnum* süresinden sonra kral olarak seçilmiştir.

⁶ Sabin Kral Ancus Marcius (MÖ 640-616) sonrasında Roma Krallığının yönetimi Etruria kökenli krallara geçmiştir. Lucius Tarquinius Priscus Etruria kökenli kralların ilkidir. Titius Livius’un sayesinde edinilen bilgilere göre, Lucius Tarquinius Priscus krallığı karısı Tanaquil sayesinde elde etmiştir. Bu kral Lucius Tarquinius Priscus adını Roma’ya yerleştikten sonra almıştır. Asıl adı Lucumo’dur. Lucumo ,Tarquinia’da doğmuş olmasına rağmen babasının Korintlî (Yunanca: Korinthos) olmasından dolayı Etrüskler tarafından yabancı olarak görülmüştür. Lucuma, babasının tüm mirasına sahip olduktan ve soylu bir aileden gelen Tanaquil ile evlendikten sonra iyece zenginleşir. Tanaquil politik konularda da hırslı bir kadındır. Kendileri için Roma’da daha iyi bir yaşam ve statü yaratabilecekleri inancıyla kocası Lucumo’yu da ikna ederek Roma’ya göç ederler. (Liv. I.34) Roma’ya göç ettikten sonra Lucius Tarquinius Priscus adını alan Lucumo, IV. Kral Ancus Marcius’un güvenini kazanarak kralın çocuklarının vasisi görevini üstlenir. Livius’un anlatısına göre, Tarquinius, seçim zamanı yaklaşırken kralın çocuklarının ava gittiği sırada halka (*Comitia Curiata*’ya) hitap eden bir konuşma yapar. Onlara, bir yabancı olarak kral seçilmesinin olağanüstü bir durum olmadığını anlatmak için Kral Tatius ve Kral Numa’yı örnek gösterir, kendi özgür

daha sonraki dönemlerdeki tarihçiler tarafından bu husus görmezden gelinmiştir.⁷

1.2. Seçim İlkesi

Kralın seçimle belirlendiği hususunda Roma tarihçileri hemfikir değildir. Örneğin Botsford⁸, kralların iktidarı kazanış süreçlerini incelerken *Comitia Curiata*'nın rolünün ikinci planda olduğunu ileri sürmektedir. Livius ve Cicero'ya yaptığı atıflarla Romulus ve Tatius'un krallığa seçimle gelmediği saptamasını yapan yazar, Livius'tan aktardığı şekliyle Kral Numa'nın *Senatus* tarafından atama yoluyla göreve geldiğini ileri sürmüştür. Bundan başka Kral Servius da seçilmeden önce uzunca bir süre iktidarı pratik olarak elinde tutmuştur. Yazar buna ek olarak Krallık Dönemi'nden Cumhuriyet Dönemi'ne aktarılan diktatörlük ve *rex sacrorum*⁹ makamlarının da seçimle değil atama yoluyla doldurulmuş olmasını kralların seçimle gelmemiş olmasının bir emaresi olarak görmektedir.¹⁰ Greenedge'a göre gerek seçim sürecindeki oylama gerekse akabindeki *Senatus*'un onaylaması, törensel bir gösteriden öteye gitmiyordu. Krallığa uygun görülmüş adayın *imperium*¹¹ gücünü

iradesiyle karısını ve tüm servetini yanına alarak Roma'ya gelmiş, en verimli çağını kralın hizmetine adanmış, Roma yasalarını ve dinini özümsemiş bir yurttaş olarak bu kente bağlılığını ve sadakatini anlatır. Tarquinius, konuşmasıyla halkın (*Comitia Curiata*'nın) üzerinde öyle etkili olur ki çoğunluğun oyunu alarak Roma'nın beşinci kralı olmayı başarır. (liv. I.35) Serap Gür Kalaycıoğulları, *Klasik Dönem Yazarlarında Roma Kadınının Tasviri*, Ankara: İmge, 2017, s. 43 vd.; s. 43 dn 53.

⁷ Greenidge, 1901, s. 45, dn. 6.; William Smith, *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities* (John Murray, London, 1875), "Rex" maddesi; Cic. de Rep. ii. 12, 24 "Nostri illi etiam turn agrestes viderunt virtutem et sapientiam regalem, non progeniem quaeri oportere." Ve App. B.C. i. 98'e atıfta bulunarak.

⁸ George Willis Botsford, *The Roman Assemblies: From Their Origin to The End of the Republic* (New York: The Macmillian Company, 1909), s. 182.

⁹ *Rex sacrorum* belirli dini törenlere başkanlık eden din görevlisine verilen isimdir. Aslında bu makam Cumhuriyet Dönemi'nin başlarında kurulmuştur ve Kralın sahip olduğu başrahip işlevini sürdürmüştür. Adında kral (*rex*) terimi bulunmakla birlikte hiyerarşik olarak *pontifex maximus*'un altında yer almıştır. Adof Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953), s. 685.

¹⁰ Botsford, 1909, s. 182.

¹¹ *Imperium*, devlet iktidarını fiilen kullanabilme yetkisidir. Bu yetki orduya kumanda etme yetkisini ve buna bağlı olarak, vatandaşları askere çağırarak ve orduyu düzenlemek, kanun teklif etmek, kanunları yorumlamak ve uygulamak, beyanname yayınlamak (*ius edicendi*), emirlere karşı gelenleri cezalandırmak (*coercitio*), halk meclislerini ve *Senatus*'u toplantıya çağırarak (*ius agendi cum populo*; *ius agendi cum senatus*) yetkisini içerir. (Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975), s.83.

kullanabilmesi için bir *lexe* sahip olması gerekiyordu. Diğer yandan bu sembolik görünümüne rağmen anılan onay sürecinin gerçekleşmemesi halinde kralın yaptığı işlemlerin meşru olmayacağı görüşünü doğurmuştu. Benzer bir şekilde Abbot'a göre ise kralı belirleyen aslında *Senatus'un* iradesiydi. Ardından, *Comitia Curiata*'da halkoyuna sunulması ise şekli ve törensel bir nitelik taşımaktaydı. Öte yandan kralın orduların başkomutanı olduğu düşünüldüğünde, gelecekte kendisine itaatin sağlanabilmesi için bu tür oylamaların rolü önemsiz ve göstermelik de değildi.¹²

Bu görüşler karşısında Smith'in aktardığı şekliyle, “bütün Antik Çağ yazarları, kralın halk tarafından kaydı hayat şartıyla seçildiği ve gönüllü olarak en yüksek devlet iktidarıyla donatıldığı konusunda hemfikirdir.”¹³ Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz üzere ilk dört kralın belirlenmesinde veraset ilkesinden bahsedilmemektedir. Dolayısıyla, Antik Çağ yazarları, kralların belirlenmesinde atalarından ziyade, sahip oldukları erdemlerin belirleyici olduğu saptamasını yapmaktadırlar.¹⁴

1.3. “Kralların Tanrısal Hakkı” İlkesi

Tanrısal hak doktrini, siyasi iktidarın yönetme yetkisini doğrudan tanrıdan aldığı ve bu nedenle de halk veya parlamento gibi dünyevi makamlar tarafından sorgulanamaması anlamına gelir. Bobbio'dan ilham almak gerekirse, tanrısal hak doktrini, siyasi meşruluğun “irade” unsuruna tekabül eder. Burada sorulan temel soru bir siyasi öznenin halk kitlelerini yönetme yetkisini nereden aldığıdır. Bu çerçevede irade unsuru, siyasi iktidara yönetme yetki ve gücünü bahşeden iradeye işaret etmektedir. Bu tanrısal hak doktrininde görüldüğü şekliyle bu irade tanrıdan gelirse bu meşruluğun yukarıdan aşağı yani “piramit” şeklindedir. Buna karşın çağdaş demokrasiler halk ve millet egemenliği doktrinlerinde ise meşruluğun halktan, yani aşağıdan yukarıya “yükselen” bir şekilde ortaya çıkmasıdır.¹⁵

¹² Frank Frost Abbott, *Roman Political Institutions*. (Boston ve Londra: Ginn & Company Publishers, 1901), s.14. .

¹³ Smith,1875, s. 991. “Cic. de Rep. II.12 ve Appian, B. C. I.98” a atıfta bulunarak.

¹⁴ Homo, [1929] 1962, s. 11.

¹⁵ Norberto Bobbio, *Democracy and Dictatorship: The Nature and Limits of State Power*. İtalyanca'dan İngilizce'ye çeviren Peter Kennealy. (Cambridge: Polity Press, 1989), s. 81-86.

Tarihin en eski zamanlarından itibaren en ilkelinden en karmaşığına kadar tüm toplumlarda krallık kavramı her zaman bir tür kutsallık anlayışını da beraberinde getirmiştir. Başka bir deyişle bir insan topluluğunu idare eden kişiye duyulan bağlılık hissini dinsel bağlılık hisleriyle içi içe geçtiğini söylemek mümkündür. Bu durum "*Rex est mixta persona cum sacerdote*" (Kral bünyesinde kutsallığı da barındıran karma bir kişiliktir) özdeyişiyile açıklanmaktadır. Pagan kültürlerdeki iyileştirici şamanların sahip olduğuna inanılan gizemli bir doğaüstü gücün varlığı, İnka krallarının güneşin oğlu olduğuna inanılması bu türden olgulara örnek olarak verilebilir.¹⁶

Tanrısal hak doktrinine Orta Çağ'dan itibaren de Avrupa'daki mutlak monarşilerin siyasi meşruluğunun temellendirilmesinde başvurulmuştur.¹⁷ Hristiyanlığın getirdiğı tanrısal hak doktrini, kralın tanrı tarafından seçilmiş olduğunu savunmanın yanında kralın buyruklarını tanrının buyrukları olarak görür ve bunlara karşı itaatsizliği de günah olarak tanımlar.¹⁸ Bu anlayışa göre, kral tüm yetkisini tanrıdan alırdı ve onun yeryüzündeki temsilcisiydi. Bu nedenle kralların karar ve işlemleri parlamento gibi dünyevi özneler tarafından kontrol edilemez ve sorgulanamazdı. Hristiyanlık anlayışında tanrısal hak anlayışına göre tanrı yönetme yetkisini dünyevi işler için geçici olarak krala, uhrevi işler için de kiliseye bırakmıştı. Tanrısal hak doktrini, 19. yüzyıl Amerikan ve Fransız devrimleriyle inanılrlılığını yitirmiş, yerini bugünkü çağdaş demokrasilerde ifadesini bulan halk ve millet egemenliği ve siyasal iktidarın laikliği anlayışlarına bırakmıştır.¹⁹

"Kralların Tanrısal Hakkı" ilkesinin Roma krallarının belirlenmesinde belirleyici olan unsurlardan birisi olduğu söylenebilir. Gerçekten de bu ilke bir ölçüye kadar belirleyici olmuştur. Lowenstein'e göre kral olarak seçilecek olan kişinin "efsunlu ve karizmatik" bir kişiliğe sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle kralın belirlenmesi demokratik bir seçimden ziyade, toplulukta önde gelen kişilerin ve/veya din bilginlerinin ortaklaşa bir şekilde kral olmaya

¹⁶ John Neville Figgis, *The Divine Right of Kings*. (Edinburgh (e.t.c.): Cambridge University Press, [1896]1914), s. 17.

¹⁷ Öte yandan Hristiyanlıktaki mutlak monarşi ile tanrısal hak kavramlarının eş anlamlı ifadeler olmadığını ancak bu iki olgunun karşılıklı olarak birbirini destekleyen kurum ve öğretiler olduğunu belirtmek gerekir. Konuyla ilgili tartışma için bkz.: Glenn Burgess «The Divine Right of Kings Reconsidered.» *The English Historical Review* (107, no. 425 (1992): 837-861), s. 841.

¹⁸ Figgis, [1896]1914, s. 19.

¹⁹ <https://www.britannica.com/topic/divine-right-of-kings> Erişim tarihi 10.01.2017

layık hikmete sahip olan bir kişinin belirlenmesi faaliyetine benziyordu. Lowenstein bu durumu çağdaş dünyada Tibet'te önde gelen Lama müritlerinin bir Dalay Lama öldükten sonra yenisini belirledikleri dini ve mistik yöntemlere benzetmektedir. Yazar Roma Krallık Dönemi'nde eğer bir kral ardılı belirlememişse, *Senatus*'ta toplanan *gensler*'in önde gelenlerinin (*principes*) *interrex*'i seçmesini ve yeni kralı belirlemesini, kendi aralarında gerçekleştirdikleri çeşitli ritüeller ve mistik işaretler aramak suretiyle yaptıklarını ileri sürmektedir. Yine Lowenstein'e göre bu şekilde belirlenen kralın halk tarafından oylanması da (Cumhuriyet Dönemi'ndeki *imperium*'un bahşedilmesinin aksine) törensel bir nitelikten öteye gitmemiştir.²⁰ Buna ek olarak ilk kral Romulus'un ölümünden sonra tanrılık mertebesine yükseltildiğine dair görüşü de hatırlatmak gerekir.²¹ Kral Romulus, tanrının oğlu olarak düşünülmüş ve göklerden gelen işaret doğrultusunda kral olmuştur. Kral Romulus'un ardılı olan Kral Numa için de aynı iddia ileri sürülmüştür.²² Halikarnaslı Dionysius'un aktardığına göre (2.6.1)²³, Kral Romulus halkı yönetme konusunda tanrının onayını aldıktan sonra, kendinden sonra geleceklerin de tanrı onayını alana dek krallık görevini üstlenmemesini bir gelenek haline getirmiştir. Romalılar uzun süre Romulus'un başlattığı bu geleneğe bağlı kalmışlardır. Yalnızca Krallık Dönemi'nde değil, Cumhuriyet Dönemi'nde de, *consuller*in, *praetor*ların ve diğer *magistraların* (yüksek kamu görevlilerinin) seçimini *auspicium*ları gözleyerek dinsel açıdan da geçerli kılmışlardır. Roma'da kamusal faaliyetlere girişmeden önce tanrıların izin ve onaylarının aranmasının pratikte gerçekleştirilmesi zorunlu bir işlem olarak gözlendiğini rahatlıkla ileri sürebiliriz.²⁴

²⁰ Karl Lowenstein, *The Governance of Rome* (Hague: Martinus Nijhoff, 1973), s. 14

²¹ Wilhelm Ihne, *Researches Into the History of the Roman Constitution* (Londra: William Pickering, 1853), s.45

²² Greenidge, 1901, s. 46

²³ Tarihçi Halicarnaslı Dionysius (MÖ. 1. yüzyıl), Caesar ve Augustus'un hükümdarlığı zamanında gelişen Grek bir tarihçi ve retorik öğretmenidir. En büyük çalışması, Roma'nın efsanevi döneminden Birinci Pön Savaşı'na kadar olan dönemi anlattığı *Roman Antiquities* adlı 20 kitabı kapsayan eserdir. Bu eserin, ilk 9 kitabı tamamen, 10. ve 11. kitapların nerdeyse tamamı günümüze kadar varlığını koruyabilmiştir.

²⁴ Çağatay Akşit, "*Auspicious et Imperium: Roma Cumhuriyet Döneminde İç Siyaset ve Kehanet*" (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskiçağ Dilleri ve Kültürleri Anabilim Dalı, Latin Dili ve Edebiyatı Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011), s. 25

Bu açıklamalardan Roma Krallık Dönemi'nde siyasi iktidarın meşruluğunun kurulmasında dinsel motiflerin önemli bir sacayağını teşkil ettiği sonucunu çıkarabiliriz.

1.4. “Kral Asla Ölmez” İlkesi

Modern devletlerde olduğu gibi Roma'da da “kral asla ölmez ilkesi” hâkim olmuştur.²⁵ Bu nedenle Roma'da da kralın ölmesiyle birlikte iktidar boşluğu yaratılmamaya çalışılmıştır. Fakat veraset ilkesi kabul edilmediğinden uygun bir ardıl kralın da hemen belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlar, kaçınılmaz bir şekilde *interrex* (kral naibi) olgusunu ortaya çıkarmıştır.²⁶ Bir kralın ölümüyle yeni kralın belirlenmesi arasında *interrexin* görevde olduğu bu süreç *interregnum* dönemi (Ara Krallık) olarak adlandırılırdı. *interrex* uygun bir ardıl bulununcaya kadar idari işleri yürütürdü.²⁷

2. Kralın Belirlenmesinin Aşamaları

2.1. *Interregnum* ve *Interrex*

Kralın ölümünden sonra yeni kralın tahta geçmediği *interregnum* dönemi, ilk kral olan Romulus'un ölümünden itibaren Krallık Dönemi Roma'sında olağan bir hal almıştır.²⁸ İlk *interregnum* deneyimi önce *Senatus* 'un ortaklaşa (kolektif) yönetimiyle başlamış, ilerleyen zamanlarda iktidarın tek elde toplanmasına uygun bir şekilde *interrexe* doğru evrilmiştir.²⁹

Koptev, *Senatus* 'un yönetimindeki *interrex* uygulamasına ilişkin Livius ve Halikarnaslı Dionysius arasındaki görüş farklılığına dikkat çekmektedir. Livius'a göre on kişilik (*decuria*) senatör grubu beşer günlük süreler boyunca

²⁵ Kavramın modern monarşilerdeki açıklaması için bkz.: Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi II* (Bursa: Ekin, 2011), s. 50.

²⁶ Greenidge, 1901, s. 46; Smith, 1875, s. 991

²⁷ Tim Cornell ve John Matthews, *Roma Dünyası*, (İstanbul: İletişim Yayınları, 1988); Ziya Umur, *Roma Hukuku*. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982), s. 16; Berger, 1953, s. 514.

²⁸ Cumhuriyet Dönemi'nde de *interregnum*, *patriciusların* kolektif olarak devlet idaresini ele aldıkları dönemdi. Bu dönemde görev başında bir konsül, *praetor* veya bir diktatör yoksa (ölmesi veya görevden alınması durumunda) *patriciuslar* aralarından bir kişiyi ya da birden çok kişiyi art arda beşer günlük sürelerle görev yapmak üzere *interrex* seçer ve bu arada da *imperium* ve *auspicium* yetkisini kullanacak asıl *magistranın* da en kısa zamanda seçilmesi hedeflenirdi. *Interrex*'in temel görevi yeni konsül seçimlerini ilan etmek ve gerçekleştirmektir. (Berger, 1953, s. 514; Andrew Lintott, *The Constitution of the Roman Republic* (Oxford University Press, 1999), s.146.)

²⁹ Abbott, 1901, s. 14.

iktidarı ortaklaşa kullanıyordu ancak iktidar alametifarikası sadece bir senatörün elinde bunuyordu. Buna karşın Dionysius'a göre ise on kişilik gruplardaki her bir senatör sırayla beşer gün bizzat *interrex* görevini yerine getiriyordu.³⁰ Greenidge'a göre her bir *decurianın* 50 gün boyunca yönetim yetkisi vardır. Bu dönemde de her bir *decurianın* üyeleri beşer günlük sürelerle yönetimi ele almıştır.³¹ *Interrexlik* kurumunun gerekliliğinin başlıca nedeni kralın *imperium* yetkilerinin kapsamında olan *auspicia* alma yetkisinin kralın ölmesiyle³² halka intikal etmesi üzerine tanrılar ve devlet arasında bir tür arabuluculuk işlevi görececek olan bir *magistranın* oluşturulması zorunluluğuydu.³³

Krallık döneminin ilk zamanlarında halk ile kastedilen, *Senatus* tarafından temsil edilen *patres* veya *patricius*lardı. Kralın ölümü üzerine de *imperium* yetkisi halka dolayısıyla da onu temsilen de *Senatusa* dönerdi. Bu durum Antik Çağ yazarları tarafından "*res ad patres redit*"³⁴ ya da, "*auspicia ad patres redeunt*"³⁵ ifadeleriyle tanımlanırdı. ³⁶ Kralın ölümüyle *imperium* yetkisinin *Senatus'a* dönmesi de *interrex* kurumu ile gerçekleşmekteydi. (*imperium ad patres redit*)³⁷

Interregnum döneminde *imperium* yetkisinin dolayısıyla da *auspicium* alma yetkisinin *Senatus'a* döndüğüne ilişkin bilgilerin izleri Plutark'ın aktardığı şekliyle Numa Pompilius'un kral seçilmesine ilişkin efsanede bulunabilir. Bu efsaneye göre birinci kral Romulus'un ölümü üzerine 1 yıl boyunca yeni bir kral belirlenmemiştir. Bu *interregnum* döneminde devleti krize sokacak otorite boşluğu yaratmamak için 150 senatör sırayla *interrexlik* görevini yürütmüştür. Görev sırası gelen her bir senatör krallık yetkilerine ve alametlerine sahip olma, tanrılara geleneksel adakları sunma ve kamu işlerini altı

³⁰ "Liv. 1.17.6; Dion. Hal. Ant. Rom. 2.57.1-2." Aktaran Aleksandr Koptev, "The Five-Day Interregnum In The Roman Republic", *The Classical Quarterly*, 66(1), 2016, 205–221; s. 208.

³¹ Greenidge, 1901, s. 47.

³² Krallık Dönemi'nde de kralların kendi adlarına *auspicium* arama yetkilerine sahip oldukları kabul edilmektedir. Bu yetki bir kraldan diğerine aktarılmalıydı. *Interregnuma* geçildiğinde, normal düzene dönene kadar bu hak *Senatus'un patricius* sınıfından olan üyelerine dönerdi. Cic. Dom. 38; Ad Brut.1.5.4'den aktaran Aşkit, 2011, s. 17.

³³ Greenidge, 1901; s. 46 Smith, 1875, s. 991.

³⁴ Liv. I 32.

³⁵ Smith, 1875, s. 177

³⁶ Smith, 1875, s. 991.

³⁷ Cornell ve John Matthews, 1988, s. 18; Umur,1982, s. 21; Recai Galip Okandan, *Roma Amme Hukuku*, İstanbul: (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944), s. 29.

saat gündüz ve altı saat gece çalışarak dönüşümlü olarak yerine getirme hakkına sahip olmuştur.³⁸ Yukarıda da bahsettiğimiz üzere *Senatus* 'un ortaklaşa (kolektif) yönetiminin ilerleyen zamanlarda iktidarın tek elde toplanmasına uygun bir şekilde *interrexe* doğru evrilmesi, *Senatus* 'un, kendi üyelerinden birisini kura ile naip kral (*interrex*) olarak belirlemesiyle olmuştur. Naip kral olarak belirlenen *Senatus* üyesi krallık görevini sadece beş gün için yerine getirirken halktan kendisine itaat etmesini talep edemezdi. Bu beş gün sonunda kral belirlenemezse yine en fazla 5 gün için başka bir *Senatus* üyesi kura ile *interrex* olmak üzere belirlenirdi.³⁹

2.2. Ardılın Aday Gösterilmesi

Krallık Dönemi'ni yorumlayan Romalı tarihçiler kendi dönemlerindeki *magistralık* kurumundan yola çıkmışlardır. Bu düşünürlere göre krallık kurumu, ufak tefek değişiklikler dışında *magistralık* kurumuna benziyordu. Bu nedenle Cumhuriyet Dönemi'ndeki yürütme organının belirlenme usulünün Krallık Dönemi'nden beri süregelen kurallara dayalı olduğu görüşü hâkimdir. Bu nedenle hem Krallık hem de Cumhuriyet Dönemi'nde kralın belirlenmesi süreci aday gösterme ve oylama gibi iki aşamalıdır.⁴⁰

Aday gösterilme aşamasına ilişkin bilgileri ikinci kral Numa Pompilius'un tahta çıkış sürecini anlatan Plutark'ın anlatımında bulabiliriz. Plutark'ın anlatımına göre; Numa, Roma kavmi tarafından aday gösterilmiş bir Sabindir. Romalılar kendi atadıkları bir Sabin kralın görevde olmasını Sabinler tarafından atanan bir Romalı kraldan daha stratejik bir karar olarak görmüşlerdi. (Plut. Num. 3.2)⁴¹ Numa Roma'da yaşayan bir Sabin göçmeni olmadığı, ünlü bir Sabin kenti olan Cures'de⁴² yaşadığı için Numa'nın kral adayı olduğu halka açıklandıktan sonra Sabin ve Romalı elçiler grubu Numa'dan krallık yapmasını rica etmek üzere gönderilmişlerdir. (Plut. Num. 3.3; Plut. Num.

³⁸ Plut. Rom. 20.1; Plut. Num. 2.6

³⁹ Cornell ve John Matthews, 1988, s. 18; Umur, 1982, s. 21; Okandan., 1944, s. 29.

⁴⁰ Ardıl kralın belirlenmesine dair iki ihtimal vardır. İlk ihtimal ardılın bizzat iktidardaki kral tarafından belirlendiğidir. Diğer bir ihtimal ise ardılın her halükârda *interrex* tarafından belirleniyor olduğudur. Bu görüşlerden ilkinde göre, Krallık Dönemi'nde iktidardaki kral için kendisinden sonraki kral adayını belirlemek hem yetki hem de görevdi. Eğer bir kral bu görevini yerine getirmeden ölürse bu yetki *Senatus*'a geçiyordu. (Greenidge, 1901, s. 47)

⁴¹ Plutark, *Likurgus-Numa*, s.60

⁴² Romalıların ve Sabinlerin kendilerine ortak *Quirites* adını vermeleri bundan kaynaklanır. Plut. Num. 3.4

3.4)⁴³ Elçi olarak Romulus'un halkından Proculus, Tatius'un halkından Velesus seçilmiştir. (Plut. Num. 5.1) ⁴⁴ Numa, Roma'nın savaşçı bir komutana ihtiyacı olduğunu oysa kendisinin barışçıl, sakin, dingin bir adam olarak bu meziyeti taşımadığını ileri sürerek görevi kabul etmekten çekinmiş; babası ve Marcus ise onu bu görevi tanrılar adına kabul etmesi için ikna etmişlerdir. Tanrılara adaklar sunan Numa Roma'ya doğru yola çıkmıştır. (Plut. Num. 7.1)⁴⁵ Plutark'ın anlatımından yola çıkarak öncelikle adayın belirlenmesinde *Senatus*'un etkin olduğunu söyleyebiliriz.

Abbot, *Senatus*'un yeni kralın belirlenmesinde sahip olduğu yetkinin, aslında bizzat *Senatus*'un sahip olduğu üstün yürütme gücünün "kendine has" bir kullanma biçimi olduğu saptamasını yapmaktadır.⁴⁶ Aslında yeni kralın belirlenmesinde *Senatus*'un yetkisi, kralın tüm karar ve eylemlerinde *Senatus*'a danışmasını gerekli bulan *concilium* yetkisinden kaynaklanmaktaydı. Kralın ardılının belirlemesi noktasında *Senatus*'a danışılması dönemin anayasal kuralları çerçevesinde olağan değerlendirilmelidir.⁴⁷

2.3. *Comitia Curiata*'nın Ardılı Oylaması

Uygun adayın belirlenmesinden sonra, *interregnum* döneminin o anki *interrex*i, uygun görülen adayı *Comitia Curiata*'nın oylamasına sunardı.⁴⁸ Yukarıda da bahsedildiği üzere, örneğin kral adayını olarak belirlenip yaşadığı şehirden Roma'ya giden Numa, Forum'a ulaştığında o sırada *interrex* görevini

⁴³ Plutark, *Likurgus-Numa*, s. 60

⁴⁴ Plutark, *Likurgus-Numa*, s. 64

⁴⁵ Plutark, *Likurgus-Numa*, s. 66

⁴⁶ Abbot, 1901, s. 14.

⁴⁷ Greenidge, 1901, s. 48

⁴⁸ Abbott, 1901, s. 14; *Senatus*'un uygun gördüğü yeni kral *interrex*lik görevini yürüten kişi tarafından düzenli olarak toplanan *rogatiolarda* halkın önerisine sunulurdu. (Smith, 1875: 992) *Comitia curiata*, *Populus Romanus*'un yani Roma Halkı'nın, devlet faaliyetlerine iştirak ettiği bir meclisti. Bu meclisi toplantıya çağırma hakkı (*ius agendi cum populo*) sadece *imperium* yetkisine sahip olan *magistralara* tanınmıştı. *Magistra*'nın daveti olmaksızın meclisler kendiliğinden toplanamaz ve karar alamazlardı. *Comitia*, Roma halkının konuşma ve müzakere olmaksızın sadece karar verdiği, oy kullandığı toplantılara verilen isimdi. Gündemini ve zamanını *magistranın* belirlediği bu toplantılara halk belli bir düzen dâhilinde katılır, *magistranın* kanun teklifi veya belirli bir görev için gösterilen adaylar hakkında olumlu veya olumsuz oy kullanırdı. Belgin Erdoğan, *Roma Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s. 11 vd.; Umur, 1975, s. 48.

yürüten Spurius Vettius⁴⁹ vatandaşları oylamaya çağırmıştır. (Plut. Num. 7.2 Plut. Num. 7.3)⁵⁰ Herhangi bir aday önerme inisiyatifine sahip olmayan *Comitia Curiata* ise aday kabul veya reddedebilirdi. *Comitia Curiata*'nın kendisine sunulan aday (*rogatio*) lehine oy kullanması, *creare regem*⁵¹ kabul ise *iussus populi* olarak adlandırılırdı.⁵² *Comitia curiata* bu ilk oylama ile sadece ardıl olarak belirlenen adayın uygun olup olmadığı yönünde iradesini açıklamış olurdu ve bu oylama tek başına krallık yetkilerini vermeye yeterli değildi. Bu nedenle, *Comitia Curiata*'da yapılan oylamadan sonra kral olarak belirlenen ardıla *imperium* yetkisi bahşedilmeden önce iki eylemin daha gerçekleştirilmesi gerekirdi.⁵³

2.4. Tanrıların Onayının Alınması: *Auspicia ve Inauguratio*

Kralın belirlenmesi usulünün tamamlanabilmesinde belirli dinsel ritüellerin yerine getirilmesi de önemliydi. Her ne kadar din, kralın belirlenmesinde doğrudan ve mutlak bir etken olup, tek başına siyasi iktidarın kaynağını oluşturacak kadar mutlakiyetçi bir görünüm sergilememesine rağmen yine de uygun görülen ardılın krallık iktidarına sahip olmasına Tanrıların rıza gösterdiklerine dair bir işaret olmaksızın kral görevine başlayamazdı.⁵⁴

Dini onay süreci de *auspicia ve inauguratio* olmak üzere kendi içinde ikiye ayrılırdı.⁵⁵ Yine Kral Numa'nın tahta geliş öyküsüne bakacak olursak, Numa'nın *Comitia Curiata*'daki oylama sonrasında krallık alametleri ve giysileri getirildiğinde halktan zaman isteyerek ve yetkesinin (otoritesinin) önce tanrılar tarafından doğrulanması gerektiğini bildirmiş olduğunu görürüz. (Plut. Num. 7.1)⁵⁶

⁴⁹ Nathaniel Hooke, *The Roman History from the Building of Rome to the Ruin of the Commonwealth*. (4. Ed, 1. cilt London; Tonson, 1766, s. 109.)

⁵⁰ Plutark, *Likurgus-Numa*, s.66.

⁵¹ Belirtmek gerekir ki kral adayı lehine olumlu oy kullanma işleminin *creare regem* (kralın yaratılması) olarak adlandırılması, aslında kralın görev başına gelişindeki *Comitia Curiata*'nın sahip olduğu bu yetkinin gerçek anlamda bir seçim olarak adlandırılmaması gerektiğine yönelik bir işaret olarak düşünülmektedir. bkz. Robert E. A. Palmer, *The Archaic Community of the Romans*, (Londra: Cambridge University Press. 1970), s. 211.

⁵² Dionys. IV.40, 80; Liv. I.22,32; Cic. *De Rep.* II.17, 21; Smith, 1875, s. 992

⁵³ Smith, 1875: 992.

⁵⁴ Greenidge, 1901, s. 46.

⁵⁵ Greenidge, 1901, s. 50.

⁵⁶ Plutark, *Likurgus-Numa*, s.66.

Romalılar için devlet işleri söz konusu olduğunda, tanrıların o konuda ne düşündüğünü öğrenmek, başka bir ifadeyle yapılacak olan işin tanrının onaylayıp onaylamadığını öğrenmeye yönelik *auspicium* almak, Roma'da Krallık ve Cumhuriyet Dönemi boyunca bir gelenek olarak varlığını sürdürmüştür. İlk kral Romulus'un da Roma'yı tanrı onayını alarak kurduğunu vurgulaması ve diğer kralların seçim öykülerinde de *auspiciuma* ilişkin söylenceler olması bu geleneğin varlığına ve devlet idaresinde sık sık başvurularak belirleyici bir rolü olduğuna karine olarak gösterilmiştir. Latince kuş anlamına gelen *avis* ve gözlemek anlamına gelen *spicere* sözcüklerinin birleşmesiyle oluşan *auspicium* tanrıların düşünce ve tutumunu yansıtan işaretlerdir.⁵⁷ Romalılar bir *magistranın* (burada kralın) *imperium* yetkisine sahip olmadan göreve başlamasından önce mutlaka gökyüzünü gözlemleyerek tanrıların ne düşündüğünü öğrenmeye yönelik işaretleri bulmaya çalışırlardı. Bu tür işaretler *auspicia publica impetrativa* olarak adlandırılırdı.⁵⁸ Livius'a göre, normal süreç *augurların*, tanrıların uygun işaretler (*auspices*) göndererek onaylarını bildirmelerini istemeleriydi. Böylece, kral kutsanmış (*inaugurato*) sayılmaktaydı.⁵⁹ *Inauguratio* aynı zamanda kralın en üst düzey rahip olmasından kaynaklanan sıfatını da kullanabilmesi için gerekli olan bir çeşit başlangıç eylemiydi. Kral olarak seçilen bir kişi, *auspicia* almak için gökleri izleme (*spectio*)⁶⁰ yetkisine bizzat sahipti. Kral adayının *inauguratio* sürecindeki *spectio* ise başka bir *augur* tarafından gerçekleştirilirdi. *Inauguratio* töreninin usulüne ilişkin bilgiler için Numa'ya atıfta bulunmaktadır ve Numa'dan sonraki diğer kralların da *inauguratio* ile göreve başladığı kabul edilmiştir.⁶¹

Inauguratio töreninde, ardıl olarak belirlenen kral, kendisini *arx*, ya da kaleye eşlik eden bir *augur* tarafından yürütülürdü. *Augur* kralı bir taş, yüzünü güneye dönük bir şekilde oturtur bu arada da halk, *augurun* tanrıların kralın dini önderliğe uygun olduğuna dair özelliklerini doğrulayan olumlu belirteçleri gönderdiğini açıklayınca kadar endişeli bir gerilim altında

⁵⁷ Aşkit, 2011, s. 17.

⁵⁸ Romalılar, ya evlilik, aile ve yeni bir girişim hakkında önemli bir karar almak gibi kişisel konularda ya da devleti ilgilendiren kamusal işlerde *auspicium*'a başvururlar. Kişisel olarak tanrı onayını almak için tanrılara başvurulması *auspicia privata*, kamusal işlerde onay almak için tanrılara başvurulması ise *auspicia publica* (Cic. Div. 1.28) olarak adlandırılır. Aşkit, 2011, s. 17.

⁵⁹ Smith, 1875: 992; Cornell ve John Matthews, 1988, s. 18; Umur, 1982, s. 16.

⁶⁰ Berger, 1953, s. 712.

⁶¹ Greenidge, 1901, s. 48.

beklerdi.⁶² Örneğin, Roma'nın ikinci kralı Numa Pompilius'un göreve başlaması için tanrı onayına başvurulduğu sırada, krala eşlik eden *augur* (Liv.1.18.6-10) Numa'yı Romalıların o günlerde Tarpeius Tepesi dedikleri Capitolium Tepesi'ne götürmüş ve yüzünü kapatarak güneye doğru bakacak şekilde bir taşın üzerine oturmuştur. *Augur*, Numa'nın sol tarafında ayakta durmuş ve bir elini kralın başının üzerine koymuş, öteki elinde de *augurların* simgesi olan ucu kıvrık asasını (*lituus*) tutmuştur. Daha sonra kente doğru dönerek, tanrılara yakarmış, görüş alanındaki bölgede doğudan batıya doğru hayali bir çizgi çizmiştir. Güneyde kalan bölgeyi sağ, kuzeyde kalan bölgeyi ise sol olarak belirleyip ardından görebildiği en uzak noktada hayali bir alan belirlemiştir. Sonra *lituusunu* sol eline almış, diğer elini Numa'nın başının üzerine koymuş ve şu sözlerle tanrıya seslenmiştir: "Iuppiter baba, eğer elimi başına koyduğum bu Numa Pompilius'un Roma'nın kralı olması caizse, belirlediğim sınırlar içinde bize kesin bir işaret göster." Ardından gönderilmesini istediği işaretleri tanımlamıştır. *Forum*'da sabırsızlıkla tanrılardan uğurlu bir işaret bekleyen büyük kalabalığın üzerine inanılmaz bir sessizlik çökmüş, uğurlu kuşların görünmesi ve sağ taraftan alana yaklaşmaya başlamasıyla, Numa krallık *togasını* giyerek kral ilan edilmiş, tepeden kalabalığın yanına inmiş ve orada insanların en dindarı ve tanrıların en sevdiği kişi olarak sevinç çığlıkları ile kucaklanmıştır.⁶³

2.5.Imperium Yetkisinin Verilmesi

Inauguratio yeni kral olarak belirlenen kişiye *auspicia* ve *imperium* yetkisinin bahşedilebilmesi için yeterli değildi. *Imperium* yetkisinin geçiş sürecinin tamamlanması için son aşama olarak *Comitia*'nın ilahi gücü doğrulamak için toplanması ve ikinci kez bir oylama yapması gerekirdi. *Comitia Curiata* ilk oylama ile sadece ardıl olarak belirlenen adayın uygun olup olmadığı yönünde iradesini açıklamış olurdu ve bu oylama ardıla krallık yetkilerinin verilmesi için yeterli değildi. Bu nedenle, *imperiumun* krala bahşedilmesi için ikinci bir oylama gerekmektedir.⁶⁴

Ardıl olarak uygun bulunan kişi ilk *auspicia* ve *inauguratio* yoluyla tanrıların onayını aldıktan sonra gerçekleştirilen ilk *comitia* toplantısında şu so-

⁶² Smith, 1875, s. 992; Liv. I.18; Plut. Num. 7; William Ramsay, *A Manual of Roman Antiquities.*(Londra: Charles Griffin and Company, 1901.), s. 167.

⁶³ Aşkit, 2011: 23; Plut. Num. 7.2 Plut. Num. 7.3.

⁶⁴ Smith, 1875, s. 992.

ruyu sorardı: “*Populusun* kral olarak belirlediği benim, sizler üzerinde *imperium* yetkisini kullanmasını hukuka uygun ve adil olarak görüyor ve buna rıza gösteriyor musunuz?”⁶⁵ *Comitia Curiata* bu soruya olumlu cevap verirse bu karara *lex curiata de Imperio* deniyordu. *Lex Curiata de Imperio* ile mülki, idari, askeri, kazai ve icrai yetkilerin toplamı olan *imperium* yetkisinin krala ait olduğu tanınırdı ve böylece ardıla *imperiumun* bahşedilmesi işlemi tamamlanmış olurdu. *Lex Curiata de Imperio*, halk meclisinin krala itaat edeceklerine, onun egemenliğini tanıdıklarına ilişkindir.⁶⁶

2.6. *Auctoritas Patrum* Aşaması

Lex Curiata de Imperio, *Senatus*'un *auctoritas patrumu* ile yürürlüğe girdi. *Senatus auctoritas patrum* ile bu kanunu onayladı. Bu işlemde sonra da aday, *interrex* tarafından kral ilan edilirdi.⁶⁷

Sonuç

Roma Krallık Dönemi'ne ilişkin gözden geçirdiğimiz kaynaklardan öncelikle şu sonuca varılabilir. Bu dönemde kralların belirlenmesinde veraset ilkesi belirleyici olmamıştır. Buna karşın kralın seçiminde çağdaş anlamda demokratik bir seçimden de bahsetmek zordur. Kralların iktidara taşınmasında demokratik bir seçimden çok, *Senatus*'ta temsil gücünü bulan toplumun ileri gelenlerinin bir uzlaşmaya varmak suretiyle belirli bir kişi üzerinde anlaşmasından bahsedilebilir. Üzerinde uzlaşmaya varılan kral adayına ilişkin gerçekleştirilen *Comitia Curiata* oylaması ile sonrasında *imperium* yetkisinin verildiği *lex curiata de imperio* kararı da önceden belirlenmiş bu kral adaylarının toplumsal meşruluğunu güçlendirmek için gerçekleştirilen coşkulu bir törene benzemektedir. Yine de belirtmek gerekir ki kaynakların sınırlılığı yüzünden bu konuda kesin bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Öte yandan Roma kralının belirlenmesi usulünün kendine has özellikleri olan karma bir usul olduğunu söyleyebiliriz.

KISALTMALAR

Bkz.: bakınız

Cic.: Marcus Tullius Cicero

Cic. de Rep.: Cicero, de Republica

Dion. Hal.. Dionysius Halicarnassus

⁶⁵ Botsford, 1909, s. 183.

⁶⁶ Cic. de Rep. II.13, 17, 18, 20, 21; Smith, 1875, s. 992; Abbott, 1901, s. 14.

⁶⁷ Greenidge, 1901, s. 49

dn.: Dipnot
 Liv.:Titus Livius
 MÖ.: Milattan Önce
 Plut. Rom.: Plutarch, Romulus
 Plut. Num.: Plutarch, Numa
 s.: Sayfa

KAYNAKÇA

- Abbott, Frank Frost. *Roman Political Institutions*. Boston ve Londra: Ginn&Company Publishers, 1901.
- Akşit, Çağatay. «Auspicium Et et Imperium: Roma Cumhuriyet Döneminde İç Siyaset Ve ve KehanetAnkara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskiçağ Dilleri ve Kültürleri Anabilim Dalı, Latin Dili ve Edebiyatı Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi.» Ankara, 2011.
- Anthon, Charles. *A manual of Roman Antiquities*. New York: Harpes Brothers, 1851.
- Berger, Adolf. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953.
- Bobbio, Norberto. *Democracy and Dictatorship: The Nature and Limits of State Power*. Translated by Peter Kennealy. Cambridge: Polity Press, 1989.
- Botsford, George Willis. *The Roman Assemblies: From Their Origin to The End of the Republic*. New York: The Macmillian Company, 1909.
- Burgess, Glenn. «The Divine Right of Kings Reconsidered.» *The English Historical Review* 107, no. 425 (1992): 837-861.
- Cornell Tim ve John Matthews, *Roma Dünyası*, İstanbul: İletişim Yayınları, 1988
- Erdoğan, Belgin. *Roma Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Figgis, John Neville. *The Divine Right of Kings*. Edinburgh (e.t.c.): Cambridge University Press, [1896]1914.
- Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi II*. Bursa: Ekin, 2011.
- Greenidge, A. H. J. *Roman Public Life*. New York: Mac Millian Company, 1901.
- Homo, Leon. *Roman Political Institutions: From City to State*. Londra: Routledge , [1929] 1962.
- Hooke Nathaniel, *The Roman History from the Building of Rome to the Ruin of the Commonwealth*.4. basım 1. cilt London; Tonson, 1766
- İhne, Wilhelm. *Researches Into the History of the Roman Constitution*. Londra: William Pickering, 1853.

- Koptev, Aleksandr. «The Five-Day Interregnum In The Roman Republic.» *The Classical Quarterly* 66, no. 1 (2016): 205–221.
- Lintott, Andrew. *The Constitution of the Roman Republic*. Oxford University Press, 1999.
- Livius, Titus. *History of Rome*. Çeviren: Rev. Canon Roberts. London: J.M. Dent and Sons, 1905. [livius.org]
- Livius, Titus. *Roma Tarihi. I-X; XXI-XLV sayılı ilk 22 kitap*. Çeviren: Sabahat Şenbark. İstanbul: Arkeoloji ve Sanat Yayınları, 1992–2002.
- Lowenstein, Karl. *The Governance of Rome*. Hague: Martinus Nijhoff, 1973.
- Okandan, Recai Galip Roma Amme Hukuku, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1944.
- Palmer, Robert E. A. *The Archaic Community of the Romans*. Londra: Cambridge University Press, 1970.
- Plutark, Ünlü Yunanlı ve Romaluların Yaşamları, *Likurgus ve Numa Pompilius*, İstanbul: İdea, 2011.
- Plutark, Ünlü Yunanlı ve Romaluların Yaşamları, *Theseus-Romulus*, İstanbul: İdea, 2011.
- Plutrakhos, *Theseus-Romulus, Paralel Hayatlar*, İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2015.
- Ramsay, William. *A manual of Roman Antiquities*. Londra: Charles Griffin and Company, 1901.
- Smith, William. "Rex" *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, John Murray, London, 1875. 1875.
http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Rex.html (erişildi: Aralık 12, 2017).
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku Lüğati*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975.
- Umur, Ziya. *Roma Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

*ESKİ ROMA'DA ÜRÜN FİYATLARINI SINIRLAYAN DÜZENLEMELER

(PROVISIONS LIMITING PRODUCT PRICES IN ANCIENT ROME)

Prof. Dr. Diler TAMER* **

ÖZ

Roma'da yoksul halkı tüccarların kötü niyetli girişimlerinden koruyabilmek için çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Bunlar arasında özellikle *Lex Iulia de Annona* ile *Edictum de pretiis rerum venalium* dikkat çekicidir. Düzenlemelerin iyiniyetli girişimler olarak kabul edilmesi mümkün olsa bile, amaçlarına ulaşabildiği söylenemez.

Anahtar Kelimeler: *Lex Iulia de Annona*, *Edictum de pretiis rerum venalium*, *Lex Sempronia Frumentaria*

ABSTRACT

Several prohibitions were introduced in Rome in order to protect poor people from malicious attempts of merchants. Especially *Lex Iulia de Annona* and *Edictum de pretiis rerum venalium* among them were remarkable. Even though the protections offered by the Roman law can be considered as well-intended attempts, it is hard to say that could achieve their aims.

Key words: *Lex Iulia de Annona*, *Edictum de pretiis rerum venalium*, *Lex Sempronia Frumentaria*

Rekabet hukuku günümüzde, diğer hukuk alanlarıyla karşılaştırıldığında yeni sayılabilecek bir disiplindir. Bununla birlikte, rekabete aykırı davranışların tarihi ticaretin kendisi kadar eskilere dayanır. Bu durumun doğurduğu olumsuz sonuçların ortadan kaldırılabilmesi için çağlar boyunca çeşitli tedbirler uygulanmıştır.¹ Ticari tekel sahibinin piyasadaki tek satıcı olması sebebiyle fiyatları dilediği gibi kararlaştırarak kazancını artırması, sebep olduğu pek çok olumsuz sonuçla birlikte tüketicilere büyük zarar

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 22.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 22.01.2018.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2303-2086

¹ Ateş, M. **Rekabet Hukukuna Giriş**, 2013, s.41; Bazı kişiler, Thales'in yılın yağışlı ya da kurak geçeceğine dair hava durumu tahminlerine dayanarak, Milet ve Sakız adası civarındaki tüm zeytinlikleri kiralamış ve bölgeyi büyük bir zeytin metropolü haline getirmiştir.

vermiş, ürünlerin kalitesinin fiyatlarla orantılı olarak artmadığı da türlü örneklerde görülmüştür. Farklı fiyatlardan ürün sağlama olanağı bulamayan tüketicilerin malın kalitesini sorgulama şansı olmamış, yaşanan acı deneyimler, tekelin önlenmesi ve rekabetin sağlanması amacıyla tedbir alınması zorunluluğunu doğurmuştur.

Roma'da, MÖ 18'de kabul edilen *Lex Iulia de Annona* ticari tekellere yol açan davranışları önlemeye yönelik ilk girişimlerden biri olarak kabul edilir². Kanun yiyeceklerin fiyatlarını artırmak amacıyla tahıl yüklü gemilerin yolculuğunu engelleyenlere ağır cezalar öngörürken, MS 301 yılında Diocletianus tarafından kabul edilen *Edictum de pretiis rerum venalium* ile tüketicileri korumak amacıyla azami fiyat tarifesi hazırlanmış ve fiyatları etkileyecek şekilde piyasadan mal çekenler için ölüme varan cezalar öngörülmüştür. İmparator Zeno tarafından MS 483 yılında yayımlanan ve imtiyaz sahibi kişilerin ticareti kısıtlayacak faaliyetlerini yasaklayan emirname de bu süreçte alınan pek çok önlem arasında öne çıkmaktadır³.

² Yiyecek maddelerinin fiyatlarında veya satış ve nakliyelerinde hile yapan esnafa karşı Augustus'un çıkardığı kanun, Umur, Z., **Lugat**, 1983, s.119; Berger, A., **Encyclopedic Dictionary of Roman Law**, 1991, s.553

³ C.4.59. De monopoliiis et de conventu negotiatorum illicito vel artificum ergolaborumque nec non balneatorum prohibitis illicitisque pactionibus., C.4.59.2pr.: Imperator Zeno Iubemus, ne quis cuiuscumque vestis aut piscis vel pectinum forte aut echini vel cuiuslibet alterius ad uictum vel ad quemcumque usum pertinentis speciei vel cuiuslibet materiae pro sua auctoritate, vel sacro iam elicito aut in posterum elicendo rescripto aut pragmatica sanctione vel sacra nostrae pietatis adnotatione, monopolium audeat exercere, neve quis illicitis habitis conventionibus coniuraret aut pacisceretur, ut species diversorum corporum negotiationis non minoris, quam inter se statuerint, venundentur., C.4.59.2.1: Imperator Zeno Aedificiorum quoque artifices vel ergolabi aliorumque diversorum operum professores et balneatores penitus arceantur pacta inter se componere, ut ne quis quod alteri commissum sit opus impleat aut iniunctam alteri sollicitudinem alter intercapiat : data licentia unicuique ab altero inchoatum et derelictum opus per alterum sine aliquo timore dispendii implere omnique huiusmodi facinora denunciandi sine ulla formidine et sine iudiciariis sumptibus., C.4.59.2.2: Imperator Zeno Si quis autem monopolium ausus fuerit exercere, bonis propriis spoliatus perpetuitate damnetur exilii., C.4.59.2.3: Imperator Zeno Ceterarum praeterea professionum primates si in posterum aut super taxandis rerum pretiis aut super quibuslibet illicitis placitis ausi fuerint convenientes huiusmodi sese pactis constringere, quinquaginta librarum auri solutione percelli decernimus : officio tuae sedis quadraginta librarum auri condemnatione multando, si in prohibitis monopoliiis et interdictis corporum pactionibus commissas forte, si hoc evenerit, saluberrimae nostrae dispositionis condemnationes venalitate interdum aut dissimulatione vel quolibet vitio minus fuerit executum.; Codex, <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex4.shtml> (Erişim Tarihi 15.09.2017); Cowen,

Başlangıçta ekonomisi hayvan yetiştiriciliği ve ilkel tarıma dayalı Roma, zamanla topraklarını genişletirken Senatus sınıfına ayrıcalıklar tanınmış, büyümeye paralel olarak nüfusu ve ticari ilişkileri artan Roma'nın buğday ihtiyacı yeni buğday alanlarına ihtiyacı artırarak savaşları tetiklemiş⁴, ele geçirilen topraklar ve ganimetlerle birlikte yeni yatırım ve iş olanakları, vergi gelirlerinin artmasını sağlamıştır. Ticaret yapmaları yasaklanmış olan Senatus sınıfı ele geçirilen topraklardan aldığı büyük payla zenginliğini ve Roma devleti üzerindeki gücünü korurken, ticaretin gelişmesi yeni zengin bir sınıfa ortaya çıkarmış, iki sınıf arasındaki güç çatışması Cumhuriyet rejiminin çökmesine yol açmıştır. Roma'nın elde ettiği büyük zenginliğe karşın çeşitli nedenlerle paranın değerinin düşmesi, fiyatların kontrol edilemez şekilde yükselmesine de neden olmuştur. Roma kendine yeterli bir ekonomiden dünya ticaretine hâkim duruma geçerken ekonominin büyük ölçüde ithalata dayalı oluşu, üretimin azlığı, alış verişin özellikle savaşlardan elde edilen altına bağlı olarak gerçekleştirilmesi, zamanla sosyal dengeyi bozmuş, savaş ekonomisine dâhil olmayan küçük toprak sahipleri topraklarını elden çıkarmak zorunda kaldıklarından güçlü sınıfların rekabeti karşısında *proletarius*'a (ayaktakımı) dönüşmüştür.⁵ Sosyal gruplar arasındaki uyumsuzluğu çözebilmek,

DV., Ancient Origins of Competition Law, 38 vd.; <http://www.sabar.co.za/law-journals/2007/august/2007-august-vol020-no2-pp38-41.pdf> (Erişim Tarihi 15.11.2017); Mertens, B., **Im Kampf gegen die Monopole**, 1996, s.23

⁴ Milattan önceki birinci yüzyılda Roma nüfusunun 1 milyona yakın olduğu yıllık en az 400.000 ton buğdaya ihtiyaç duyulduğu kabul edilmektedir., Sukacic, M.; **Consumer Protection In Ancient Rome – Lex Iulia de Annona And Edictum de Pretiis Rerum Venalium As Prohibitions Of Abuse Of Dominant Position**, 22nd International Scientific Conference on Economic and Social Development, “The Legal Challenges of Modern World”; Editors: Zeljko Radic, Ante Roncevic, Li Yongqiang, 2017, s. 107

⁵ Tahiroğlu, B., **Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri**, İ.Ü.H.F.M., C.XLV-XLVII Atatürk'e Armağan'dan ayrı basım, 1982, s.677 vd.; Umur, Z., **Roma Hukuku**, 1979, s.76 vd., Lügat, s.172

halkın sefaletten kurtulmasına yardımcı olmak ve yolsuzlukları engelleyebilmek için tedbir almak zorunda kalınmış⁶, Roma'nın ihtiyaç duyduğu buğdayın sağlanması *civitas*'ın asli görevlerinden biri olarak kabul edilmiştir⁷.

Buğdayın üretildiği bölgelerden Roma'ya getirilişi ilkçağda korsanlık ya da fırtına gibi pek çok zorluğun yenilmesine bağlıdır. Yeterli ölçüde tahıl sağlanamadığında fiyatlar kaçınılmaz olarak yükseldiğinden öncelikle korsanlıkla mücadele edilmiş, günümüzün deniz sigortalarına örnek olduğu kabul edilen *fenus nauticum* ile kayıp riski azaltılmaya çalışılmıştır.⁸ Yoksul insanlara buğday dağıtarak kazandıkları güçle *civitas*'a karşı tehdit oluşturanların engellenebilmeleri için buğday temin ederek kontrollü olarak dağıtılmasını sağlama zorunluluğu doğmuş ve *annona* olarak adlandırılan fiyatların makul seviyede tutulması konusunda *aedilis curulis* adı verilen magistralar görevlendirilmiştir.⁹

⁶ Altın değerinin düşüşünün engellenmesi için, MÖ168'de Makedonya madenin kapatılması, Verceil altın madeninde işçi sayısının sınırlanması, İtalya'da yeni maden aramanın engellenmesi, vatandaşlardan vergi alınmasından vazgeçilmesi bu tedbirler arasında sayılabilir. Tahiroğlu, s.686; Diğer düzenlemeler için bkz. Smith, W., **Fumentariae Leges, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities**, John Murray, 1875, s.549, http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Fumentariae_Leges.html (Erişim Tarihi 09.11.2017)

⁷ İmparatorluk devrinde Roma'da bu görev İmparatorundur. Diğer şehirlerde görev şehir magistraları tarafından yürütülür., Rostovtzeff, M., **Social and Economic History of the Roman Empire**; Vol.1,1998, s.101,145; Yöneticilerin görevi, buğday pazarına bakmak, düzgün yürütüldüğünden emin olmak ve onu makul fiyatlarla halka satmaktır.; ...Bu köleler için açlıktan ölecekleri anlamına geliyordu. Plepler için de durum farklı değildi. Bu durumda consüllerin buğday satın almak için temsilcilerini her tarafa göndermeleri gerekiyordu... Açıkça görüldüğü gibi düşünüyorum ki, tribunusluk otoritesinden Plepleri çıkarmak ve onların isteksiz bir biçimde kabul ettikleri şartlar gibi, böyle durumlarda buğday fiyatlarını indirmek, senatörlerin yetki ve selahiyetleri içine girmektedir. , Titus Livius, **Roma Tarihi-Şehrin Kuruluşundan İtibaren**, Kitap 2,34, çev. Şenbark, S., 1994, s.63,64

⁸ Tamer, D, **Roma Hukukunda Sigorta**, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIV, S.1, 2017, s.93

⁹ Liv. II.9, 34, IV.12, 52, X.11, &c., XXVI.40; Cic. pro Dom. 5; MS 6'da yaşanan bir kriz sonrasında erzak tedariki ile görevli olarak praefectus *annonae* makamı kurulmuş. Onun gözetiminde *cura annonae*'ler görev yapmıştır.; Goodman, M., **The Roman World 44 BC-AD 180**, 1997, s.98,126; Rostovtzeff, s.394; Berger, s.363; Cicero'nun çeşitli konuşmalarında hemen hemen tüm vilayetlerin, devlet hazinesinden doğrudan ödenen sabit fiyatlarla ürün sunmakla yükümlü oldukları söylenmektedir. (Cicero, Verr. III.70, V.21); Sukacic, s. 109; Smith, s.548 vd.

Vatandaşlara ücretsiz tahıl dağıtımını ile ilgili ilk yasa MÖ 123 yılında Caius Sempronius Gracchus tarafından kabul edilen *Lex Sempronia Frumentaria*'dir¹⁰. Yasa ile her vatandaşın alacağı aylık tahıl miktarı ile fiyatı belirlenmiştir.¹¹ MÖ 100 yılında kabul edilen *Lex Appuleia* ve MÖ 91 de kabul edilen *Lex Livia* ile buğday fiyatı yeniden belirlenmiştir, ancak bu yasalara devletin hazinesini boşaltacağı ileri sürülerek şiddetle karşı çıkıldığından yürürlüğe girip girmedikleri de bilinmemektedir.¹² Amaç vatandaşların korunması olsa da; *civitas*'ın ürünleri piyasa fiyatından alıp daha aşağı bir fiyattan ya da Caesar'ın MÖ 58 yılındaki consüllüğü sırasında yaptığı gibi ücretsiz dağıtması tüm toplum için yıkıcı sonuçlar ortaya çıkarmıştır.

Caesar'ın ölümünden sonra İmparator unvanı verilen Augustus buğday alıcılarının sayısını önce artırmış, ancak MÖ 2'de yeniden azaltarak sayıyı 200.000'e indirmiştir. Vatandaşları korumak amacıyla kurallar koyduğunu anlatan Augustus¹³M.Ö. 18'de *Lex Iulia de Annona* adında bir yasa yayınlamıştır¹⁴. Sözü edilen yasanın orijinal metni günümüze ulaşmamakla birlikte, hukukçular Marcianus ve Ulpianus tarafından yazılan ve *Digesta*'da yer alan birkaç parçadan bilgi edinilebilmektedir.

D.48.12.2 Ulpianus libro nono de officio proconsulis. *Lege iulia de annonae poena statutur adversus eum, qui contra annonam fecerit societatemve coierit, quo annonae carior fiat. 1-*

¹⁰ Johnson, B., *The Dream of Rome*, 2006, s.137; Berger, s.478, Umur, s.83

¹¹ Liv. *Epit.* 60; Appian, *B. C. I.*21; p549; Plut. *C. Gracchus*, 5; Vell. Pat. II.6; Cic. *pro Sext.* 48, Smith, s.549; Bu konu farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Plutarchos, buğdayın sadece fakir vatandaşlara satıldığını düşünürken, Cicero belirtilen şartlarda servete bakılmaksızın tüm hür nüfusa satıldığını iddia etmiştir. Bu çözümün düzenli buğday dağıtımının sıradan bir uygulama olduğu Yunan kent devletlerinden örnek alındığı düşünülmektedir, Gracchus'un da Yunanistan'da eğitim almış olduğu bilinmektedir.; Sukacic, s. 109

¹² Dio Cass XLIII.21; Smith, s.548; Sukacic, s.109; Caesar devletten karşılıksız veya sabit fiyatla buğday alanların sayısını yarı yarıya azaltmışken Augustus yeniden yükseltmişti. Serbest buğday hakkına sahip kişiler, *tesseræ nummariae* veya *frumentariae* adı verilen kuponlarla üzerinde yazılı miktarı alabiliyordu (Suet., 40. Aug, 42, Nero, 11); MS 3.yüzyılda Septimius Severus buğday dağıtımına günlük ve ücretsiz zeytinyağını eklemiş, zaman zaman et dağıtmıştı, Aurelius'un ise halkı memnun etmek için ekmeğe zeytinyağı, et, tuz, şarap hatta gömlek ve mendil dağıttığı da bilinmektedir. Bunların iktisadi sonuçları çok kötü olacaktır., Rostovtzeff, s.101 dip.27; Tahiroğlu, s.690-691;

¹³ Bu konulara *Monumentum Ancyranum*'da da yer verilmiştir. Smith, s.550

¹⁴ Sukacic, s.110 "*Annona*" sözcüğü Latince'de farklı anlamlarda kullanılır Burada yıllık tahıl üretimi ve Roma kentine sunulması anlamında kullanılmıştır. Terim ayrıca aynı olarak ödenen bir vergi ile verginin toplanması ve yeniden dağıtılmasıyla ilgili merkezi bir otoriteyi de gösterir.

Eadem lege continetur, ne quis navem nautamve retineat aut dolo malo faciat, quo magis detineatur: 2-Et poena viginti aureorum statuitur.

“D.48.12.3 Papirius Iustus libro primo de constitutionibus. Imperatores antoninus et verus augusti in haec verba rescripserunt: " minime aequum est decuriones civibus suis frumentum vilius quam annona exigit vendere. ”

“D.48.12.2 Ulpianus’un proconsül’ün görevleri hakkında 9. kitabından. Iulia yasası uyarınca malların fiyatını artıracak herhangi bir işlem yapan veya bu amaçla bir birlik oluşturan, kişiye karşı bir ceza öngörülür. (1) Hiç kimse- nin bir gemiyi veya gemiciyi engellememesi veya gecikmeye yol açabilecek herhangi bir fiili kötü niyetle yerine getirememesi sağlanır(2) Verilen ceza yirmi aureo para cezasıdır.”

“D.48.12.3 Papirius Iustus’un emirnameler hakkında 1. kitabından. Aynı şekilde herhangi bir şehrin magistralarının aldıkları ürünün fiyatını belirle- meye haklarının olmadığını söylediler. ;”

“D. 47.11.6pr. Ulpianus libro octavo de officio proconsulis.

Annonam adtemptare et vexare vel maxime dardanarii solent: quorum avaritiae obviam itum est tam mandatis quam constitutionibus. mandatis denique ita cavetur: " praeterea debebis custodire, ne dardanarii ullius mercis sint, ne aut ab his, qui coemptas merces supprimunt, aut a locupletioribus, qui fructus suos aequis pretiis vendere nollent, dum minus uberes proventus expectant, annona oneretur". poena autem in hos varie statuitur: nam plerumque, si negotiantes sunt, negotiatione eis tantum interdicitur, interdum et relegari solent, humiliores ad opus publicum dari. ;”

“D.47.11.6pr. Ulpianus’un proconsülün görevleri hakkında 8.kitabından Gıdaların fiyatını yükseltmek için her fırsatı değerlendirenlere "*dardanarii*" denir¹⁵ ve onların açgözlülüklerinin bastırılması için İmparator Beyanname- leri veya Emirnameleri yayınlanmıştır. Kararnamelerde şu şekilde belirtilmiş- tir: "Ayrıca, herhangi bir **dardanarii** bulunmadığına ve satın aldıkları eşya- ları depolamaya yönelik tedbirleri almadıklarına dikkat etmelisiniz; ya da daha zengin olanlar verimsiz bir mevsim beklentisiyle mallarını makul fiyat- larla satmak konusunda isteksiz olmamalıdır, dolayısıyla yiyecek fiyatında artış olmamalıdır". Bununla birlikte, bu insanlara uygulanan cezalar büyük oranda değişir; genel olarak, tüccarlar olanlar, yalnızca ticaretten yasaklana- bilir, bazen de sınırdışı edilirler, ancak aşağı sınıftan olanlar kamu hizmeti yapmaya mahkum edilirler.”

¹⁵ Plinius, **Historia Naturalis.**, XXX.9; D.47, 11.6 ; Berger, s. 424

Ulpianus, *Lex Iulia de Annona*'da, buğdayın ve hububatın fiyatını arttıracak herhangi bir hareketi gerçekleştiren ya da herhangi bir birliğe dâhil olan kişiye karşı ceza önerildiğini belirtmiştir(D.48,12,2). Hiç kimse bir gemiyi veya gemiciyi durduramayacak veya ertelemeye neden olabilecek herhangi bir fiili gerçekleştiremeyecektir. (D.48,12,2) Yasa ile yalnızca para cezası öngörülmüştür. Iustinianus'un *Institutiones*'inde buğday fiyatını yükseltmek için yasadışı hareketleri yasaklayan *Lex Iulia de Annona*'nın söz konusu eylemleri yapan kişilere karşı özel bir kovuşturma yürütüldüğünü anlatan bir bölüm yer almıştır:

“I. 4,18,11 Sunt praeterea publica iudicia lex Iulia ambitus et lex Iulia repetundarum et lex Iulia de annona et lex Iulia de residuis, quae de certis capitulis loquuntur et animae quidem amissionem non irrogant, aliis autem poenis eos subiciunt, qui praecepta earum nexlexerint.”

“I.4.18.11 Amme davaları arasında şunlar da vardır: *Lex Iulia de ambitu* (Aldatmalara dair Iulia kanunu), *lex Iulia repetundarum* (suiistimallere dair Iulia kanunu), *lex Iulia de annona* (gıdalara dair Iulia kanunu), *lex Iulia de residuis* (hesap suiistimallerine dair Iulia kanunu). Bunlar hususi hallere müteallik olup, hilafına hareket edenlere ölüm cezası değil, başka cezalar verilir.¹⁶”

Bu bilgilerle Augustus tarafından alınan önlemlerin sonuçları belirlenebilir. Augustus, buğdayın ücretsiz dağıtılmasının halkın sevgisini ve bağlılığını kazanmasındaki etkisini başarıyla değerlendirmiştir. Ancak bunun sürekli olarak uygulayabilmesi olanaksız olduğundan buğday fiyatları ile ilgili farklı düzenlemelere başvurmuştur. Sistem kötü niyetli girişimlere ve spekülasyonlara çok açıktır. Cezaların görece hafifliği de yasanın amacına ulaşmasına engel olmuştur. Genel olarak suçları ağır yaptırımlara bağlayan Roma'da, bu yasaya aykırı davranışların cezasının bu denli hafif belirlenmesi, yasanın gerçek amacının ne olduğu konusunda düşünmeyi gerektirmektedir.

Lex Iulia de Annona, daha önceki düzenlemelerde olduğu gibi, satış konusunda deneyimli tüccar/satıcıya karşı, sözleşmenin zayıf tarafı alıcıyı korumaya çalışmaktadır. Buğday dağıtımını geleneği ve azami fiyat sınırlamaları

¹⁶ Institutiones, çev. Umur, Z., 1968, s.373

Augustus'tan sonraki İmparatorlar tarafından da sürdürülmüştür. İmparatorlar, halka dağıtılan tahıl kuponlarının (*frumentariae*) serbestçe el değiştirmesini de kabul ederek, buğday hakkı ile ilgili yasal işlemlere izin vermiştir. Bunu bir *Digesta* metninde buluyoruz. Paulus "**Lex Iulia et Papia**" hakkındaki parçasında, Titius'a verilen tahıl kuponunun değerinin ölümünden sonra halefi olan herkese ödenebileceğini söylemiştir.¹⁷

Ekonomik krizler Cumhuriyet rejiminin yerini İmparatorluk rejimine bırakmasından sonra da devam etmiş, İmparatorluğun siyasi, dini ve iktisadi alanda yaşadığı krizler 3. yüzyılda doruk noktasına ulaşarak MS 476 yılında İmparatorluğun batısının Barbarların eline geçmesine yol açmıştır. MS 3. yüzyılda paranın değerinin kontrol edilemez şekilde düşmesiyle¹⁸, hazine gelirleri masrafları karşılayamaz duruma gelince, ücretler para yerine ekmek, zeytinyağı benzeri ürünler dağıtılarak ödenmeye başlanmış, devletin bu ürünler için sabit fiyat belirleme zorunluluğu ortaya çıkmıştır.¹⁹ Paranın değer kaybı, kaçınılmaz şekilde fiyatların yükselmesinin yanında, yiyecek fiyatlarında vurgunculuğu doğurmuş, 301 ve 362 yıllarında fiyatların sabitlenmesi yönünde kararlar alınmıştır.²⁰

Edictum de Pretiis Rerum Venalium, MS 301 yılının 20 Kasım ve 10 Aralık tarihleri arasında İmparator Diocletianus tarafından imparatorluğun her iki bölgesinde de uygulanmak üzere yayınlanan ve 1.400'den fazla ürün, hammadde, iş gücü ve emek için azami fiyat öngören bir *edictum* (beyanname)dir²¹. Metnin tamamı orijinal biçimiyle korunmamıştır, ancak çoğu eski Roma İmparatorluğunun doğusunda çok sayıda epigrafik kanıt

¹⁷ D.39,49,1 *Paulus, libro quinto ad legem Iuliam et Papiam, Si titio frumentaria tessera legata sit et is decesserit, quidam putant extingui legatum: sed hoc non est verum, nam cui tessera vel militia legatur, aestimatio videtur legata.*

D.39.49.1 Paulus'un *Lex Iulia et Papia* hakkında 5. kitabından, eğer kendisine tahıl kuponu verilen Titius ölürse, bazıları mirasın ortadan kalkacağını söyler. Ancak bu doğru değildir, birine bir kupon ya da pay verilmişse verilenlerin değeri miras olarak kalır.

¹⁸ Çağımızda dolaşımdaki para miktarının üretim seviyesine ve mal arzına oranla ölçsüz artış göstermesi anlamında kullanılan "enflasyon" sözcüğü "*Inflatio*" Latince'de "şişme" anlamına gelir.

¹⁹ Tahiroğlu, s.694

²⁰ Tahiroğlu, s. 697

²¹ **Der Maximaltarif des Diocletian Edictum Diocletiani de pretiis rerum venalium**, <http://www.unquotebooks.com/download/der-maximaltarif-des-diocletian-edictum-diocletiani-de-pretiis-rerum-venalium/>(Erişim Tarihi 10.10.2017); Kunkel, W., **An Introduction to**

ele geçmiştir. Edictum iki kısımdan oluşmaktadır. İlk bölümde (giriş-*prae-fatio*) yasanın nedenleri açıklanmış, ikinci bölümde ise ürünlerin azami fiyatları gösterilmiştir²².

Diocletianus'un fiyat listesinin ilk sırasına buğdayı koyması, beyannamenin amacına uygundur. Buğday halk için birinci derecede önemli bir yiyecektir ve yokluğu insanları diğer pek çok maddeye göre çok daha fazla etkilemiştir. Bu durumdan yararlanan kötü niyetli tüccarları engellemek, kendinden önceki pek çok yönetici gibi Diocletianus için de öncelik taşımış olmalıdır. Ancak tüm örnekler bu yönde yapılan düzenlemelerin tüketicileri tüccarların haksız girişimlerinden korumak için son derece yetersiz bir araç olduğunu göstermiştir. Sorunları ortaya çıkaran diğer tüm faktörler göz ardı edilerek, sırf fiyatların sınırlandırılmasıyla fiyat artışlarının durdurulabileceğini düşünmek, girişimler iyiniyetle gerçekleştirilse bile başarısızlıkla sonuçlanmalarına neden olmuştur.

Edictum de Pretiis Rerum Venalium kılığın ve fiyat yükselişinin devletin sert müdahalesi ile önlenilebileceğinin sanıldığını göstermektedir. Diocletianus'un bütün kötülükleri tüccarların para hırsına atfeden uzun ve sert ifadelerden sonra, yeryüzünde mevcut bütün malların fiyatlarını ve hatta el emeklerinin ücretlerini tespit ederek, stok yapanlar, fazla fiyat isteyenler ve ödeyenler için ölüm cezası öngörmesi ticareti güçleştirdiğinden mallar tamamen ortadan kalkmış, bir süre sonra *edictum*'un uygulanmasından tümüyle vazgeçilerek, tedbir alınırken tüccar ve esnafı kötülemekten başka yollara başvurmak gerektiği kabul edilmiştir.²³ MS 250 – 325 yılları arasında yaşamış olan yazar Lactantius'un "*De Mortibus Persecutorum*" adlı eserinde konu ile ilgili ayrıntılı bilgi bulunmaktadır. Lactantius, malların fiyatlarını sınırlamaya teşebbüs eden Diocletianus'u şiddetle eleştirirken, ölüm cezalarının, en ufak ihlallerde bile ortak bir yaptırım olduğunu, çok kan döküldüğünü, insanların

Roman Legal And Constitutional History, 1973, s. 218; Edictum'un Roma'nın her iki tarafında da uygulanmak üzere kabul edildiği belirtilmiş olsa da, İmparatorluğun batısında uygulanabildiğine dair bir işaret görülmemektedir.

²² Umur, Lügat s.63 İmparatorluğun her iki muntıkasına şamil olmak üzere neşredilmiş bu emirnamenin uygulanması mümkün olmamıştı.; Gerekli ve lüks şeylerle birlikte bazı hizmetlerin, mesela avukat, doktor ve gemicilerin ücretleri de belirlenmiştir. Ücretler orijinal değerleri 1/24 oranında indirilerek sabitlenmiştir., Berger s. 449

²³ Tahiroğlu, s. 697,698; Emirname 4 çeşit zeytinyağı için veya farklı büyüklükteki limonlar için farklı fiyatlar öngörmüştür. Mermer ustalarının ücretleri taş ustalarından daha fazladır., Umur, Roma Hukuku, s.137

korkudan bir şey satmak istemediklerini, Diocletianus'un "hastalığın, sefale-
tin yazarı ve elini uzattığı her şeyi mahveden kişi" olduğunu anlatmıştır.²⁴

Roma İmparatorluğunun tarihi boyunca, tahıl fiyatlarının sınırlanmasına yönelik bu çalışmada yer verilmeyen daha pek çok düzenleme bulunmaktadır. Ancak, gerek halka ücretsiz veya düşük bedelden tahıl dağıtılması, gerek ürünlerin azami fiyatlarının belirlenmesi, yoksul halkı, kötü niyetli tüccarlar-
dan korumak amacıyla gerçekleştirilmiş olsa bile, ne fiyat artışını engelleye-
bilmiş ne de yoksul vatandaşların korunmasını sağlayabilmiştir.

KAYNAKÇA

- Ateş, M., Rekabet Hukukuna Giriş, 2013,
 Berger, A., Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 1991
 Codex, <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex4.shtml> (Erişim Tarihi 15.09.2017)
 Cowen, DV., Ancient Origins of Competition Law, 38vd.; <http://www.sabar.co.za/law-journals/2007/august/2007-august-vol020-no2-pp38-41.pdf> (Erişim Tarihi 15.11.2017)
 Der Maximaltarif des Diocletian Edictum, Diocletiani de pretiis rerum venalium, [http://www.unquotebooks.com/download/der-maximaltarif-des-diocletian-edictum-diocletiani-de-pretiis-rerum-venalium/\(10.10.2017\)](http://www.unquotebooks.com/download/der-maximaltarif-des-diocletian-edictum-diocletiani-de-pretiis-rerum-venalium/(10.10.2017))
 Goodman, M., The Roman World 44 BC-AD 180, 1997
 Institutiones, çev. Umur, Z., 1968
 Johnson, B., The Dream of Rome, 2006
 Kunkel, W., An Introduction to Roman Legal And Constitutional History, 1973
 Lactantius, De Mortibus Persecutorum, VII <http://www.thelatinlibrary.com/actantius/demort.shtml> (Erişim Tarihi 21.10.2017)
 Mertens, B., Im Kampf gegen die Monopole, 1996
 Mommsen, T., Krueger, P., Watson, A., The Digest of Iustinian, 1985
 Rostovtzeff, M., Social and Economic History of the Roman Empire; Vol.1, 1998
 Sukacic, M.; Consumer Protection In Ancient Rome – Lex Iulia de Annona And Edictum de Pretiis Rerum Venalium As Prohibitions Of Abuse Of Dominant Position, 22nd International Scientific Conference on Economic

²⁴ Lactantius, **De Mortibus Persecutorum**, VII , <http://www.thelatinlibrary.com/lactantius/demort.shtml> (Erişim Tarihi 21.10.2017)

- and Social Development, “The Legal Challenges of Modern World”; Editors: Zeljko Radic, Ante Roncevic, Li Yongqiang , 2017,
- Tahiroğlu, B., Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri, İ.Ü.H.F.M., C.XLV-XLVII Atatürk'e Armağan'dan ayrı basım, 1982
- Smith, W., Frumentariae Leges, A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, John Murray, 1875,s.548,http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/secondary/SMIGRA*/Frumentariae_Leges.html (Erişim Tarihi 09.11.2017)
- Titus Livius, Roma Tarihi-Şehrin Kuruluşundan İtibaren, Kitap 2,34, çev. Şenbark, S., 1994
- Umur, Z., Roma Hukuku, 1979, s.76 vd.,
- Umur, Z., Lugat, 1983
- Tamer, D, Roma Hukukunda Sigorta, Y.Ü.H.F.D., C.XIV, S.1, 2017

#FRANSIZ HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA OTORİTESİ: CNIL

(THE FRENCH DATA PROTECTION AUTHORITY: CNIL)

Yrd. Doç. Dr. Çağla TANSUĞ* **

ÖZ

Türk hukukundaki “düzenleyici ve denetleyici kurumlar” listesine 2016 yılında katılan Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun Fransız hukukundaki muadili, “Commission nationale de l’informatique et de libertés” – CNIL – (“Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu”) adlı kurumdur. Fransız hukukunda “bağımsız idari otorite” statüsünde kurulan ilk kurum olan CNIL, 1978 yılındaki kuruluşundan bu yana kişisel verilerin korunması alanında yaklaşık 40 yıldır görev yapmaktadır.

Komisyonun oluşumuna ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, bağımsız ve tarafsız karar almayı sağlayacak önlemlerin yanı sıra, kadın ve erkek üyelerin sayısı bakımından temsilde eşitliğin sağlanması kaygısıyla da hareket edildiği görülmektedir. Görev ve yetkileri incelendiğinde ise, CNIL’in kişisel verilerin korunmasını sağlamaya yönelik, izin vermek, genel düzenleyici işlem yapmak, yaptırım uygulamak gibi yetkilerinin bulunduğu görülmektedir. Ancak bu yetkilerden çok daha dikkat çekici olan, teknolojik gelişmelerin kişisel veriler üzerindeki ileriye dönük etkisine ilişkin öngörülerde bulunma ve gerekiyorsa önlem alma amacıyla yürüttüğü faaliyetlerdir.

Anahtar kelimeler: Kişisel veri, Kişisel verilerin korunması kurumu, Düzenleyici ve denetleyici kurum, Bağımsız idari otorite, Fransa.

ABSTRACT

The Turkish "Board of Personal Data Protection" which joined the list of "regulatory and supervisory institutions" in Turkish law in 2016, is the equivalent of the institution named "Commission nationale de l'informatique et de libertés" - CNIL ("National Commission on Informatics and Freedoms") in French law. CNIL, being the first institution established under the "independent administrative authority" position in French law, has been serving in the field of personal data protection for 40 years since its foundation in 1978.

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 22.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 22.01.2018. Editör raporu ile onaylanma tarihi: 29.01.2018.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2243-7129

When the regulations on the formation of the Commission are examined, it is seen that, besides the measures taken to ensure the making of independent and impartial decisions, careful consideration is given to the ratio of male to female members in terms of maintaining gender equality in representation.

When its duties and authorities are examined, it is observed that CNIL has authorities such as empowering, performing general regulatory procedures and enforcing sanctions for the protection of personal data. However even more striking than these are the activities it carries out with the aim of foreseeing and when necessary, taking action on the effects of cutting-edge technological developments on personal data.

Keywords: *Personal data, Board of personal data protection, Regulatory and supervisory authority, Independent autonomous authority, France.*

GİRİŞ

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak, ulusal hukuklarındaki ilk düzenlemeleri 1970 yılında Almanya, 1973 yılında İsveç, 1974 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin yaptığı görülmektedir.¹ Bu düzenlemeleri, çıkardıkları kanunlarla 1977'de Kanada, 1978'de Fransa, aynı dönemde Danimarka, Norveç, İsviçre hukuklarında yapılan düzenlemeler takip etmiştir.²

Uluslararası alanda ise ülkemizin de üyesi olduğu İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 23.09.1980'de "Kişisel Alanın ve Sınır Aşan Kişisel Bilgi Trafikinin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler"³ kabul edilmiştir. Avrupa Konseyi'nce hazırlanan 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi⁴ 28.01.1981 tarihinde imzaya açılarak, ülkemiz tarafından da imzalanmıştır. Avrupa Birliği 24.10.1995 tarihinde "Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında

¹ KÜZECİ Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan, 2010, s.107-108.

² YÜKSEL CİVELEK Dilek, *Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi*, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, 2011, s.10.

³ *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*

(<http://www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/lignesdirectricesregissantlaprotectiondelaviepriveeetlesfluxtransfrontieresdedonneesdecaracterepersonnel.htm> son erişim: 10.11.2017).

⁴ *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* (<https://rm.coe.int/1680078b39> son erişim 07.11.2017).

Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafığı Direktifini”⁵ (95/46/EC sayılı Direktif) yürürlüğe koymuştur.⁶

Ne var ki bilgi ve iletişim teknolojileri alanında meydana gelen değişim ve gelişimin hızlı ve sürekli karakteri, kişisel verilerin işlenmesi, aktarılması, silinmesi, yok edilmesi, anonim hale getirilmesi gibi işlemler sırasında gerekli korumanın sağlanmasını zorlaştırmış, ilgili düzenlemelerin de bu değişime ayak uydurmasını⁷ zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda kişisel verilerin korunması, Avrupa Birliği Hukukunun yanı sıra ülkemizde de internetin yaygınlaştığı son on yıllarda önemli gelişmelerin meydana geldiği bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.

95/46/EC sayılı Direktif, kişisel verilerin kazara kaybını, yetkisiz kişilerin eline geçmesini, bu kişilerce hukuka aykırı biçimde imha edilmesini önlemek amacıyla uygun teknik ve kurumsal önlemlerin alınmasına yönelik hükümleriyle, uzun süre kabul gören bir çerçeve sunmuştur. Ne var ki 2012 yılı başında Avrupa Komisyonu, sosyal ağlar, bulut bilişim, lokasyon bazlı hizmetler gibi kişisel verilere erişimi, bunları toplama ve kullanma yöntemlerini değiştiren etkenler başta olmak üzere çeşitli sebeplerle, 1995 yılından beri uygulanmakta olan Direktifte benimsenen ilkelerin geliştirilmesi ve gelecekte bireylerin mahremiyet hakkını garanti altına alacak şekilde güncellenmesine yönelik bir reform gerçekleştirilmesini önermiştir.⁸ Bu noktadan hareketle başlayan çalışmalar sonucunda, AB Parlamentosu ve Konseyi’nin 27 Nisan 2016 tarih ve 2016/679 sayılı, 95/46/EC sayılı Direktifi Yürürlükten Kaldıran, Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Tüzük⁹ (2016/679 sayılı AB Tüzüğü) 25 Mayıs 2018’den itibaren tüm üye devletlerde doğrudan uygulanmaya başlanacak şekilde, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi’nde (JOUE) yayımlandığı 04.05.2016 tarihini takip eden 20 nci gün yürürlüğe girmiştir. 2016/679 sayılı AB Tüzüğü’nün yanı sıra, AB Parlamentosu ve Konseyi’nin

⁵ JOCE 23.11.1995-L 281 (<http://eurlex.europa.eu/> üzerinden son erişim 15.11.2017).

⁶ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 117, s.6 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> son erişim 06.11.2017)

⁷ KIRBY Michael, “*La protection de la vie privée et les Droits de l’homme à l’ère du numérique*” in *Les Droits de l’homme dans le cyberspace*, UNESCO - Economica, 2005, s.23.

⁸ AKINCI Ayşe Nur, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdikleri Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma Raporu – 6, T.C. Kalkınma Bakanlığı Yayın No:2968, 2017, s.4-5.

⁹ JOUE 04.05.2016-L 119 (eur-lex.europa.eu/ üzerinden son erişim 16.11.2017).

27 Nisan 2016 tarih ve 2016/680 sayılı, Konsey'in 2008/977/JAI Çerçeve Kararını Yürürlükten Kaldıran, Yetkili Makamlar Tarafından Suçun Önlenmesi, Soruşturulması, Tespiti veya Kovuşturulması veya Cezai Süreçlerin Yürütülmesi Amacıyla İşlenen Kişisel Verilere İlişkin Gerçek Kişilerin Korunmasına ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Direktifi¹⁰ (2016/680 sayılı Direktif) yürürlüğe girmiş, bu metnin üye ülkelerin iç hukuklarına aktarılması için kural olarak 6 Mayıs 2018'e kadar süre verilmiştir.

Ülkemizde ise 2010 yılında Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20 nci maddesine kişisel verilere ilişkin düzenleme içeren bir fıkra¹¹ eklenmiş olmasına karşın, kişisel verilerin korunmasına ilişkin alanı bütüncül olarak düzenleyecek bir kanun ile kişisel verilerin işlenmesi sürecini kontrol edecek ve denetleyecek bir kurumun¹² yokluğu uzun süre tartışılmıştır. On yılı aşkın sürede zaman zaman gündeme gelen ancak kanunlaşamayan tasarılarla birlikte¹³ hukuk sistemimizde var olan söz konusu boşluk, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 07.04.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla birlikte¹⁴ doldurulmuştur. Böylece Türk hukuk sistemi, amacı "kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları" düzenlemek (md.1) olan bir kanuna kavuşmuştur.

6698 sayılı Kanunun 19 uncu maddesiyle, "kanunla verilen görevleri yerine getirmek üzere, idari ve mali özerkliğe sahip ve kamu tüzel kişiliğini haiz Kişisel Verileri Koruma Kurumu" (KKVK) kurulmuştur (md.19). KKVK,

¹⁰ JOUE 04.05.2016-L 119 (eur-lex.europa.eu/ üzerinden son erişim 16.11.2017).

¹¹ 1982 Anayasası'nın 20 inci maddesine eklenen 3 üncü fıkra şöyledir: "(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir".

¹² Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayısı 117, s.5 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> son erişim 17.11.2017).

¹³ BAŞALP Nilgün, "Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.21, S.1, s.80.

¹⁴ 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanununun 8, 9, 11, 13, 14, 15,16, 17, 18 inci maddelerinin, anılan Kanunun Resmi Gazete'de yayımı tarihinden 6 ay sonra, diğer maddelerinin yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür (md.32).

Türk hukuk doktrini tarafından sıklıkla “bağımsız idari otoriteler”¹⁵ olarak adlandırılan kurumların birarada yer aldığı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (III) sayılı ve “Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar” başlıklı cetvelde de yerini bulmuştur. Diğer yandan, 6698 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmeliklerin KKKVK tarafından yürürlüğe konulacağı öngörülmüş (md.31), söz konusu yönetmeliklerin bir bölümü de 2017 yılının Ekim ve Kasım aylarında Resmi Gazete’de yayımlanmıştır¹⁶. Dolayısıyla, kişisel verilerin korunması konusunda artık hem gelişmekte olan temel bir hukuki çerçeve, hem de idari teşkilat şeması içinde yerini almış bir düzenleyici ve denetleyici kurum mevcuttur.

Tüm bu gelişmeler ışığında, Türk idare hukuku üzerinde önemli etkileri olduğu kabul edilen Fransız idare hukukunda, kişisel verilerin korunması alanından sorumlu bağımsız idari otorite olarak yaklaşık 40 yıl önce faaliyete geçen “*Commission nationale de l’informatique et de libertés*”nin (“Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu”) incelenmesinde isabet bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu çerçevede öncelikle CNIL’in oluşumu ve idari yapısı (I) ele alınacak, daha sonra görev ve yetkilerine (II) değinilecektir.

I. CNIL’İN OLUŞUMU VE İDARİ YAPISI

Veri koruma otoritelerinin görev ve yetkileri benzerlik göstermekle birlikte, idari yapılanmaları konusunda farklı modellerin tercih edildiği görülmektedir. Örneğin, federe devletlerde rastlanan, birden çok veri koruma oto-

¹⁵ Bilindiği gibi « bağımsız idari otorite » terimi Türk hukuk doktrininde uzun yıllardır kabul görmektedir. Bu terim bazı yargı kararlarında da kullanılsa da, mevzuatta sıklıkla yer almamaktadır. Mevzuatta “bağımsız idari otoriteler” teriminin, Adli Yargı Hâkim ve Savcı Adayları İle İdari Yargı Hâkim Adaylarının Meslek Öncesi Hazırlık ve Son Dönem Eğitimlerinin Yapıtırılmasına Dair Yönetmelik’in (RG.12.03.2016-29651) “İdari yargı hakim adaylarının son eğitim dönemi konuları” başlıklı 14 üncü maddesinde kullanıldığı görülmüştür (md.14/1/ç).

Fransız hukukunda bağımsız idari otorite olarak kabul gören idari birimlere Türk hukukunda denk geldiği görülen kurum veya kurulların ise 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa (RG.24.12.2003-25326) ekli « Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar » başlıklı III sayılı cetvelde birarada buldukları görülmektedir.

¹⁶ Söz konusu yönetmelikler şöyledir: Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik (RG.28.10.2017-30224) ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik (RG.16.11.2017-30242). Bu yönetmeliklerin yanı sıra, Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan ve ilgili diğer mevzuatla birlikte 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa da dayanılarak hazırlandığı 3 üncü maddesinde belirtilen Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik de (RG.20.10.2016-29863) yürürlüktedir.

ritesinin kurulması veya otoritenin başında tek bir kişinin bulunduğu “komiserlik” modeli (“veri koruma ombudsmanı” ve “veri koruma kayıt işleri yetkilisi” modelleri de bu kategoride yer almaktadır) benimsenebilmektedir. Veri koruma kanunlarının söz konusu yetkiyi bir grup kişiye verdiği “komisyon” veya “kurul” modelinin yanı sıra, veri koruma ile yetkili idari birimin konuyla bağlantılı olabilecek (bilgi edinme hakkının kullanımı üzerine idari belgelere ulaşımı sağlamak gibi) başka yetkileri de haiz olduğu “çok amaçlı ajans/kurum” modeli de mevcuttur. Veri koruma komiseriyle birlikte çalışan bir danışma kurulundan oluşan karma modellerin uygulanabildiği de görülmektedir.¹⁷

Yukarıda bahsedilen modellerden hangisi tercih edilirse edilsin, kişisel verileri koruma otoritelerinin oluşumları ve idari yapıları söz konusu olduğunda üzerinde durulan en önemli husus, bu otoritelerin görev ve yetkilerini bağımsız ve tarafsız olarak kullanabilecekleri şekilde düzenlenmeleri gerekliliğidir. Bu gereklilik de göz önünde bulundurularak, öncelikle kişisel verileri koruma otoritelerinin karşılaması aranan koşullar üzerinde durulacaktır (A). Daha sonra da CNIL’in oluşumu ve idari yapısı anılan koşullardan hareketle değerlendirilecektir (B).

A. Kişisel verileri koruma otoritelerinin karşılaması gereken koşullar

Fransa’nın da tabii olduğu Avrupa Birliği hukukunda 95/46/EC sayılı Direktifin 28 inci maddesinde, her üye devletin, söz konusu Direktifin iç hukuka aktarılması sonucu ortaya çıkacak hükümlerin uygulanmasını gözetecek bir veya birden fazla denetleyici otorite tesis etmesi öngörülmüştür. Bu otoritelerin görevlerini “tam bağımsızlık”¹⁸ içinde icra edecekleri vurgulanmıştır. Söz konusu tam bağımsızlığın sağlanacağı koşullar konusunda anılan Direktifte bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak uluslararası hukukta kabul gören düzenlemeler ve doktrin bu konuda yol gösterici olmaktadır.

¹⁷ YÜKSEL CİVELEK Dilek, s.93-99.

¹⁸ Anılan Direktifin 28/1/2 maddesi hükmü şöyledir: “*Ces autorités exercent en toute indépendance les missions dont elles sont investies*”.

Bu çerçevede, özellikle kişisel verileri koruma otoritelerine ilişkin olarak 24-26 Eylül 2001'de Paris'te gerçekleştirilen 23 üncü Uluslararası Veri Koruma Komiserleri Konferansında¹⁹ kabul edilen, "Kişisel Veri Koruma Otoritelerinin Akreditasyon Sürecine İlişkin Karar"²⁰ olarak anılan metin dikkat çekmektedir.²¹ Konferans bünyesinde akredite olabilmek için karşılanması gereken şartların sayıldığı kararda, söz konusu otoritelerin bağımsızlık ve muhtariyetlerinin sağlanmasına yönelik olarak taşınmaları isabetli olacak özelliklere de yer verilmiştir. Söz konusu özellikler şöyle sıralanmaktadır:

- Yerel uygulama bir genel düzenleyici işlemle yapılmasını gerektirmedikçe, kişisel veri koruma otoritesi bir idari birim olarak, onun bağımsızlık özelliğini zikreden ve görevlerini yerine getirmeye elverişli ve etkin bir koruma sağlanacağına dair taahhüdü ortaya koyan bir kanunla kurulmalıdır. Hukuki çerçeve şeffaf olmalı ve kanun koyucuya başvurulmadıkça yürürlükten kaldırılamayacak ve değiştirilemeyecek yeterli bir süreklilik arz etmelidir.

- Kişisel verileri koruma otoritelerinin görevlerini en iyi şekilde yapabilmeleri için kendilerine tam bir muhtariyet ve bağımsızlık sağlayan güvencelerden yararlanmaları gerekmektedir.²² Otorite bünyesinde kişisel verilerin korunması alanında karar alma yetkisine sahip kişilere ilişkin olduğu görülen söz konusu güvenceler şöyle sıralanmıştır: Belirli süreli atama, göreve son verilebilecek hallerin, görevin ifasını imkânsız kılacak durum, görevin ihmali veya sürekli olarak kötü ifası durumları ile sınırlı olması, doğrudan başbakan veya meclis başkanına hesap vermek, faaliyet alanında söz hakkına sahip olmak, görev kapsamında gerçekleştirilen fiillere ilişkin olarak yapılan kişisel tahkikatlardan bağışık tutulmak, soruşturma yetkisine sahip olmak.

¹⁹ Anılan Konferans, "Uluslararası Veri Koruma ve Mahremiyet Komiserleri Konferansı" başlığıyla halen faaliyetine devam etmekte olup, 39 uncu toplantısını 2017 yılında Hong Kong'da gerçekleştirilmiştir. 2017 yılı itibarıyla 79 akredite üyesi bulunan Konferans, 1979 yılından bu yana süregelen söz konusu toplantıların 11 incisinden (1989-Berlin) itibaren her yıl, ilgili otoritelerin kişisel verilerin korunması alanında uygulayacakları kararlar kabul etmiştir (bkz. <https://icdppc.org/> son erişim 17.11.2017).

²⁰ Anılan metnin resmi Fransızca başlığı şöyledir: *Procédure d'accréditation des autorités de protection des données personnelles adoptée le 25 septembre 2001 lors de la 23^{eme} Conférence des commissaires à la protection des données tenue à Paris les 23-26 septembre 2001.* (<https://icdppc.org/wp-content/uploads/2015/02/Resolution-on-Accreditation-Features-of-Data-Protection-Authorities-French.pdf> son erişim 16.11.2017).

²¹ YÜKSEL CİVELEK Dilek, s.101-102.

²² Söz konusu metin uyarınca, muhtariyet, otoritenin izin almak gerekmeksizin, hukuki ve fiili alanda gerekli faaliyetlere başlaması ve yürütmesini ifade etmektedir. Bağımsızlığın ise, otoritenin siyasi müdahaleler karşısında özgürce hareket edebilmesi ve çıkar gruplarının baskılarına göğüs gerebilmesi için en temel husus olduğu belirtilmektedir.

- Otoriteyle ilgili mevzuat, kişisel verilerin ve özel hayatın korunmasına ilişkin uluslararası temel metinlerle²³ örtüşebilir olmalıdır.

- Otoritenin kişisel verilerin korunması alanında uygunluk denetimi, izleme, soruşturma, tazminat ödenmesine karar verme, tavsiye kararı alma, kamuoyunu bilgilendirme gibi yetkileri olmalı; otorite sadece bir danışma mercii şeklinde düzenlenmemeli, hukuki sonuçlar doğurabilecek bir gözetim yetkisini haiz olmalıdır.

Görüldüğü gibi, Uluslararası Veri Koruma Komiserleri Konferansı nezdinde akredite olabilmeleri için kişisel verileri koruma otoritelerinin karşılanması aranan yukarıdaki özellikler, söz konusu otoritelerin bağımsız ve tarafsız karar alabilmelerini sağlamaya yönelik tedbirlerin ötesinde, bu otoritelerin icrai nitelikte kararlar alabilmelerini, dolayısıyla ilgililer açısından göz ardı edilemez bir statüye sahip olmalarını şart koşmaktadır. Bunlara ek olarak, ilgili otoritelerin uygulanmasını gözetmekle yükümlü oldukları mevzuatın uluslararası temel metinlerle örtüşmesini aramakta, böylece daha 2000’li yılların başında kişisel verilerin korunması konusunda küresel boyutta oluşturulabilecek bir bütünlüğün temellerini atmaktadır.

B. CNIL’e ilişkin değerlendirme

CNIL’in oluşumuna ve idari yapısına ilişkin düzenleme esasen 78-17 sayılı Kanunun 13 ila 15 inci maddelerinde yer almaktadır. Ancak aynı Kanunun CNIL’in görev ve yetkilerine ilişkin 11 inci maddesinin daha başında belirtilen ilk husus, CNIL’in “bağımsız idari otorite” statüsünü haiz olduğudur (md.11/1). Dolayısıyla, bu Kurumun kuruluşuna ilişkin düzenlemenin “kanun” niteliğindeki bir metinle yapıldığı ve kurumun idari bağımsızlığının da en başta vurgulandığı açıkça görülmektedir.

1978’de kurulan CNIL, Fransız hukukunun uzun tartışmalar ve tereddütler sonucunda ortaya çıkan ilk bağımsız idari otoritesidir. Bu süreçte CNIL için hafifletilmiş bir idari vesayete tabi olacak bir kamu kurumu, merkezi idare içinde hükümete bağlı olarak faaliyet gösterecek bir komisyon veya kararları sadece yargı denetimine tabi olabilecek bir komisyon veya Adalet Bakanlığı

²³ Kararın yayımlandığı 2003 yılı itibarıyla söz konusu uluslararası metinler şu şekilde sıralanmıştır: OECD’nin Rehber İlkeleri (1980), Avrupa Konseyi’nin 108 sayılı Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler’in Rehber İlkeleri (1990), 95/46 sayılı Avrupa Topluluğu Direktifi, Birleşmiş Milletlerin İnsan Haklarının Korunması ve Gözetilmesiyle Yetkili Ulusal Kurumların Kuruluş ve İşleyişlerine İlişkin İlkeleri (1995).

bünyesindeki bir idari birim gibi modeller tartışılmış ve sonunda “bağımsız idari otorite” modelinde karar kılınmıştır.²⁴

Bağımsız ve tarafsız karar alınabilmesinde, Komisyon üyelerinin seçimine, görev sürelerine ve belirli güvencelere sahip olup olmadıklarına ilişkin düzenlemeler önem taşımaktadır. Üyelerinin seçimi esaslarına bakıldığında, CNIL’in 18 üyeden oluşan (md.13/I) geniş bir komisyon olduğu dikkati çekmektedir. Bu üyeler; Millet Meclisi ve Senato tarafından, çoğunlukçu temsili sağlayacak şekilde belirlenmiş iki milletvekili ve iki senatör, Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Kurul’un, bu Kurul tarafından belirlenen iki üyesi, Fransız Danıştay Genel Kurulu tarafından seçilen iki aktüel veya eski Fransız Danıştay üyesi, Fransız Yargıtay Genel Kurulu tarafından seçilen iki aktüel veya eski Fransız Yargıtay üyesi, Fransız Sayıştay Genel Kurulu tarafından seçilen iki aktüel veya eski Fransız Sayıştay üyesi, dijital alan veya kişisel özgürlüklerle ilgili konulardaki bilgi birikimleri nedeniyle seçilen ve kararname ile atanan üç kişi, Millet Meclisi ve Senato Başkanları tarafından dijital alan konusundaki bilgi birikimleri nedeniyle seçilen iki kişi, İdari Belgelere Erişim Komisyonu (*Commission d’accès aux documents administratifs - CADA*) Başkanı veya temsilcisinden oluşur.

Bu çerçevede, yukarıda sıralanan üyeler arasında, Millet Meclisi ve Senato, Ekonomik, Sosyal ve Çevresel Kurul, Danıştay, Yargıtay ve Sayıştay Genel Kurulları tarafından seçilen veya atanan iki üyeden biri kadın, diğeri erkek olur. Dijital alan veya kişisel özgürlüklerle ilgili konulardaki bilgi birikimleri nedeniyle seçilen ve kararname ile atanan üç kişi arasında en az bir kadın ve bir erkek bulunur. Millet Meclisi ve Senato Başkanları tarafından dijital alan konusundaki bilgi birikimleri nedeniyle seçilen iki kişiden de biri erkek, biri kadın olur. Bu kuralın uygulanmasında, kural olarak, bir kadın üyeyi takip eden üye erkek, bir erkek üyeyi izleyen üye kadın olur (md.13-I).

CNIL üyelerinin seçim esaslarına ilişkin tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, bu esasların Devlet içindeki farklı birimleri ve yüksek mahkemeleri temsil edecek üyelerin CNIL’de yer almasını sağlamanın yanı sıra, konunun uzmanı kişilerin de Komisyonunda yer alacağı ve temsilde kadın-erkek eşitliğinin hassasiyetle gözetilecek şekilde düzenlendiği görülmektedir. CADA Başkanı veya temsilcisinin CNIL’in doğal üyesi olmasına ilişkin dü-

²⁴ *Les autorités administratifs indépendantes, Conseil d’Etat - Rapport public no.52, Documentation Française, 2001, s.261-262.*

zenlemenin de, söz konusu bağımsız idari otoritelerin faaliyet alanlarının keşişim kümesinin önemi²⁵ düşünüldüğünde, isabetli olduğu açıkça ortadadır. Kaldı ki, her ikisini de ilgilendiren hususlarda, başkanlarının ortak kararı üzerine anılan kurumların tek bir kurul halinde toplanmaları imkânı da 77-18 sayılı Kanunda tanınmıştır (md.15 bis).

CNIL üyelerinin görev süresi kural olarak beş yıldır ve üyeler (Başkan olarak görevlendirilmemiş olmak şartıyla) bir kez daha seçilebilir (md.13-II). Ancak ilgili düzenleme uyarınca, CNIL Başkanı dışında kalan Komisyon üyelerinin yarısı, her iki buçuk yılda bir yenilenir. CNIL Başkanı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle üyeler arasından atanır, beş yıl süreyle görev yapar ve bu görevi tam zamanlı olacak şekilde ifa eder. Bu görev, elektronik haberleşme veya bilişim sektörlerindeki herhangi bir şirketten doğrudan ya da dolaylı çıkar ilişkisinin varlığı ile bağdaşmaz. Komisyon kendi içinden, biri ve kil de olabilecek şekilde iki başkan yardımcısı seçer. Başkan ve başkan yardımcıları “Başkanlık Birimini” (“*bureau*”) oluşturur (md.13-I).

Yukarıda değinildiği gibi CNIL 18 üyeli geniş bir Komisyon olmakla birlikte, 77-18 sayılı Kanunda bazı kararların “Dar Komite” (“*formation restreinte*”) tarafından alınacağı düzenlenmiştir. Dar Komite, Komisyonun kendi içinden seçtiği bir başkan ile beş üyeden oluşur ve Başkanlık Birimi üyeleri, Dar Komiteye seçilemezler. Başkanlık Biriminin ve Dar Komitenin yetkisine giren konular²⁶ dışındaki hususları görüşmek için CNIL, Başkanı ve tüm üyeleriyle birlikte toplanır.

Ülkemizdeki düzenleyici ve denetleyici kurumlara ilişkin düzenlemelerle karşılaştırıldığında şaşırtıcı olan bir düzenleme, CNIL’ın oluşumuna dahil olmamakla birlikte Komisyon, Dar Komite ve Başkanlık Birimi toplantılarına katılma yetkisi bulunan Hükümet Komiserine ilişkindir. Hükümet Komiserinin, anılan kurulların alacağı kararları etkileme ihtimali bulunup bulunmadığı

²⁵ Kişisel verilerin korunmasına yönelik bir veri koruma kanunu bulunmayan hukuk sistemlerinde, bilgi edinme hakkının içeriğini ve kullanım esaslarını düzenleyen kanunlar, bu hak çerçevesinde talep edilen kişisel verilerin açıklanması yönünde ciddi bir baskı oluşturabilmektedir (KAYA Cemil, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekskinde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 69, Sayı 1-2 (2011), s.321). Her iki alanı düzenleyen kanunların yürürlükte olduğu hukuku sistemlerinde ise, bilgi edinme hakkı kapsamında talep edilen/edilebilecek kişisel verilerin erişime açık olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda ilgili regülasyon kurumlarının işbirliği gerekebilmektedir.

²⁶ Veri sorumluları hakkında uygulanabilecek, 77-18 sayılı Kanunu VII numaralı Bölümünde belirtilen idari yaptırımları Dar Komite karara bağlar (md.17/1).

sorusu akla gelecektir. Ancak 77-18 sayılı Kanunun ilgili maddesine bakıldığında, Hükümet Komiserinin, idari yaptırım kararları dışındaki konuların ikinci kez görüşülmesini talep etme yetkisi bulunduğu görülmektedir. Bu görüşmenin, ilkinin izleyen 10 gün içinde gerçekleştirilmesi gerekir (md.18).

İdari yapısı incelendiğinde, CNIL’de icrai nitelikte karar alma yetkisini haiz olan Komisyon, Dar Komite ve Başkanlık Birimi dışında, Başkan tarafından atanmış çalışanlar bulunduğu görülür. Bunlar arasında yer alan Genel Sekreter, Başkana bağlı olarak faaliyet gösteren tüm idari birimlerin işleyişini gözetmekten ve koordinasyonundan sorumludur (md.19). CNIL çalışanları, görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgiler konusunda sır saklama yükümlülüğü altındadırlar (md.20).

Yukarıda değinilen düzenlemelerden hareketle, bağımsız idari otorite statüsü başta olmak üzere CNIL’in bağımsız ve tarafsız karar almasını destekleyecek önlemlerin büyük ölçüde alındığı sonucuna varılabilecektir. İdari yapılanma açısından, Başkanın CNIL çalışanlarını atama yetkisine sahip olması, otoritenin muhtariyetini güçlendiren bir unsur olarak değerlendirilebilecektir. CNIL’in icrai nitelikte karar alma yetkisi ise, aşağıda yer alan “Görev ve Yetkiler” başlığı altında ele alınacaktır.

II. CNIL'İN GÖREV VE YETKİLERİ

CNIL'in görev ve yetkileri, 95/46/EC sayılı Direktifin 28 inci maddesinde düzenlenen denetleyici otoritelerin görev ve yetkileri de göz önünde bulundurulurak²⁷, 78-17 sayılı Kanununun esasen 11 inci maddesinde düzenlenmiştir.²⁸ Söz konusu maddeden hareketle, CNIL'in yetkileri dört temel başlık altında toplanabilir.²⁹ Bunlar; bilgilendirme ve koruma (1), genel düzenleyici işlem yapma, izin verme, denetleme ve yaptırım uygulama (2) görüş ve yardım verme (3), ile teknolojik gelişmelerin kişisel veriler üzerindeki etkilerini

²⁷ 95/46/EC sayılı Direktifin 28 inci maddesinde, denetleyici otoritelerin görev ve yetkilerine ilişkin olarak şu hususlara da yer verilmiştir:

- Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hak ve özgürlükler konusunda yapılacak kanuni ve idari düzenlemelerin hazırlık aşamasında denetleyici otoritelerin görüşü alınır (md.28/2).
 - Denetleyici otoriteler, araştırma ve görevlerinin gerektirdiği tüm bilgileri toplama, veri işlenmeden önce görüş bildirip bu görüşlerin yayımlanmasını sağlama, verilerin bloke edilmesi, silinmesi veya yok edilmesine ilişkin talimat verme, verinin işlenmesini geçici veya kalıcı olarak yasaklama, veri kontrolörünü uyarma, yasama meclisi veya diğer siyasi kurumlara başvurma, anılan Direktifin iç hukuka aktarılması sonucu uygulanmakta olan hükümlerin ihlal edildiğini saptamaları halinde dava açma veya bu ihlalleri yargı mercilerine haber verme yetkilerini haiz olacaktır. Denetleyici otoritelerin şikayet konusu kararları yargısal denetime konu olabilir (md.28/3).
 - Denetleyici kurumlara, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hak ve özgürlüklerin korunması talebiyle başvurulabilir. Bu tür başvuruların yapılması halinde, ilgili kişi başvurusu üzerine yapılan işlemler konusunda bilgilendirilir (md.28/4). Her denetleyici otoriteye, herkes tarafından, özellikle de bu Direktifin 13 üncü maddesi uyarınca yürürlüğe giren ulusal düzenlemelerin uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda, veri işlemenin hukuka uygunluğu konusunda başvurulabilir. Böyle durumlarda başvuranlara, en azından bir denetimin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunda bilgi verilir.
 - Denetleyici otorite düzenli aralıklarla bir faaliyet raporu hazırlar ve bu rapor yayımlanır (md.28/5).
 - Söz konusu işleme faaliyetine uygulanacak iç hukuk kurallarından bağımsız olarak her denetleyici kurum, 28 inci maddenin 3 üncü fıkrasında öngörülen yetkileri kullanabilir. Her denetleyici kurum, bir diğer devletin denetleyici kurumunun talebi üzerine bu yetkileri kullanmaya davet edilebilir. Denetleyici kurumlar, görevlerinin gerektirdiği ölçüde işbirliği yaparak, gerekli bilgi değişiminde bulunabilirler (md.28/6).
 - Üye devletler, denetleyici otorite üyelerinin ve çalışanlarının, görevleri nedeniyle öğrendikleri gizli bilgiler açısından görev sırrına tabi oldukları ve bu yükümlülüğün görevin sona ermesinden sonra da devam ettiği hususunda düzenleme yapar (md.28/7).
- ²⁸ Bu maddenin, 2004 ila 2017 yılları arasında altı kez değişikliğe uğradığı görülmektedir. Söz konusu değişiklikler 2004-801, 2009-526, 2011-337, 2014-344, 2016-1321 ve 2017-55 sayılı Kanunlarla gerçekleştirilmiştir.

²⁹ Komisyonun görev ve yetkilerinin dört ana başlık altında gruplanmasında, resmi web sitesinde yer alan “*Les missions*” başlıklı sayfadan da yararlanılmıştır. *bkz.* <https://www.cnil.fr/fr/les-missions> (son erişim 11.11.2017).

araştırarak, geleceğe dönük olarak önlemler alma (4) olarak sıralanabilir. Otoritenin bu görevleri yerine getirmede kullandığı yetkilere ilgili başlıklar altında değinilecektir.

A. Bilgilendirme ve koruma

CNIL, ilgili tüm kişileri ve tüm veri sorumlularını kişisel verilerin korunması alanındaki hakları ve borçları konusunda bilgilendirmekle görevlidir (md.11-1°). Bu amaçla CNIL, bilgilendirme ve bilinçlendirmeye yönelik faaliyetler gerçekleştirmekte, konuyla ilgili olarak gerçek ve tüzel kişilerin yararlanabilecekleri pratik ve pedagojik araçları oluşturup, erişilebilir kılmaktadır.³⁰ Haklarını kullanırken herhangi bir sorunla karşılaşan herkes CNIL'e başvurabilir.

Ayrıca CNIL'in özel hayatın korunması, özellikle de verilerin şifrelenmesine yönelik teknolojilerin kullanımını teşvik etme görevi bulunmaktadır (md.11-4°-f)

B. Genel düzenleyici işlem yapma, izin verme, denetleme ve yaptırım uygulama

CNIL'in genel düzenleyici işlem yapma, izin verme, denetleme ve yaptırım uygulama alanlarındaki yetkileri, yoğun olarak, kişisel verilerin 77-18 sayılı Kanuna uygun şekilde işlenmesini gözetme görevi kapsamında düzenlenmiştir (md.11-2°).

Bu kapsamda CNIL;

- İşlenmesi halinde özel hayatın gizliliğini veya özgürlükleri ihlal etme ihtimali bulunmayan ve en sık görülen kişisel verilerin işlenmesi kategorilerinin tabi olacağı kuralları belirler ve yayımlar. Gerek gördüğü takdirde sistem güvenliğini sağlamak amacıyla çerçeve yönetmelikler de yayımlayabilir (md.11-2°-a).

- Kişisel verilerin anonim hale getirilmesi sürecinin 77-18 sayılı Kanuna uygunluğunun sertifikasyonuna yönelik genel yöntemler yayımlayabilir (md.11-2°-g) ve sertifikasyon yapabilir.

- 77-18 sayılı Kanunda işlenmesinin izne tabi olduğu düzenlenen kişisel veriler için veri işleme izinlerini verir, aynı Kanun uyarınca iznine tabi olmayan verilerin işlenmesi konusunda görüş bildirir ve diğer verilerin işlenebilmesi için yapılan beyanları kabul eder (md.11-2°-a). (md.11-2°-a). (md.11-2°-a). (md.11-2°-a).

³⁰ bkz. <https://www.cnil.fr/fr/les-missions> (son erişim 11.11.2017).

- Devletin güvenliği, savunma ve kamu güvenliğine ilişkin bilgilere erişim taleplerine, 77-18 sayılı Kanunda belirtilen usule uygun olarak cevap verir (md.11-2°-h).

- Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin iddia, dilek ve şikâyetleri kabul eder ve bu başvurular üzerine yapılan işlemler hakkında ilgililere bilgi verir (md.11-2°-c).

Söz konusu gözetim görevi kapsamında CNIL, üyelerinden bir bölümünü veya Genel Sekreterini, aynı Kanunun “Verilerin işlenmesinin denetlenmesi” başlıklı 44 üncü maddesinde belirtilen koşullarla, diğer çalışanlarla birlikte inceleme ve denetim yapmak, gerek görüldüğü takdirde görevin gerektirdiği tüm bilgi, belge ve veri kaynaklarının bir kopyasını almak üzere görevlendirilir (md.11-2°-f).

Yerinde inceleme ve denetim yapma yetkisine ilişkin düzenlemelerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin özel ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin 8 inci maddesinin ihlaline yol açabileceği, 2009 yılında alınan bir kararla Fransız Danıştay tarafından tespit edilmiştir.³¹ Bunun üzerine, CNIL yetkililerinin uymakla yükümlü olduğu kurallar, 77-18 sayılı Kanunun 44 üncü maddesinde 2014 yılında yapılan değişiklikler ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu çerçevede, yetkili Cumhuriyet Savcısı haberdar edilerek, mesleki faaliyetler için kullanılan tüm alanlara 06:00-21:00 saatleri arasında girebilir (md.44-1), gerekli görülen tüm belgelerin denetlemeye açık tutulması ve bunlardan bir suret verilmesi istenebilir, gerekli tüm bilgi ve belgeler toplanır, tüm kişiler dinlenir, bilgisayar programlarına ve verilere giriş yapılabilir (md.44-3). Kural olarak, mesleki faaliyetler için kullanılan özel mülklerin sorumluları, yerinde incelemeye karşı çıkma hakları bulunduğu konusunda bilgilendirilir. Söz konusu sorumluların karşı çıkması halinde inceleme, ancak mahkeme kararı alındıktan sonra yapılabilir. Ancak, durumun aciliyetinin, inceleme yapılmasına esas teşkil eden fiillerin ağırlığının veya belgelerin yok edilmesi veya saklanması riskinin haklı kıldığı durumlarda, hakim kararıyla ve sorumlulara haber verilmeksizin inceleme yapılır. Bu tür durumlarda sorumlular inceleme yapılmasına karşı çıkamazlar. İnceleme sırasında izni veren hakim de hazır bulunur (md.44-II).

Denetim sonunda, Dar Komite tarafından idari yaptırım uygulanması kararı verilebilir. Hak ihlalleri karşısında ihtar veya Cumhuriyet Savcılığına ihbarda bulunma gibi sınırlı yetkileri olan CNIL’e yaptırım uygulama yetkisi,

³¹ “Les pouvoirs de visite de la CNIL et l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme – Conseil d’Etat 6 novembre 2009”, Arrêt rendu par Conseil d’Etat section, 06.11.2009, no.304300, AJDA 2010, www.dalloz.fr (son erişim 09.11.2017).

77-18 sayılı Kanunda 2004 yılında yapılan değişiklikle tanınmıştır. Yaptırım kararı verilmeden önce ihtar aşaması uygulanmasının öngörülmesi sayesinde CNIL'in, mevzuata uygun hareket edilmesini, mahkemelerin gerçekleştiremeyeceği bir şekilde başarıyla sağladığı tespit edilmektedir.³² Bu çerçevede, kuruluşundan beri CNIL'in bastırıcı ve cezalandırıcı olmak yerine, diyaloga açık ve bilgilendirici bir tutum sergilemiş olmasının, Fransa'da kişisel verilerin korunması alanında olumlu sonuçlar doğurduğu vurgulanmaktadır.³³

Yaptırım uygulama yetkisinin hayata geçirildiği durumlarda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinin 1 inci paragrafında öngörüldüğü şekilde adil yargılanma hakkına ilişkin ilkeleri gözeterek hareket edilmesi gerektiği Fransız Danıştay tarafından 2014 yılında alınan bir kararla açıkça belirtilmiştir.³⁴

Dar Komite, idari yaptırım kararları kapsamında veri işlemenin durdurulmasına, CNIL tarafından verilmiş olan izinlerin kaldırılmasına ve idari para cezası uygulanmasına (azami 3 milyon euro'ya kadar) karar verebilir. İdari para cezalarında tahsil edilen tutarın CNIL'e değil, Hazine'ye aktarılması öngörülmüş olup, bu düzenleme sayesinde CNIL, düzenleyici ve denetleyici kurumların söz konusu cezaları kendi kaynaklarına aktarmaları nedeniyle karşılaştıkları eleştirilerin hedefi olmamaktadır. Dar Komite yaptırım kararının basında yer almasına veya yaptırım uygulanan oluşumun, ilgili kişilere tek tek bu karar hakkında bilgi vermesine de karar verebilir.

Veri işleme sorumluları tarafından kişisel verilerin korunmasına ilişkin hak ve özgürlükler ani ve önemli bir şekilde ihlal edildiği takdirde, CNIL Başkanı, yetkili yargı merciinden ivedi yargılama usulü dahilinde gerekli önlemlerin alınmasını talep edebilir (md.45-III). Diğer yandan CNIL, işlendiğinden haberdar olduğu suçları Cumhuriyet savcısına da bildirir (md.11-2°-e).

Ayrıca uygulamada, CNIL'in sahip olduğu geniş denetim yetkisinin kullanımını sırasında CNIL'e verilen dilekçeler, tespit edilen tartışmalı hususlar ve

³² MATTATIA Fabrice, "CNIL et tribunaux : concurrence ou complémentarité dans la répression des infractions à la loi informatiques et libertés ?", RSC 2009, s.317 vd., www.dalloz.fr.

³³ BLOUD-REY Céline, "Quelle place pour l'action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ?", Recueil Dalloz 2013, s.2795 vd., www.dalloz.fr.

³⁴ "La CNIL doit respecter les règles du procès équitable – Conseil d'Etat 12 mars 2014", Recueil Lebon, Recueil des décisions du Conseil d'Etat 2014, Arrêt rendu par Conseil d'Etat 10^{eme} et 9^{eme} sous-sections réunis, 12.03.2014, no.353193, www.dalloz.fr (son erişim 09.11.2017).

güncel konu başlıkları göz önünde bulundurularak her yıl için bir denetim programı hazırlanmakta ve uygulanmaktadır.³⁵

C. Görüş ve yardım verme

Kişisel verilerin korunması alanında gerçekleştirilen regülasyon faaliyeti, ilgili kişi ve kurumları bu verilerin korunması için gereğini yapmaya sevk edecek çeşitli yöntemlerin kullanılmasını gerektirebilmektedir.³⁶ CNIL'in görevlerine de tekabül eden bu yöntemler kapsamında;

- Kişisel verilerin korunması veya veri işleme ile ilgili tüm kanun veya kararnamelerin hazırlık aşamasında CNIL'in görüşü alınır. 77-18 sayılı Kanunda öngörülen istisnalar hariç, bir kanunda CNIL'in görüşü alınmak suretiyle kararname veya karar yayımlanacağına düzenlenmesi halinde, bu ikincil düzenleme ile birlikte CNIL'in ilgili görüşü de yayımlanır (md.11-4°-a).

- CNIL hükümete, hakların korunmasında teknolojik gelişmeye uyum sağlamasına yönelik kanuni düzenlemeler için önerilerde bulunur (md.11-4°-b).

- Başbakanın talebi üzerine, kişisel verilerin korunması alanındaki uluslararası görüşmelerde Fransa'nın izleyeceği tutumun hazırlanması ve belirlenmesi çalışmalarında CNIL de rol alır. Söz konusu alanda, uluslararası platformda ve Avrupa Birliği bünyesinde gerçekleştirilen organizasyonlarda Fransa'yı temsil eden heyetlere katılır (md.11-4°-d).

- Diğer bağımsız idari otoriterlerden talep gelmesi halinde, CNIL kişisel verilerin korunması alanında yardımda bulunur (md.11-4°-c).

- Kişisel verilerin 77-18 sayılı Kanuna uygun şekilde işlenmesini gözetme göreviyle bağlantılı olarak CNIL, kamu kurumları ile yargı mercilerinin görüş taleplerini cevaplar ve otomatik veri işleyen veya işlemeyi öngörenlere tavsiyede bulunur (md.11-2°-d).

- Meslek odalarından veya veri sorumlularını biraraya getiren kurumlardan gelen talep üzerine CNIL, kişisel verilerin işlenmesi sırasında kişilerin korunmasına ilişkin meslek ilkeleri taslakları ile ürün ve yöntemlerin 77-18 sayılı Kanuna uygunlu konusunda görüş bildirir (11-3°-a) ve kişisel verilerin işlenmesi sırasında kişilerin korunmasına yönelik ürün veya yöntemlere "label" verir (11-3°-c).

³⁵ <https://www.cnil.fr/fr/les-missions> (son erişim 11.11.2017).

³⁶ <https://www.cnil.fr/fr/les-missions> (son erişim 11.11.2017).

D. Teknolojik gelişmelerin kişisel veriler üzerindeki etkilerini araştırarak, geleceğe dönük önlemler alma

CNIL iletişim teknolojilerinin gelişimini takip eder ve gerek görmesi halinde, bu gelişimin kişisel verilere ilişkin hak ve yükümlülüklerin hayata geçirilmesi alanında doğurduğu sonuçlar hakkındaki görüşünü kamuoyuna aktarır (md.11-4°)

Kişisel verilerin korunması alanında geleceğe dönük öngörülerde bulunarak karşılaşılabilecek toplumsal sorunlara bugünden ışık tutma ve bu sorunlara karşı önlem alınmasını sağlamaya yönelik görevleri kapsamında CNIL³⁷;

- Özel hayat üzerinde önemli etkileri olabilecek teknolojileri ve yeni kulanımları tespit ve analiz etmek için çalışır. Bu amaçla oluşturulmuş, yenilikçi ürün ve uygulamaların denendiği bir laboratuvara sahiptir.

- “*Privacy by design*”³⁸ yaklaşımı içinde, mahremiyeti korumanın ürünlerin daha tasarım aşamasındayken başlatılabileceğini göz önünde bulundurarak, kişisel veri gereksinimlerini teknolojik gelişmelerine entegre etme konusunda şirketlere danışmanlık rolünü güçlendirmeye çalışmaktadır. Bu alandaki faaliyetlerini iyileştirmek amacıyla da, yıllık çalışma programının hazırlanmasında kendisine danışmanlık verecek Komisyon dışından uzmanların davet edildiği (“*Comité Prospective*” olarak anılan) bir komite oluşturmuştur.

Görüldüğü gibi CNIL’in kişisel verilerin korunmasını sağlamaya yönelik olarak, izin vermek, genel düzenleyici işlem yapmak, yaptırım uygulamak gibi yetkilerinin bulunduğu görülmektedir. Ancak bu yetkilerden çok daha dikkat çekici olan, teknolojik gelişmelerin kişisel veriler üzerindeki ileriye dönük etkisine ilişkin öngörülerde bulunma ve gerekiyorsa önlem alma amacıyla yürüttüğü faaliyetlerdir. Gerçekten, CNIL’i ilgili mevzuatı uygulayan bir idari birim olmanın ötesine geçirecek Fransız hukukundaki diğer bağımsız idari otoritelerden farklı kılan hususun bu alandaki görev ve yetkileri olduğu, bu çerçevede verdiği ve hukuki temellere oturan görüş ve tavsiyelerin, diğer kararlarıyla birlikte yıllar içinde “CNIL Doktrini”ni yarattığı kabul görmektedir.³⁹

³⁷ <https://www.cnil.fr/fr/les-missions> (son erişim 11.11.2017).

³⁸ “*Privacy by design*” kavramının Türkçe’ye “tasarımla veri koruma” şeklinde aktarıldığı ve 2016/679 sayılı AB Tüzüğü’nün 25 inci maddesinde de yer aldığı görülmektedir. Söz konusu düzenleme, veri işleyenler ile bilgi teknolojileri üreticilerine, ürün ve hizmetlerini veri koruması yönünden azami düzeyde kullanıcı dostu şekilde oluşturma yükümlülüğü getirmektedir

³⁹ BLOUD-REY Céline, “*Quelle place pour l’action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ?*”, Recueil Dalloz 2013, s.2795 vd., www.dalloz.fr.

SONUÇ

Fransız hukukunda “bağımsız idari otorite” statüsünde kurulan ilk kurum olan CNIL, 1978 yılındaki kuruluşundan bu yana kişisel verilerin korunması alanında yaklaşık 40 yıldır görev yapmaktadır.

Komisyonun oluşumuna ilişkin düzenlemeler incelendiğinde, bağımsız ve tarafsız karar almayı sağlayacak önlemlerin yanı sıra, kadın ve erkek üyelerin sayısı bakımından temsilde eşitliğin sağlanması kaygısıyla hareket edildiği görülmektedir.

Görev ve yetkileri incelendiğinde ise, CNIL’in 77-18 sayılı Kanunun uygulanmasını gözetme görevi kapsamında sahip olduğu izin verme, genel düzenleyici işlem yapma, yaptırım uygulama gibi yetkileri kullandığı ancak çok daha dikkat çekici olanın, teknolojik gelişmelerin kişisel veriler üzerindeki ileriye dönük etkilerini araştırma görevi çerçevesinde yaptığı çalışmalar olduğu sonucuna varılmaktadır.

Son olarak, halen uygulanmakta olan tüm bu düzenlemelere karşın, 25 Mayıs 2018’den itibaren Avrupa Birliği üyesi devletlerde doğrudan uygulanacak olan 2016/679 sayılı AB Tüzüğü’nün, kişisel verileri koruma otoritelerinin çalışma ve işbirliği yapma şekillerine önemli yenilikler getirdiği⁴⁰ ve Fransa’nın bu Tüzük ile 2016/680 sayılı Direktifin varlığında, yeni bir kanun tasarısını tartışmaya açtığı belirtilmelidir.⁴¹

KAYNAKÇA

AKINCI Ayşe Nur, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdikleri Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma Raporu – 6, T.C. Kalkınma Bakanlığı Yayın No:2968, 2017.

⁴⁰ 2016/679 sayılı AB Tüzüğü uyarınca ulusal veri koruma otoritelerinin başkanları ile Avrupa Birliği Veri Koruma Denetçisinden oluşacak bir “Avrupa Birliği Veri Koruması Kurulu” tesis edilecektir (md.68). AB üyesi ülkelerin sınırlarını aşan veri koruma ihlallerinin önüne geçilebilmesi için ise “yeknesaklık mekanizması” olarak adlandırıldığı görülen bir çözüme gidilmiştir (md.63 vd.). Bu çerçevede, ihlal oluşturan uygulama birden çok üye devlette etkili ise, ulusal veri koruma otoriteleri, AB Veri Koruma Denetim Kurulunun görüşünü beklemekle yükümlü olacaktır (BAŞALP Nilgün, s.87).

⁴¹ Bu tasarıda CNIL tarafından sunulan görüşlerin bir bölümü de dikkate alınmış, CNIL’in denetim yetkileri genişletilmiş, kişi haklarının korunmasını sağlayacak şekilde Dar Komitenin yetkilerine yenileri eklenmiş ve biyometrik verilerin işleme şartları açıklığa kavuşturulmuştur. CNIL, bu tasarının 25.05.2018 tarihinden önce kanunlaşarak yürürlüğe girmesi gerekliliğinin altını çizmektedir (<https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-publie-son-avis-sur-le-projet-de-loi-relatif-la-protection-des-donnees-personnelles> son erişim: 14.11.2017).

BAŞALP Nilgün, “Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu’nun Temel Yenilikleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.21, S.1, ss.77-106.

BLOUD-REY Céline, “*Quelle place pour l’action de la CNIL et du juge judiciaire dans le système de protection des données personnelles ?*”, Recueil Dalloz 2013, s.2795 vd., www.dalloz.fr.

KIRBY Michael, “*La protection de la vie privée et les Droits de l’homme à l’ère du numérique*” in *Les Droits de l’homme dans le cyberspace*, UNESCO - Economica, 2005, ss.11-30.

KÜZECİ Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, 2010.

YÜKSEL CİVELEK Dilek, Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi, T.C. Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Uzmanlık Tezi, 2011.

KAYA Cemil, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 69, Sayı 1-2 (2011), s.317-334.

MATTATIA Fabrice, “*CNIL et tribunaux : concurrence ou complémentarité dans la répression des infractions à la loi informatiques et libertés ?*”, RSC 2009, s.317 vd., www.dalloz.fr.

Les autorités administratifs indépendantes, Conseil d’Etat - Rapport public no.52, Documentation Française, 2001.

“*La CNIL doit respecter les règles du procès équitable – Conseil d’Etat 12 mars 2014*”, Recueil Lebon, Recueil des décisions du Conseil d’Etat 2014, Arrêt rendu par Conseil d’Etat 10eme et 9eme sous-sections réunis, 12.03.2014, no. 353193, www.dalloz.fr

“*Les pouvoirs de visite de la CNIL et l’article 8 de la Convention européenne des droits de l’homme – Conseil d’Etat 6 novembre 2009*”, Arrêt rendu par Conseil d’Etat section, 06.11.2009, no.304300, AJDA 2010, www.dalloz.fr (son erişim 09.11.2017).

***CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA KAMU GÖREVLİSİ
KAVRAMINA İLİŞKİN ELEŞTİREL BİR DEĞERLENDİRME**
(A CRITICAL ANALYSIS TO TERM OF PUBLIC OFFICIAL IN THE CONTEXT OF
CRIMINAL LAW)

Ar. Gör. Aras TÜRAY* **

ÖZ

Kamu görevlisi ceza hukuku bakımından oldukça önemli bir kavramdır. Buna karşın yargı uygulaması ve teorik çalışmalar nezdinde kavrama ilişkin sorunların çözülebildiğini söylemek mümkün değildir. Bize göre bu sorunun temelinde kamu görevlisinin tanımlanmasında idare hukukundaki güncel gelişmelerin, özellikle de kamu hizmeti kavramının dönüşümünün göz ardı edilmesi söz konusudur. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle kamu görevlisi kavramıyla ilgili olarak idare hukuku ve ceza hukuku arasındaki etkileşim incelenecektir. Ardından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesindeki tanım incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Görevlisi, Kamusal Faaliyet, Kamu Hizmeti, Memur

ABSTRACT

The term of public official has a crucial importance on criminal law. In spite of its importance, it is not proper to allege that the problematic areas caused by the term of public official has resolved on trial practice and theoretical works. According to us, the main reason of the problem is lack of considering the recent developments on administration law, especially the transition of the term of public service, while describing the term of public official. For these reasons, in the first part of study, the relationship between administration law and criminal law will be analyzed in the aspect of the term of public official. In the second part, the development of the term and in the last part study the definition of public official, which is regulated under Article 6th of Turkish Penal Code (Law no. 5237), will be examined.

Keywords: Public Official, Public Activities, Public Service, Public Servant

[†] Eserin Dergimize geliş tarihi: 5.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 18.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 21.01.2018.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8104-6101

GİRİŞ

Kamu görevlisi kavramı, yalnızca anayasa veya idare hukuku değil, aynı zamanda ceza hukuku bakımından da oldukça önemlidir. Gerçekten de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (“TCK”) dikkate alındığında bir suç bakımından kamu görevlisi sıfatının birden çok fonksiyonu olabileceği görülecektir.

Bazı durumlarda suçun kamu görevlisine karşı işlenmesi ağırlaştırıcı bir sebep olarak öngörülmüştür. Örneğin TCK m. 86/f. 3-c bendinde “kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle” yaralama fiiline maruz kalması ağırlaştırıcı bir haldir¹. Buradaki temel düşünce, kamu görevlilerinin, başka kişilerce daha fazla etkileşim halinde olması veya yürüttükleri faaliyetlerin önemi bakımından bu kişilerin daha etkili bir şekilde korunması gerekliliğidir.

Bazı suçların ise kamu görevlisine karşı işlenmesi, kovuşturma şartları bakımından önem taşımaktadır. Örneğin TCK m. 125’te düzenlenen kovuşturulması şikâyet şartına bağlı hakaret suçunun, kamu görevlisine karşı işlenmesi durumunda resen kovuşturulacağı TCK m. 131’de belirtilmiştir.

Anayasal ve yasal yükümlülükleri nedeniyle kamu görevlilerinin işledikleri suçların, diğer suçlara nazaran daha ağır şekilde cezalandırılması genel kabul gören bir suç politikasıdır². Gerçekten de kamu görevlileri, başka kişilere nazaran bazı suçları çok daha kolay şekilde işleyebilecektir³. Bunun yansıması olarak, bazı durumlarda da suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi ağırlaştırıcı bir sebep olarak belirlenmiştir. Örneğin TCK m. 136’da düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun bir kamu görevlisi tarafından işlenmesi TCK m. 137/f. 1-a hükmü uyarınca ağırlaştırıcı bir sebep olarak öngörülmüştür⁴.

¹ Bu nevi örnekler çoğaltılabilir. Örneğin TCK m. 94/f. 2-b (işkence), TCK m. 125/f. 3-a (hakaret), TCK m. 152/f. 1-g (mala zarar verme) hükümlerinde de suçun kamu görevlisine karşı işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştür.

² Özellikle de Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 128’de belirtilmiş olan memurlar ve diğer kamu görevlilerinin, yine Anayasa m. 129 gereği “anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlü olduklarının ifade edilmesi, bu suç politikasının Anayasal dayanağı olarak nitelendirilebilir. Bkz. **GÖKCAN, Hasan Tahsin**; “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Yıl: 2015, Sayı: 2, s. 148. **ERMAN, Sahir**; “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl: 1947, Cilt: 02, Sayı: 3, s. 237, 238.

³ **ERMAN**; s. 237.

⁴ Kanunda benzer örneklere rastlamak mümkündür. Örneğin TCK m. 86/f. 3-d (kasten yaralama), TCK m. 204/f. 2 (resmi belgede sahtecilik), TCK m. 205 (resmi belgeyi bozmak, yok etmek veya gizlemek), TCK m. 282/f. 3 (suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini

Türk Ceza Kanunu'nda belirli suçların özgü suç olarak düzenlenerek, yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebileceğiyle sıklıkla karşılaşılmaktadır. Örneğin TCK m. 94'te düzenlenen işkence suçu yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilecektir. Yine TCK m. 120'de düzenlenen haksız arama suçu da yalnızca kamu görevlilerince işlenebilecektir⁵.

Görüldüğü üzere kamu görevlisi kavramı ceza hukuku bakımından oldukça önemlidir. Yine kanunilik ve buna bağlı olan belirlilik prensibiyle bağlantılı olarak kavramın net bir biçimde ortaya koyulması şarttır. Bu nedenle kamu görevlisi kavramı TCK m. 6/f. 1-c hükmünde “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. Tanıma ilişkin kapsamlı bir değerlendirme yapmadan önce kamu görevlisi kavramının Türk hukukundaki durumunun ele alınması gerekmektedir.

I. Kamu Görevlisi Kavramının Genel Olarak Ele Alınması

Kamu görevlisi kavramı 1924 ve 1961 Anayasalarında genel olarak memur kavramıyla özdeş şekilde anlaşılmıştır⁶. Bir diğer deyişle 1924 ve 1961 Anayasalarında kamu görevlilerinin memur statüsü içine alınması ve memur statüsü dışında kamu görevlileriyle ilgili herhangi bir statünün belirlenmediği görülmektedir⁷.

1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda (“Anayasa”) ise önceki Anayasalara nazaran daha geniş düzenlemeler getirilmiştir. “Genel İlkeler” başlıklı Anayasa m. 128, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idari esaslara göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hiz-

aklama) hükümlerinde de suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi hali ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştür.

⁵ Kanun incelendiği takdirde birçok özgü suçta failin kamu görevlisi olması bir unsur olarak aranmıştır. Örneğin TCK m. 247 (zimet), TCK m. 250 (irtikap), TCK m. 251 (denetim görevinin ihmali), TCK m. 252 (rüşvet), TCK m. 257 (görevi kötüye kullanma), TCK m. 279 (kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçu) gibi hükümlerde suçun yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebileceği görülmektedir.

⁶ **DEMREN DÖNMEZ, Burcu**; “Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 94, s. 99; **KANLIGÖZ, Cihan**; “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 3-4, s. 172, 173.

⁷ **MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra**; Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul 2017, s. 60; **AYDIN, Hüseyin**; “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/1, s. 112.

metlerinin gerektirdiği aslı ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” şeklinde kaleme alınmıştır. Madde hükmü incelendiğinde memur ve diğer kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlere bağlı olarak tanımlandığı görülmektedir. Dolayısıyla ilgili statülerin temelindeki belirleyici unsur idare hukuku bakımından elzem rol oynayan kamu hizmetidir. Kanaatimizce “Genel İlkeler” başlıklı Anayasa hükmünde memur statüsü dışında kamu görevlisi statüsünün öngörülmesinin altında yatan temel sebep, kamu hizmeti kavramının geçirdiği değişimdir. Şöyle ki kamu hizmeti kavramı idare hukuku bakımından eskisi kadar olmasa da halen oldukça önemli bir kavram olarak kabul edilmektedir⁸. Gerçekten de geçmişte kamusal ihtiyacın karşılanması olarak tanımlanmış kamu hizmetinin, aşağıda da değinileceği üzere günümüzde benzer bir yaklaşımla anlaşılabilmesi mümkün görünmemektedir.

Kamu görevlisi kavramının temelindeki kamu hizmeti aslında örtülü bir biçimde TCK m. 6/f. 1-c hükmünde de kullanılmıştır. Şöyle ki hükümde kamu görevlisinin kamusal faaliyete katılan kişi olacağı düzenlenmiştir. Fakat kamusal faaliyet, hükümde açıklanmadığı gibi, aynı zamanda anayasa veya idare hukukunda da kullanılmış bir kavram değildir⁹. TCK m. 6’nın gerekçesinde ise kamusal faaliyet kavramı açıklanırken kamu hizmetine atf yapılmıştır. Hükmün gerekçesinde kamusal faaliyet, “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmeti kamu adına yürütülmesi olarak” tanımlanmıştır. Hizmetin kamu adına yürütülmesi kalıbı ise aslında kamu hizmetini karşılamaktadır¹⁰. O halde ceza hukuku bakımından kamu görevlisi, siyasal bir kararlar belirlenmiş olan kamu

⁸ Nitekim Turgut Tan bir çalışmasında bu durumu “XX. Yüzyılın başında idare hukukunun uygulama alanının ve idari yargının görev alanının belirlenmesinde temel ölçüt olarak görülen kamu hizmeti kavramının günümüzde bir kimlik bunalımı geçirdiğini söylemek yanlış olmaz” şeklinde vurgulamıştır. Bkz. **TAN, Turgut**; “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 8, Yıl: 1991, s. 233.

⁹ Kamusal faaliyet kavramı, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu m. 3/f. 1-e hükmünde il özel idaresinin faaliyetlerini nitelemek için ilgili kuruluşların yetkileri belli bir coğrafi alan ve hizmetlerle sınırlı olmak üzere kamusal faaliyet yürüttükleri bahsinde kullanılmıştır. Bununla birlikte söz konusu kullanımın ceza hukuku bakımından herhangi bir fonksiyonu olmayacağı açıktır.

¹⁰ Belirtmek gerekir ki doktrinde kamu hizmeti ve kamusal faaliyet kavramlarının birbirleriyle örtüşmediği, kamusal faaliyetin ayrıca tanımlanması gerektiğini belirten yazarlar da vardır. Bu yöndeki görüş için bkz. **ÖZBEK, Veli Özer**; İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt – 1, 4. Baskı, Ankara 2010, s. 123; **KAPLAN, Mahmut**; “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 2, Aralık 2015, s. 64, 65. Doktrinde bir benzer yönde bir diğer görüş de kamusal

hizmetinin yürütülmesine herhangi bir biçimde katılan kişidir. Bu bakımdan ceza hukuku bağlamında kamu görevlisi kavramının belirlenmesinde idare hukukundan faydalanılabilecektir¹¹. Bununla birlikte yine gerekçede bilirkişilerin ve tanıkların da kamu görevlisi olacağı belirtilmiştir. Hâlbuki idare hukuku bağlamında avukatların¹², tanıkların veya bilirkişilerin kamu görevlisi olmadığı açıktır¹³.

Ceza hukuku bakımından kamu görevlisi kavramının belirlenmesinde öncelikle, bu kavramın idare ve anayasa hukukuyla paralel şekilde ele alınıp alınamayacağı tespit edilmelidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisi sayılmak için kişinin devletle herhangi bir istihdam ilişkisi kurmasına gerek yoktur¹⁴. Buna karşılık idare hukuku anlamında kişinin kamu görevlisi sayılması için, kamusal bir örgüte bağlı olarak çalışması gerekmektedir¹⁵. Gerçekten de bir kamu hizmetinin yürütümüne idareyle yaptıkları sözleşme uyarınca mal ve hizmet sağlayan kişiler, kamu hizmeti imtiyazına sahip kişiler, gönüllü işbirlikçiler, idareyle istihdam ilişkisi içerisinde

faaliyet kavramının mülga TCK dönemindeki kamu görevi biçiminde anlaşılması gerektiğini, kamu hizmetinin de bu tanıma dahil edilmesi halinde kabul edilemez sonuçların ortaya çıkacağını ileri sürmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki yazar daha sonra, şu an kamu görevlisi olarak kabul edilen, özel hastanede çalışan bir sağlık mesleği mensubu, belediye otobüs şoförü gibi örnekler vermiştir. Bkz. **OKUYUCU ERGÜN, Güneş**; “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt: III (Yayına Hazırlayanlar: **HILGENDORF, Eric/ÜNVER, Yener**), İstanbul 2010, s. 538.

¹¹ Benzer doğrultuda **KAPLAN**; s. 75.

¹² Bkz. **GÜLAN, Aydın**; “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 56, Sayı: 1-4; s. 104; **AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman**; İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 547. Danıştay 8. Dairesi de avukatlığın serbest meslek olduğu ve avukatların memurlar gibi kamu görevlisi olmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle benzer yönde bir karar vermiştir. Bkz. Danıştay 8. Dairesi, E. 993/117, K. 994/306, Danıştay Dergisi, Sayı:90, s. 817’den aktaran **DEMREN DÖNMEZ**; s. 111. Benzer doğrultuda Danıştay 10. Daire, E.1995/7280, K. 1997/6040, Tarih: 22/12/1997. (www.kazanci.com, son erişim 10/01/2018).

¹³ **SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık**; Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, 3. Baskı, Ankara 1999, s. 2778.

¹⁴ **GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun**; İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2006, s. 449; **ÖZEN, Muharrem/TOZMAN, Önder**; “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 42, Sayı: 4, s. 46; **DEMREN DÖNMEZ**; s. 118; **TAN, Mehmet**; TCK Genel Hükümler, I. Cilt, Ankara 2011, s. 118.

¹⁵ **AYDIN**; s. 116.

bulunmadıkları için kamu personeli, dolayısıyla da kamu görevlisi değildirler¹⁶. Hâlbuki sayılanlar kamusal bir mal, güç veya yetki kullandığı takdirde ya da katıldığı göreve bağlı olarak bir suça maruz kaldığında ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sayılabilecektir. Örneğin Danıştay 1. Dairesi bir kararında belediye meclis ve encümen üyeleri, il genel meclisi ve daimi encümen üyelerini kamu görevlisi olarak kabul etmemiştir¹⁷. Hâlbuki bu kişiler TCK m. 247'deki zimmet veya TCK m. 252'deki rüşvet suçlarının faili olabilecektir. Yine avukatların, bilirkişilerin ve tanıkların idareyle herhangi bir istihdam ilişkisi içerisinde olmadığı açıktır. Buna karşın gerek uygulama¹⁸ gerekse TCK m. 6'nın gerekçesinde tanıkların, noterlerin, bilirkişilerin, avukatların kamu görevlisi olduğu kabul edilmiştir. O halde şüphesiz ki kamu görevlisi kavramı bakımından ceza hukuku ve idare hukukunun kesiştiği bir alan mevcuttur. Buna karşın idare hukuku anlamında kamu görevlisi olmayan kişilerin, ceza hukukunda kamu görevlisi olarak kabul edildiği durumlar da söz konusu olabilmektedir¹⁹.

¹⁶ **AYANOĞLU, Taner**; “Kamu Personelinin Hukuki Rejimi”, Günışığında Yönetim (ÖZAY, İl Han), İstanbul 2004, s. 984. Benzer yönde **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER**; s. 433; **ŞAHİN**; s. 39.

¹⁷ Danıştay 1. Daire, E. 1996/131, K. 1996/242, Tarih: 19/12/1996. Kararın değerlendirilmesi için bkz. **AYANOĞLU**; s. 985.

¹⁸ Gerekçede yer almamakla birlikte vasilerin kamu görevlisi olup olmadığı tartışmalıdır. Yargıtay'ın 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda “Medeni Yasanın 398 vd. maddeleri uyarınca kısıtlı olan babasına yönteminde vasi olarak atanan sanığın üstlendiği özel vesayet görevinin kamusal nitelik taşımayıp bu nedenle kamu görevlisi sayılmayacağı” (Yar. 4. CD., E. 2006/6881, K. 2009/10375, Tarih: 05/12/2007, Karara ulaşmak için bkz. **DEMREN DÖNMEZ**; s. 121) şeklinde hüküm kurarak vasinin kamu görevlisi olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Buna karşın Yargıtay'ın güncel tarihli bir diğer kararı aksi yöndedir. Yargıtay ilgili kararında “Sanığın, sağlığında F...e Kadıköy 2.Sulh Hukuk Mahkemesince vasi tayin edildiği, ancak sanığın görevini ihmal ederek vasi tayin edildiği günden beri hesapları mahkemeye düzenli vermediği gibi mahkeme emri olmadan kısıtlıya ait paraları çektiği ve zimmetinde yüksek miktarda para bulundurduğu, bu şekilde sanığın üzerine atılı hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, 5237 sayılı TCK'nın 6/1.c maddesi anlamında kamu görevlisi olan sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 247/1-2 maddelerinde öngörülen zimmet suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkin delilleri takdir ve tartışmanın üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken duruşmaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yar. 15. CD., E. 2013/6625, K. 2015/494, Tarih: 15/01/2015, www.kararara.com, son erişim: 23/01/2018) şeklinde hüküm kurarak vasilerin de ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olduğuna hükmetmiştir.

¹⁹ Benzer doğrultuda **ÖNOK, R. Murat**; Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006, s. 369; **TEZCAN, Durmuş**; “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine, İşleyişine ve Kamu Barışına

II. Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramının Gelişimi

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesinde²⁰ kamu görevi yapanlar ve kamu hizmeti yapanlar ayrımı mevcuttu. Buna göre kamu görevi yapanlar memur olarak kabul edilmekte, kamu hizmeti yapanlar ise memur

Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008, s. 480; **AKGÜNER/BERK**; s. 547; **MAHMUTOĞLU/KARADENİZ**; s. 61; **KAPLAN**; s. 52; **ŞAHİN, Faruk**; “Yönetim Hukukundaki Memur Kavramıyla Ceza Hukukundaki Memur Kavramının Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2004, Sayı: 1, s. 39; **İNANÇ, Zekeriya Alper**; Türk Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu, İstanbul 2013, s. 71. Nitekim Kanunu yapan komisyonda görev alan Özgenç de “Memur bir kamu görevlisi çeşididir, ama her kamu görevlisi memur değildir. Kamu görevlisi kavramı, memur kavramından daha geniş bir anlam muhtevasına sahiptir” diyerek benzer bir görüşe yer vermiştir. Bkz. **ÖZGENÇ, İzzet**; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, 1. Baskı, s. 103. 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu döneminde de benzer bir durum söz konusudur. Savaş ve Mollamahmutoğlu tarafından hazırlanan Türk Ceza Kanununun Yorumu adlı eserde de bu durum şu şekilde özetlenmiştir: “Ceza ve idare hukuklarındaki tanımlar kimi zaman çakışır. Sözelimi, vali, kaymakam, hem yönetimin kadrosu içinde asli, sürekli kamu görevlerini yürütürler, bu açıdan idare hukukuna göre memurdurlar ve hem de yukarıda tanımlanan anlamda kamu görevi yapanlar ve bu açıdan ceza hukukuna göre memurdurlar. Kimi zaman da idare hukuku anlamında memur kavramı ceza hukuku anlamında memur kavramından daha geniştir. Sözelimi KİT personeli idare hukuku anlamında memurdur. Ama ceza hukuku anlamında 11.2.1992 tarihinde yürürlüğe giren 3771 sayılı Yasada özel hüküm (md. 3) bulunmasa idi, yine memur sayılmazlardı. Çünkü bu personel ceza hukukundaki anlamda kamu görevi yapmamaktadır. Maaşlı imam, vaiz de böyledir. Kimileyin de durum tersinedir. İdare hukuku anlamında memur, ceza hukuku anlamında memur kavramından daha dardır. Sözelimi, bilirkişi, tanık, noter ceza hukuku anlamında memur, idare hukuku anlamında memur değildir”. Bkz. **SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU**; s. 2778. Yine milletvekilleri, korucular, bekçiler, tercüman, yediemin sürekli bir kadroda istihdam edilmediği için idare hukukuna göre kamu görevlisi sayılmayacak, ancak ceza hukuku bakımından kamu görevlisi sayılacaktır. Benzer yönde çeşitli örnekler için bkz. **ÇETİN, Erol**; Memur Suçları, 2. Baskı, Ankara 2003, s. 39. Benzer noktadan hareketle yalnızca ceza hukuku bakımından uygulanacak bir tanımda idare hukuku kavramlarına atıf yapılmasının sakıncalı olduğu da belirtilmiştir. Bkz. **EREM, Faruk**; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt: II, Ankara 1993, s. 1499.

²⁰ **765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 279: (1)** Ceza Kanununun tatbikatında:

1 - Devamlı veya muvakkat surette teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören Devlet veya diğer her türlü amme müesseseleri memur, müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretsiz veya ücretli, ihtiyari veya mecburi olarak teşrii, idari veya adli bir amme vazifesi gören diğer kimseler memur sayılır.

(2) Ceza Kanununun tatbikatında amme hizmeti görmekle muvazzaf olanlar:

1 - Devamlı veya muvakkat surette bir amme hizmeti gören Devlet veya diğer amme müessesesinin memur ve müstahdemleri;

2 - Devamlı veya muvakkat, ücretli veya ücretsiz ihtiyari veya mecburi surette bir amme hizmeti gören diğer kimselerdir.

olarak kabul edilmemekte, kamu hizmetlisi olarak kabul edilmekteydi²¹. Yine memurluğun değerlendirilmesinde, kişinin kamu görevine bağlı olarak çalışmasını değil, üstlendiği görevin niteliği dikkate alınmaktaydı. Bununla birlikte neyin kamu görevi, neyin kamu hizmeti olduğunun, oldukça tartışmalı olsa da yargı içtihatları ve doktrinde büyük ölçüde şekillendiği belirtilmiştir²². Örneğin bir devlet dairesinde yönetim veya idari kadrolarda görev yapanlar ile bu işlerde onlara yardımcı olanlar memur olarak kabul edilirken, aşçı, temizlikçi, şoför gibi yardımcı kadrolarda görev yapanlar memur değil, kamu hizmetlisi olarak kabul edilmekteydi²³.

Bununla birlikte 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtay ve Danıştay her somut olayda dava konusu kişinin memur olup olmadığını belirlemeye çalışmaktaydı²⁴. Ayrıca birçok özel kanunda memur olarak sayılmayan kişilerle “memur sayılır” ya da “memur gibi cezalandırılır” gibi hükümlerin bulunması da karışıklığa yol açmaktaydı²⁵. Nitekim kamu görevi ve kamu hizmeti kavramlarına dayalı ayırımın, modern devletin faaliyetlerinin genişliği ve farklılığı dikkate alındığında tamamen belirsiz hale geldiği de ileri sürülmüştür²⁶. Yine mülga kanun döneminde aynı hizmet alanında çalıştığı halde bazı kişilerin çeşitli suçlardan sorumlu olacağı, bazı suçlardan da sorumlu olamayacağı gibi sonuçlara yol açıyordu²⁷. Örneğin 765 sayılı Kanun döneminde Ziraat Bankası, Halk Bank ve Emlak Bank çalışanları memur sayılmaktayken, özel bankaların personelleri memur sayılmamaktaydı. Hâlbuki benzer bir faaliyet ve kamusal güvene dayalı işlem yapan kişiler arasında bu nevi bir ayırımın yapılması ve cezai sorumlulukları arasında ciddi farklılıklar yaratılması makul karşılanmamıştır. Bu nedenle 4743 sayılı Mali Sektöre Olan

²¹ Özel kanunlarda birkaç istisna dışında suçun kamu hizmetlileri tarafından işlenebileceği yönünde değişikliklerin bilinçli bir biçimde yapılmaması sebebiyle, memur ve kamu hizmetlisi ayırımının pek bir anlam ifade etmediği doktrinde ileri sürülmüştür. Bu görüşle ilgili bkz. **SOYASLAN, Doğan**; “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, Yıl: 1996, Sayı: 1-4, s. 44.

²² **ERMAN**; s. 242; **GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa**; Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 1, 2. Bununla birlikte bu ayırımın kesin bir biçimde yapılamadığı, iki kavram arasında belirsizliğin bulunduğu da ifade edilmiştir. Bkz. **ŞAHİN**; s. 17; **İNANÇ**; s. 75.

²³ **GÖKCAN**; s. 149.

²⁴ **GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 3.

²⁵ **ÖZEN/TOZMAN**; s. 26.

²⁶ **EREM**; s. 1489.

²⁷ **MAHMUTOĞLU/KARADENİZ**; s. 63; **AYDIN**; s. 118. Benzer durumların 5237 sayılı TCK döneminde de görülmekte olduğu belirtilmelidir. Bu konuyla ilgili bkz. Dpt. 41 ve 46.

Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesiyle bankaların Yönetim, Denetim ve Tasfiye Kurulu'ndakilerin memur sayılmayacağı, personelin ise özel hukuka tabi olduğu düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu değişiklik ile ilgili kişilerin memur suçlarından değil, bankacılık suçlarından sorumlu tutulmasının önü açılmıştır²⁸.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda söz konusu ayırım ortadan kaldırılıp, kamu görevlisi kavramına yer verilmiştir²⁹. TCK m. 6 gerekçesinde de kamu görevlisi kavramının memur kavramından daha geniş olduğu ve kamu görevlisinin, kamusal faaliyetin yürütülmesine katılan kişi olduğu belirtilmiştir.

III. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kamu Görevlisi Kavramı

Kamu görevlisi TCK m. 6/f. 1-c hükmünde "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu hükümde kamu görevlisinin ayırt edici özelliği 'kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma' olarak belirlenmiştir. Burada kişinin nasıl bir katılım sağladığından ziyade faaliyetin niteliği ön plana çıkartılarak, önceki Kanunun aksine objektif temelli bir tanıma gidilmiştir³⁰. TCK m. 6/f. 1-c hükmü ve gerekçe bir arada değerlendirildiğinde bir kişinin ceza hukuku bağlamında kamu görevlisi olarak kabul edilebilmesi için; kamusal bir faaliyetin varlığı ve kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir suretle katılma şartlarının bir arada bulunması gerekmektedir.

A- Kamusal Faaliyet

Kamusal faaliyet anayasa veya idare hukukunda kullanılan bir kavram değildir. Bu nedenle öncelikle kamusal faaliyetin ne olduğunun belirlenmesi ge-

²⁸ Konuyla ilgili bkz. **AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman**; Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 100, 101.

²⁹ **ÖZBEK**; s. 122; **ÖZGENÇ**; s. 105; **MAHMUTOĞLU/KARADENİZ**; s. 63; **GÖKCAN**; s. 151; **İNANÇ**; s. 76; **KAPLAN**; s. 61; **TAN**; s. 118; **SEVCAN, Aysel**; "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar", Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008, s. 488; **TURABİ, Selami**; "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 20, Aralık 2012, s. 88; **OKUYUCU ERGÜN**; s. 535.

³⁰ **GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 6; **ÖZBEK**; s. 123; **MAHMUTOĞLU/KARADENİZ**; s. 63; **GÖKCAN**; s. 151; **DEMREN DÖNMEZ**; s. 117; **TURABİ**; s. 88.

rekmetedir. Hükmün gerekçesinde kamusal faaliyet açıklanmaya çalışılmıştır. Gerekçenin ilgili bölümü “Bilindiği üzere³¹, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir” şeklindedir. Kamusal faaliyet kavramının 765 sayılı Kanun dönemindeki kamu görevi – kamu hizmeti ayrımını kapsadığı, eski Kanundakinin aksine kişinin üstlendiği işin vasfına dayalı subjektif bir tanımın değil, katıldığı faaliyete dayalı olarak objektif bir tanımın benimsenmesi nedeniyle kavramın eski Kanundaki görev – hizmet ayrımından yola çıkılarak anlaşılamayacağı belirtilmiştir³². Kanaatimizce ceza hukuku anlamındaki kamu görevlisi kavramının anlaşılabilmesi için ilk sorsal, bu incelemede idare hukukundan faydalanılabilecek midir ve faydalanılabilecekse bunun ne derece olabileceğidir.

Ceza hukuku ve idare hukuku ayrı alanlardır. Yine TCK m. 6/f. 1’in başında tanımlar için “Ceza kanunlarının uygulanmasında” denilmek suretiyle ilgili tanımların yalnızca ceza hukuku bakımından sonuç doğurmasının amaçlandığı görülmektedir. Ayrıca idare hukuku bakımından kamu personeli rejimine tabi olamayacak, idareyle herhangi bir istihdam ilişkisi bulunmayan avukatlar, tanıklar ve bilirkişilerin de hükmün gerekçesinde kamu görevlisi olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla idare hukukundaki ve ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramları birbirleriyle özdeş olamayacaktır.

Bununla birlikte kamu görevlisinin tanımında kullanılan kamusal faaliyet ibaresinin yorumunda kısmen de olsa idare hukukundan faydalanmak mümkün ve gereklidir. Şöyle ki hükmün gerekçesinde kamusal faaliyet, siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi olarak belirlenmiştir. Bir diğer deyişle kamu için siyasal bir karara bağlı olarak kamu adına yürütülen hizmetler, kamusal faaliyettir. Dolayısıyla kamusal faaliyet, aslında belirli bir açıdan kamu hizmeti anlamında kullanılmıştır³³. Gerekçenin bu kısmında

³¹ Belirtmek gerekir ki kamusal faaliyet gibi ne anayasa ne de idare hukukunda bulunan bir terimin açıklanmasına ‘bilindiği üzere’ ibaresiyle başlanması oldukça ilginçtir.

³² **GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 8.

³³ Benzer doğrultuda **GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 14. Bu noktada hükmün gerekçesinde ‘kamu hizmeti’ gibi kendiliğinden anlaşılabilir bir kavrama atıf yapılması da eleştiri konusu olabilir. Nitekim Truchet kamu hizmetiyle ilgili “Hiç kimse kamu hizmetinin tartışılmaz bir tanımını yapamamıştır. Yasama bunu kendine tasa edinmemiş, yargı yapmak istememiş, doktrin ise başaramamıştır” diyerek kavramın karmaşıklığını ortaya koymuştur. Bkz. **TRUCHET, D.**; Nouvelles Récentes d’un Illustre Vieillard: Label de service public, A. J. D. A., 1982, s. 428’den aktaran **GÜLAN**; s. 102, dpt. 19. Kamu hizmetinin tanımlanmasındaki zorluklar nedeniyle, kavramın dönemsel ihtiyaçlara göre belirlenmesi şeklinde bir teamüle yol açıldığı

eleştirilmesi gereken husus ise, söz konusu belirlemede kamu hizmetine yönelik güncel durumun tamamen göz ardı edilmesidir. Gerçekten de geçmişte yapılan çalışmalar incelendiği takdirde, kamu hizmetinde genel olarak belirleyici olan unsurun hizmetin kamusal ihtiyacı karşılamak için devlet eliyle veya denetimiyle yürütülmesi olduğu vurgulanmıştır³⁴. Yine bunun yeterince belirli olmadığı ve kamu adına yürütülen hizmetlerin aynı zamanda siyasi bir kararlar kamu hizmeti olduğunun belirlenmesi gerektiği de ileri sürülmüştür³⁵. TCK m. 6'nın gerekçesinde de benzer bir yaklaşım görülmektedir. Ayrıca 1982 Anayasası'nda da bu anlayışa yatkın hükümler dikkat çekmektedir. Bu argümanı desteklemek için sıklıkla başvuru hukümlerinden biri de Anayasa m. 47'dir. İlgili hükümde kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerinin kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceğinin öngörülmesi, aslında kamu hizmetinin belirlenmesinde asıl rol oynayan unsurun yasama organının iradesi olduğu şeklinde kabul edilmiştir³⁶. Bununla birlikte kamu hizmeti olması söz konusu faaliyet, kamu hizmetinin organik unsurunu da, yani kamu tüzel kişisi tarafından yürütülmesi şartını da sağlamalıdır. Örneğin yasa koyucu avukatlık mesleğini kamu hizmeti olarak nitelendirmişse de, avukatlık mesleği idareyle organik bir bağ içermediği için kamu hizmeti teşkil etmeyecektir³⁷.

Ancak kamu hizmetine yönelik bu yaklaşımın da güncelliğini yitirdiği veya hızlı bir şekilde yitirmekte olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Zira idare, birçok alanda ticari ve sınai faaliyetlere girerek faaliyetlerini kamu hizmetinin ötesine taşımış, kamu hizmeti olarak geçen birçok faaliyetini de özel sektöre devretmiştir. Yine bu faaliyetlerle özel kişilerin yaptığı faaliyet arasındaki rekabet, uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması ve idarenin kamu hizmeti üzerinden tanımlanması da tartışmalı hale gelmiştir. Eskiden

da belirtilmiştir. Bkz. **YILMAZ, Dilşat**; "Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Yıl: 2008, Sayı: 1-2, s. 1217. Halbuki bütün bu hususlar göz ardı edilerek, kanaatimizce gerekli olmadığı halde, Türk Ceza Kanunu'nda örtülü bir biçimde kamu hizmeti kavramına atıf yapılmıştır.

³⁴ **ARTUKMAÇ, Sadık**; Bizde İdarenin Mürakabesi, İstanbul 1950, s. 9; **ADİL, Musliheddin**; Mukayeseli Hukuku İdare, İstanbul 1933, s. 68, 69.

³⁵ **CROZAT, Charles**; Amme Hizmeti Mefhumu, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi 32, Ankara 1938, s. 7, 8.

³⁶ **TAN**; s. 235; **GÜLAN**; s. 103; **YILMAZ**; s. 1221.

³⁷ Bkz. Dpt. 12.

kamu hizmeti olduğuna tereddüt bulunmayan elektrik üretim ve dağıtım faaliyetleri³⁸, posta dağıtımını gibi faaliyetler özelleştirilip serbest piyasaya açılarak kamu hizmeti olmaktan çıkartılmıştır³⁹. Bu bakımdan kamu hizmetine yönelik ciddi bir dönüşüm vardır⁴⁰. Ancak TCK m. 6 gerekçesinde bu dönüşümün herhangi bir yansıması da görülmemektedir⁴¹. Dolayısıyla ceza hukuku anlamındaki kamu görevlisinin temel aldığı kamusal faaliyet kavramı

³⁸ Anayasa Mahkemesi de çeşitli kararlarında elektrik üretim ve dağıtımının kamu hizmeti olduğunu vurgulamıştır. “Kişilerin su, elektrik, havagazı gibi ihtiyaçlarının karşılanması önemli kamu hizmetlerindedir” (AYM, E. 973/32, K. 974/11, Tarih: 26/03/1974), “Elektrik üretimi, iletimi ve dağıtım ile ilgili etkinlikler kamu hizmetidir” (AYM, E. 994/43, K. 994/42-2, Tarih: 24/01/1995). Kararlarla ilgili ayrıca bkz. **GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut**; İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, 7. Baskı, Ankara 2010, s. 682. Buna karşın güncel duruma uygun olarak Yargıtay tarafından elektrik dağıtım şirketi görevlilerinin ceza yargılamasında kamu görevlisi sayılmayacağı yönünde karar verilmiştir. “Akdeniz Edaş Dağıtım A.Ş.’nin Serik İşletme Şefliğine bağlı taşeron Öz-Kal Elektrik İnş. Taah. Tic. Ltd. Şirketinde endeks okuma ve fatura bildirimini bırakma işini yapan sanığın, ceza kanunu tatbikinde kamu görevlisi sayılmadığı gibi özel kanunlarda da kamu görevlisi sayıldıklarına veya bu yükümlülük ve sorumlulukları bakımından kamu görevlisi gibi cezalandırılacaklarına dair hüküm bulunmadığı...” (Yar. 5. CD., E. 2011/11549, K. 2012/13534, Tarih: 25/12/2012). Karar için bkz. **YAŞAR, Osman(GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa**; Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 186.

³⁹ Nitekim söz konusu değişim Anayasa Mahkemesi kararlarına yansımıştır. Yüksek Mahkeme bir kararında “Kamu hizmetleri, aslında bir bütündür. Bunun yerine getirilmesi de ilke olarak Devlete aittir. Ancak toplum hayatının gittikçe genişlemesiyle çoğalan kamu hizmetlerinin mutlaka klasik idare kuruluşları tarafından görülmesi koşulu artık aranmakta, bunların dışında özel kişilerce de gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, kamusal hizmet ünitelerinin nitelik ve özellikleriyle uyushabildiği ölçüde, kamu ve özel hukuk kurallarından oluşan karma nitelikte yapılandırılmaları mümkündür. Bu sebeptendir ki, kamu hizmetleri ne suretle yürütülürse yürütülün kamu kurum ve kuruluşlarının gözetim ve denetimleriyle hizmeti yönlendirme yetkileri var olduğu sürece, hizmet kamusal niteliğini korumuş olur” (AYM, E. 990/1990, K. 990/6, Tarih: 12/04/1990) diyerek kamu hizmetlerinin karma nitelikte yapılandırılmalarının mümkün olduğunu vurgulamıştır. Kararın değerlendirilmesi için bkz. **GÖZÜBÜYÜK/TAN**; s. 680.

⁴⁰ Kamu hizmetinin dönüşümüyle ilgili değerlendirmeler için ayrıca bkz. **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER**; s. 867 vd.; **ULUSOY, Ali D.**; “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, *Amme İdaresi Dergisi*, Sayı: 31/2, Yıl: 1998/Haziran, s. 25.

⁴¹ Belirtmek gerekir söz konusu dönüşüm Yargıtay’ın bazı kararlarına yansımıştır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda “Türk Telekom, hisselerinin tamamı Hazine'ye ait bulunmakta iken, Bakanlar Kurulu'nun 25.07.2005 tarih ve 2005/9146 sayılı "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi (Türk Telekom)'nin % 55 Oranındaki Hissesinin Blok Olarak Satışına İlişkin Nihai Devir İşlemlerine Dair Karar'ın Yürürlüğe Konulması Hakkında Karar"ı uyarına, % 55 oranındaki hissesinin blok satışıyla özelleştirildiğinden, 406 sayılı

bakımından kamu hizmetiyle bağlantı kurulmuş olması, kavramın ortaya koyulması bakımından yeterli değildir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramı daha geniştir. Bu nedenle kanaatimizce bir kişinin ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olup olmadığını tespit ederken aşağıdaki adımlar izlenmelidir:

1- *Kişinin kamu personel rejimine tabi olması*: Kamu hizmeti kavramının daralması sebebiyle⁴², kamu personel rejiminin de daraldığı söylenebilecektir. Ancak söz konusu durum, ceza hukukunda kamu görevlisinin belirlenme-

Kanun ve özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirket olup, kamu kurum ve kuruluşlarına uygulanan mevzuat Türk Telekom'a uygulanmamaktadır. TCK'nın 6/1-c maddesine göre ise; kamu görevlisi deyiminden kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır. Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde Tokat İl Telekom Müdürlüğünde Teknisyen yardımcısı olarak çalışan katılanın 5237 sayılı TCK'nın 6/1-c maddesinde tanımlanan kamu görevlilerinden olmadığı halde sanığın TCK'nın 125/1.maddesi yerine aynı Kanunun 125/3-a maddesi uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi" (Yar. 2. CD., E. 2013/26646, K. 2013/7786, Tarih: 10/04/2013, karar için bkz. **OTACI/ÖZTEKİN/ÖZAYDIN**; s. 40) şeklinde hüküm kurmak suretiyle Türk Telekom'un anonim şirket olması ve %55 oranındaki hissesinin özelleştirilmesi nedeniyle, bu şirkette teknisyen yardımcısı olarak çalışan kişiyi kamu görevlisi olarak kabul etmemiştir. Benzer doğrultuda Yar. 5. CD., E. 2012/16128, K. 2014/3396, Tarih: 26/03/2014 (www.lexpera.com.tr, son erişim 10/01/2018).

⁴² Bu konuyla ilgili bkz. **KARAHANOGULLARI, Onur**; Kamu Hizmeti, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 122 vd.

sinde, idare hukuku anlamında kamu personel rejiminden yararlanılamayacağı anlamına gelmemektedir⁴³. Kanaatimizce idareyle bir istihdam ilişkisinde olan memurlar, silahlı kuvvet personeli, hâkimler ve savcılar⁴⁴, üniversite akademik personeli ve sözleşmeli personeller, ceza hukuku bakımından

⁴³ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin bazı kararları posta dağıtıcısı olarak çalışan kişilerin kamu görevlisi oldukları yönündedir. Yargıtay bir kararında "posta dağıtıcısı olan sanığın... 5237 sayılı TCY'nın 5, 6/c maddeleri gereği 'kamusal faaliyete' katılması dolayısıyla kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir..." (Yar. 4. CD., E. 2006/2081, K. 17292, Tarih: 18/10/2006 şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. **GÖKCAN**; s. 154. Bununla birlikte Yargıtay benzer yöndeki bir kararında "Posta İşletmesi Genel Müdürlüğü 5584 sayılı Posta Kanunu ile 233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler kapsamında faaliyet gösteren Kamu İktisadi Teşebbüsüdür. Yürürlükten kalkan 765 sayılı TCY'nın 279/1. maddesi kapsamında 'memur' sayılmadığı için 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin İl/b maddesindeki özel hüküm uyarınca KİT personelinin görevinden doğan suçlarından dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılması gerekmektedir... 5237 sayılı TCY'nın 6/1-c ve 5. maddeleri uyarınca, kamusal faaliyetin yürütülmesine kamu hukuku usulünce katılması dolayısıyla KİT rejimine tabi bulunan PTT personeli kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir" (Yar. 4. CD., E. 2010/13771, K. 2010/11870, Tarih: 16/06/2010) şeklinde hüküm kurarak Kamu İktisadi Teşebbüsü ("KİT") personeliyle ilgili kamu görevlisi gibi cezalandırılacakları yönünde bir hükme dayanmıştır. Halbuki KİT personeli, 765 sayılı Kanun döneminde göz önünde bulundurulmuş bir kavram olarak, memur sayılmadığı için 339 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m. 11/b hükmünde düzenlenen, KİT personelinin memur gibi cezalandırılacağı yönündeki hükme artık dayanılması gerekmemektedir. Zira posta dağıtım görevlisi eğer kamu hizmeti yürütüyorsa, ceza hukuku bakımından TCK m. 6/f. 1-c gereği, özel bir hükme gerek kalmaksızın kamu görevlisi olarak kabul edilebilecektir. Yargıtay argümanımız bakımından önem arz eden bir başka kararında ise "İncelenen dosyada, sanığın sözleşmeli PTT personeli olduğunu ifade ettiği, çalıştığı kurumdan hukuki statüsünün sorulmadığı, üstlenici firma elemanı olarak istihdam edildiğinin tespit edilmesi halinde kamu görevlisi sayılamayacağından görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunun faili olmasının da mümkün olmayacağı anlaşılacakla, sanığın hukuki statüsü tespit edilmeden 'tebligatlarla, muhataplarla aynı adreste birlikte oturup oturmadıkları hususunun şerh edilmediği, bu şekilde usulüne uygun tebligat yapmadığı' kabul edilerek görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan TCK'nın 257/1. maddesi gereğince mahkumiyet kararı verilmesi" (Yar. 4. CD., E. 2015/8121, K. 2015/26853, Tarih: 13/04/2015, **OTACI, Cengiz/ÖZTEKİN, Murat/ÖZAYDIN, Fatih**; TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu 2013-2015 Kararları, 2 Baskı, Ankara 2016, s. 45) şeklinde hüküm kurmak suretiyle sözleşmeli olarak çalışan PTT personelinin kamu görevlisi olmadığına hükmetmiştir. İki karar bakımından dikkati çeken nokta, faillerin benzer faaliyetler gerçekleştirmesine rağmen, istihdam rejiminden kaynaklı farklılıkları nedeniyle kamu görevlisi olup olmadığı arasında bir farkın gözetilmesidir. Bize göre söz konusu uygulama, ceza hukukunda kamu görevliliğinin tespiti bakımından kişinin kamu personel rejimine tabi olmasının bir kriter olarak kabul edildiği şeklinde yorumlanmalıdır.

⁴⁴ Belirtmek gerekir ki TCK m. 6/f. 1-d hükmünde hakimler ve savcılar "yargı görevi yapan" olarak tanımlanmıştır.

da kamu görevlisi olarak kabul edilebilecektir⁴⁵. Eğer kişi kamu personel rejimine tabi ise bu durumda ceza hukuku anlamında da kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir⁴⁶. Zira idari bir faaliyetle görevlendirilen kişi eylemleriyle

⁴⁵ Söz konusu grupların kamu personel rejimi çerçevesinde kamu görevlisi olarak sayılmasıyla ilgili bkz. **AYANOĞLU**; s. 999 – 1013; **ŞAHİN**; s. 22; **ÖZBEK**; s. 123.

⁴⁶ Argümanımızı desteklemek bakımından verilebilecek bir örnek, kamu kurumlarında ve özel kurumlarda çalışan hekimler arasındaki statü farkıdır. Yargıtay'ın yeknesak uygulaması özel hastanede görevli hekimlerin ve diğer sağlık mesleği mensuplarının kamu görevlisi olmadığı yolundadır. Örneğin Yargıtay tarafından verilen bir kararda “Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde, suç tarihinde hamile olan ve ... Cerrahi Tıp Merkezinde doğumu gerçekleştiren ...'in, ...'a ait kimlik bilgilerini kullanarak hastane kayıtlarında işlem yaptırmak sureti ile sanıkların fikir ve eylem birliği içerisinde resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunu işlediği iddia olunan kamu davasında; özel hastane çalışanları kamu görevlisi olmadıkları gibi muayeneye gelen kişilerin ibraz ettiği belgedeki kişi olup olmadığını denetlemenin hastane yetkililerinin görevi olduğu, sanık ...'in hastaneye verdiği kimlik bilgilerinin doğru olup olmadığı hususunun basit bir incelemeyle tespit edilebileceği, zira görevliler tarafından sonradan yapılan kontrolde durumun kolaylıkla farkına varıldığı, bu nedenle sanığın hastane yetkililerini aldatabilecek, hile oluşturabilecek nitelikte bir davranışı bulunmadığı, ayrıca belgeyi düzenleyen kurumun resmi değil özel bir kurum olması da gözetildiğinde, resmi belge düzenlenmesinde yalan beyanda bulunma suçunun unsurları itibariyle oluşmadığı, sanığın sübuta eren eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 207/1. maddesinde düzenlenen özel belgede sahtecilik suçunu oluşturacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması” (Yar. 11. CD., E. 2016/2295, K. 2016/6436 Tarih: 22/09/2016, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 23/01/2018) şeklinde hüküm kurarak özel hastanede görev yapan doktorun kamu görevlisi olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Yargıtay, özel hastanede görevli doktor tarafından düzenlenen raporun resmi belge değil, özel belge sayılacağına “26.09.2006 tarihinde adı belirtilen hastane tarafından düzenlenen sağlık kurulu raporuna istinaden doktor tarafından tanzim edilerek imzalanan ve sahte olduğu tespit olunan geçici iş görmezlik belgesinin, sanık K.. S.. tarafından alınıp iş yerine ibraz edilmesinden sonra 90 gün işe gitmemesi şeklinde gerçekleştirdiği sabit olduğuna ilişkin eyleminin sabit olduğu ancak; ancak söz konusu iş görmezlik belgesinin özel hastane tarafından düzenlendiği dikkate alındığında özel belge niteliğinde kabul edilmesinin gerekeceği, bu nedenle sanığın eyleminin özel belgede sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülmek suretiyle sanık K.. S.. hakkında resmi belgede sahtecilik suçundan hüküm kurulması” (Yar. 15. CD., E. 2013/4106, K. 2014/20090, Tarih: 01/12/2014, http://www.hukukmedenyeti.org, son erişim: 23/01/2018) şeklinde kaleme aldığı kararıyla hükmetmiştir. Kanaatimizce devlet hastanesindeki hekimlerin kamu görevlisi sayılması, buna karşın özel hastaneler gibi sağlık kurum ve kuruluşundaki hekimlerin kamu görevlisi sayılmaması, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki kamu görevlisi kavramının belirlenmesinde yalnızca “faaliyetin niteliğine” bakılmasının yeterli olmadığını göstermektedir. Buradaki ayırt edici kıstas hekimin istihdam rejimindeki yeridir. Yoksa özel hastanede görevli hekim de, devlet hastanesinde görevli hekim de kamu sağlığına yönelik, kamusal bir faaliyet yürütmektedir. Ancak farklı kuruluşlarda çalışan hekimlerin faaliyetleri bir olsa da, kamu personel rejimine tabi olup olmamaları statülerinin ayrılmasına yol açmaktadır. Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki özellikle hekimlere yönelik şiddetin

kamu idaresinin güvenilirliğini sarsabileceği gibi⁴⁷, göreviyle bağlantılı olarak ona karşı gerçekleştirilen eylemlerde de kamu düzeni daha ciddi şekilde etkilenebilecektir.

2- *Kamu personel rejimine tabi olmasa dahi, kişinin, kamusal bir yetki veya araç kullanarak ya da kamu güvenine dayalı olarak, kamuya yönelik bir faaliyetin yürütülmesine doğrudan katılması*: Bir kişi idare hukuku anlamında kamu görevlisiye ve kamu personel rejimine tabi ise, ceza hukuku bakımından da kamu görevlisi olarak kabul edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte kamu personel rejimine tabi olmayan ve ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilen kişiler de mevcuttur⁴⁸. Burada ise kamusal yetki, güç veya araç kullanarak ya da kamusal güvene dayalı olarak kamuya yönelik faaliyetlere katılmak esas alınmalıdır. Faaliyetin kamuya yönelik faaliyetle kast edilen, faaliyet kapsamındaki hizmet veya etkinliğin tüm toplumu ilgilendirmesidir⁴⁹. İşte ceza hukuku anlamında bu

artması ve özel hastanelerin sağlık hizmetinde oynadığı rolün öneminin artması nedeniyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na, 6514 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle Ek madde 12, 02/01/2014 tarihinde eklenmiştir. İlgili maddenin ikinci fıkrası "Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personel, bu görevleriyle bağlantılı olarak kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanmasında kamu görevlisi sayılır" şeklinde kaleme alınmıştır. Böylece kanun koyucu özel sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan personelin aslında kamu görevlisi olmadığını, ancak onlara karşı görevleriyle bağlantılı olarak işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Yargıtay söz konusu kanun değişikliği sürecinde, 02/01/2014 tarihinden önce gerçekleşen fiiller bakımından özel hastanelerde çalışan hekimleri kamu görevlisi saymamış. Yargıtay'ın bu süreçle ilgili bir kararı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun geçici onikinci maddesinin ikinci fıkrasındaki, özel hastane personeline yönelik olarak, yürütmüş oldukları hizmet nedeniyle işlenen suçlar açısından, ilgili personelin kamu görevlisi sayılacağına ilişkin düzenlemenin, maddenin yürürlük tarihi olan, 18.01.2014 ve sonrası için uygulanabileceği, bu tarihten önceki eylemler açısından ise, ilgili personelin kamu görevlisi sıfatının olmadığı gözetilerek somut olay değerlendirildiğinde; özel hastane doktoru olan mağdurun, suç tarihi itibarıyla kamu görevlisi sıfatı bulunmayıp, yüklenen suçların kovuşturulmasının da bu nedenle şikayete bağlı olduğu anlaşılmıştır" (Yar. 18. CD., E. 2015/11085, K. 2015/11639, Tarih: 23/11/2015, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 23/01/2018) şeklinde kaleme alınmıştır. Benzer doğrultuda Yar. 18. CD., E. 2015/27656, K. 2016/11520, Tarih: 26/05/2016, www.lexpera.com.tr, erişim tarihi: 23/01/2018.

⁴⁷ Benzer doğrultuda **SOYASLAN**; s. 52.

⁴⁸ 765 sayılı Kanun döneminde kaleme alınan eserlerde de ceza hukuku bakımından kişinin kamu görevlisi (765 sayılı Kanun bakımından memur veya kamu hizmetlisi sayılması) için idareyle muhakkak bir istihdam ilişkisi içerisinde bulunmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **SOYASLAN**; s. 45; **ŞAHİN**; s. 31.

⁴⁹ Örneğin apartman yöneticilerinin kamu görevlisi sayılmamasının temelinde, yürüttükleri faaliyetin kamuya yönelik olmaması mevcuttur. Yargıtay da bir kararında "site ve apartman

kişilerin de kamu görevlisi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Örneğin avukatlar idare hukuku bakımından kamu görevlisi olarak kabul edilmemektedir⁵⁰. Ancak avukatların ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olduğu kabul edilmektedir.

Buna karşın söz konusu yetki veya araç kullanılması özünde gayrihukuki bir temele dayanmaktaysa, kişi ceza hukuku anlamında kamu görevlisi sayılamayacaktır⁵¹. Örneğin kolluk görevlilerinin bir gösteri yürüyüşüne müdahalesi sırasında, elinde sopalarla göstericileri kovalayan bir diğer grup, gerçekleştirdikleri eylemin suç teşkil etmesinin dışında, eylemlerini gerçekleştirecek zemine dahi gayrihukuki bir biçimde yerleşmişlerdir. Bu bakımdan bu kişilerin kamu görevlisi sayılması mümkün olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki yukarıdaki argümanımız da kavramın belirliliğini tek başına sağlayabilecek yeterlilikte değildir. Gerçekten de kamu personel rejimi, kamusal araç ve kamuya yönelik faaliyet kavramlarının ne anlama geldiği ceza hukuku bakımından belirliliğe ilişkin sorunlar yaratmaya müsaittir. Dolayısıyla yukarıdaki çözüm önerimiz, sorunu tamamen bertaraf eden bir çözüm niteliğinde değildir.

B- Kamusal Faaliyetin Yürütülmesine Katılma

TCK m. 6/f. 1-c hükmünde kişinin kamusal faaliyetin yürütülmesine herhangi bir şekilde katılabileceği öngörülerek, bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak gerekçede “kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerince üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır” denilmek suretiyle ihaleye dayalı katılım, kamu görevliliğinin kapsamı dışında bırakılmıştır. Halbuki ihale yöntemi zaten kamusal hizmetin özel kişilerce üstlenilmesi yöntemi değildir⁵². İdare, ihale yoluyla hizmetin işleyişi için gerekli olan hizmet ve malları ihale yöntemiyle özel kesimden alabilmektedir⁵³. Hâlbuki kamu hizmeti özel kesime

yönetim kuruluşu başkanı ve üyelerinin kamu görevlisi sayılmasına olanak bulunmaması nedeniyle görevi kötüye kullanma suçunun faili olamayacakları” (Yar. 4. CD., E. 2008/1344, K. 2008/5396, Tarih: 02/04/2008. Karara ulaşmak için bkz. **DEMREN DÖNMEZ**; s. 121) apartman yöneticilerinin kamu görevlisi olmadığını belirtmektedir.

⁵⁰ Bkz. Dpt. 12.

⁵¹ Benzer doğrultuda görüş için bkz. **TAN**; s. 118.

⁵² **GÜNDAĞ, Metin**; İdare Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2002, s. 294’den aktaran **ÖNOK**; s. 372.

⁵³ **KARAHANOĞULLARI**; s.316.

gördürülmesi ruhsat, sözleşme⁵⁴ gibi yollarla söz konusu olabilmektedir⁵⁵. Bunun yanı sıra hangi usulle görülürse görülsün, hizmetin sağlanması kamu personel rejimine tabi kişilerce veya kamusal bir yetki veya güvene dayalı şekilde yürütülüyorsa, hizmeti sağlayanlar kamu görevlisi olacaktır. Bu bakımdan gerekçede bulunan bu sınırlama hem kanuni dayanaktan yoksun hem de hatalıdır.

Kamusal faaliyete katılan herkesin kamu görevlisi olması da kavramın içeriğini boşaltıp, cezalandırma alanını aşırı ölçüde genişletecektir⁵⁶. Örneğin belediye tarafından kamu hukukuna göre kadrolu olarak istihdam edilen otobüs şoförü kamu görevlisi olabilecektir. Ancak otobüsün lastiği patladığında, lastiği değiştiren ve idareyle bir istihdam ilişkisi bulunmayan kişinin kamu görevlisi olarak kabul edilmemesi gerekir. Bu bakımdan hükümdeki “kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma” ibaresinin dar yorumlanması gerekmektedir⁵⁷.

Doktrindeki ağırlıklı görüş, kişinin kamu görevlisi olarak kabulü bakımından kamusal faaliyete katılımın, Anayasa m. 128’de de belirtildiği üzere genel idari esaslara, yani kamu hukuku rejimine ve kamusal yönetim biçimlerine göre gerçekleşmesi gerektiği yönündedir⁵⁸. Yargıtay’ın görüşü de benzer yöndedir. Gerçekten de Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, vermiş olduğu bir kararında⁵⁹ kamu görevlisine ilişkin “5237 sayılı TCY’nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; ‘kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak

⁵⁴ Sözleşme, bir ihale süreci sonunda akdedilmiş olsa bile burada hizmetin özel kesime ihaleyle değil, sözleşmeyle gördürülmekte olduğu kabul edilmelidir.

⁵⁵ **KARAHANOGULLARI**; s. 320 vd.

⁵⁶ Önok da benzer şekilde hükmün lafzî anlamının kastedilenden daha geniş bir kapsama sahip olduğunu belirtmiştir. Bkz. **ÖNOK**; s. 369. Kavramın gerektiğinden daha geniş anlamlara gelebileceği yönünde bkz. **ÖZEN/TOZMAN**; s. 43; **GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 20; **MAHMUTOĞLU/KARADENİZ**; s. 63; **DEMREN DÖNMEZ**; s. 120.

⁵⁷ Benzer doğrultuda **TEZCAN**; s. 480.

⁵⁸ Bu konuyla ilgili bkz. **GÖKCAN/ARTUÇ**; s. 21; **GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER**; s. 450; **MAHMUTOĞLU/KARADENİZ**; s. 64; **AKGÜNER/BERK**; s. 568; **KAPLAN**; s. 69; **İNANÇ**; s. 78; **SEVCAN**; s. 488. Yine ruhsat, müşterek emanet, imtiyaz, yap-işlet-devret gibi usullerle özel kişilerce faaliyetlerin gerçekleştirilmesi halinde, faaliyeti gerçekleştirenlerin kamu görevlisi sayılmayacağı ifade edilirken, bu kişilerin genel idari esaslara göre faaliyeti gerçekleştirmediğine dayanılmıştır. Bkz. **TURABI**; s. 103.

⁵⁹ YCGK, E. 2010/9-258, K. 2011/46, Tarih: 12/04/2011 (www.kararara.com, erişim tarihi: 09/01/2018).

katılan kişi' denilmek suretiyle de 'kamu görevlisi'nin tanımı yapılmıştır. Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Kamusal faaliyet de, anılan madde gerekçesinde; 'Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir' şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca; kamuya ait yetki ve gücü kullanacak organların, bu kamusal faaliyetlerine 'genel idare esaslarına' göre katılan ve yardım edenlerin de 'kamu görevi' yaptıklarının kabulünde zorunluluk vardır. Bu nedenle; 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendindeki 'kamu görevlisi' tanımında yer alan 'katılan kişi' ibaresi ile, madde gerekçesinde yer alan 'kamusal faaliyet' açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Yasası uygulamasında 'kamu görevlisi', yapılan faaliyetin de 'kamusal faaliyet' sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir" şeklindeki açıklamaları, Kurulun görüşünün kişinin kamusal faaliyete katılımının genel idari esaslara dayalı olması gerektiği yönünde olduğunu göstermektedir⁶⁰.

Genel idare esasları, kamu hukuku rejimi ya da kamusal idare usulleri olarak bilinir⁶¹. Akgüner/Berk de genel idare esasları kavramını "idareye, işlevini (görevini) yerine getirmek amacıyla ve kamu gücüne dayalı, idari, icrai, tek yanlı idari işlemler ve eylemler yapma olanağı veren bir düzen" olarak tanımlamıştır⁶².

Genel idari esasların, idare hukuku yönünden bir önem arz ettiğini kabul etmekle birlikte, ceza hukukunda kamu görevlisi sayılmak için ayırt edici bir kriter olmadığını düşünüyoruz. Gerçekten de avukatların, tanıkların ya da bilirkişilerin hangi "genel idari esaslara" göre kamusal faaliyete katıldığı bilinmemektedir. Zira idare hukuku bakımından geniş anlamda kamu görevlisi

⁶⁰ Yargıtay 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında "TCK 6/1. maddedeki 'herhangi bir surette' ibaresinin doktrinde de belirtildiği üzere, 'kamu hukuku usulüne göre iştirak' şeklinde anlaşılmasının gerekli bulunması karşısında, hizmet satın alınması yoluyla istihdam edilen personelin veya geçici ihtiyaçlar nedeniyle özel hukuka tabi şekilde çalıştırılan geçici işçilerin kamu görevlisi sayılmayacağı" (Yar. 4. CD., E. 2011/1864, K. 2013/14243, Tarih: 07/05/2013, www.kararara.com, erişim tarihi: 09/01/2018) şeklinde hüküm kurmak suretiyle benzer bir görüşü benimsemiştir.

⁶¹ GÜNDAY, Metin; İdare Hukuku, Ankara 2013, s. 518, 519'dan aktaran; AKGÜNER/BERK; s. 568, dpt. 810.

⁶² AKGÜNER/BERK; s. 568, dpt. 810.

kavramını karşılayan Anayasa m. 128'deki kamu görevlisi kavramı, ceza hukukundaki kamu görevlisi kavramını karşılayabilmek bakımından dardır. Dolayısıyla “genel idari esaslar” kriteri, ilk aşamada kamu personel rejimine tabi olup olmadığı belirlenmesinde dikkate alınabilecektir de, kamu personel rejimine tabi olmayan ve ceza hukuku bakımından kamu görevlisi olup olmadığı değerlendirilen kişiler bakımından kullanılabilir bir kriter değildir.

Kanaatimizce hükümde ‘kamusal faaliyete katılım’ yerine ‘kamusal faaliyetin yürütülmesine katılım’ denilmesinin bir anlamı olmalıdır. Kamusal faaliyetin yürütülmesine katılma ibaresi, faaliyetin öngörülmesindeki asıl amacı doğrudan yerine getirmek üzere katılım şeklinde yorumlanmalıdır. Yukarıdaki örneğe dönecek olursak, otobüsün lastiğini değiştiren kişi kamu görevlisi sayılmayacaktır. Her ne kadar ulaştırma hizmetine bir katkı sağlıyorsa da, bu katkı doğrudan bir katkı sayılmamalıdır. Yine otobüsü temizleyen kişi ya da otobüs terminalinde büfede çalışan kişi de ulaşım hizmetine katkı sağlasa da, ulaşım faaliyetine yönelik doğrudan bir katılımı olmadığı için, bunlar kamusal faaliyetin yürütülmesine yönelik katılım olarak değerlendirilmemelidir. Belirtmek gerekir ki kamusal yetki veya güvene dayalı olarak kamu görevlisi olmak, istihdam ilişkisine dayalı olarak kamu görevlisi olmanın kapsamından daha geniştir. Örneğin belediye tarafından kamu hukukuna göre istihdam edilmiş otobüs şoförü, görevini fiilen yürüttüğü zamanın dışında, kişileri bir yere götürmek için araç kullandığı sırada kamu görevlisi olmayacaktır.

SONUÇ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki memur – hizmetli ayrımının ortaya çıkardığı sorunların giderilmesi amacıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bu ayrım ortadan kaldırılmış ve memur kavramı terk edilerek daha geniş bir anlam yüklenen “kamu görevlisi” kavramı kullanılmıştır. Türk Ceza Kanunu’nda da, idare ve anayasa hukukunda da kullanılan bir kavram olan kamu görevlisi tanımlanmış, ancak bu kavramın tanımında başka hiçbir hukuk dalında kullanılmayan ve bilinmeyen kamusal faaliyet kavramına yer verilmiştir. Ardından bu kavramın belirlenmesinde kamu hizmeti kavramına dayanılmış, ancak devam eden açıklamalarda da aslında kamu hizmetine dayalı olmayan bir yola gidilmiştir. Söz konusu durum zaten kamu görevlisi gibi tartışmalı bir kavramı daha da anlaşılabilir hale getirmiştir.

⁶³ Belirtmek gerekir ki TCK m. 6/f. 1-c hükmündeki tanımı isabetli bulanlar da vardır. Bu yönde görüş için bkz. **TURABİ**; s. 88.

Ceza hukuku ve idare hukuku ayrı alanlar da olsa, kavramlara aynı veya benzer anlamların yüklenmesi, hukuk güvenilirliği bakımından yadsınamaz bir gereksinimdir. Fakat idare hukuku anlamında kamu görevlisi, ceza hukuku bakımından ihtiyaçları karşılamaktan uzaktır. Bu nedenle ceza hukukunda kamu görevlisi yerine, “*kamusal kişi*” ibaresinin kullanılması ve tanımının da “kamu personel rejimine tabi olan ya da kamusal bir yetki, güç veya araç kullanarak yahut kamu güvenine dayalı olarak, kamuya yönelik bir faaliyetin yürütülmesine doğrudan katılan kişi” şeklinde yapılması, daha uygun olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu tanım da tam anlamıyla belirliliği sağlayabilecek nitelikte değildir. Gerçekten de kamu personel rejiminin dinamik ve belirsiz yapısı, kamusal araç ve kamuya yönelik faaliyet kavramlarının farklı yorumlara açık oluşu da çeşitli sorunlar içermektedir. Bu nedenle kamu görevlisi veya bu işlevi sağlayan herhangi bir tanımın tek başına bu kapsamlı sorunu aşması mümkün değildir. Bize göre tanımın eksik veya hatalı noktaları bertaraf edildikten sonra, konuyla ilgili öngörülebilirliği sağlamaya yönelik gerekçeli karar ve akademik çalışmaların çoğaltılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ADİL, Musliheddin;** Mukayeseli Hukuku İdare, İstanbul 1933
- AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman;** İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017
- ARTUKMAÇ, Sadık;** Bizde İdarenin Mürakabesi, İstanbul 1950
- AYANOĞLU, Taner;** “Kamu Personelinin Hukuki Rejimi”, Günışığında Yönetim (ÖZAY, İl Han), İstanbul 2004
- AYDIN, Hüseyin;** “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı: 2010/1
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman;** Bankacılık Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006
- CROZAT, Charles;** Amme Hizmeti Mefhumu, Hukuk İlmini Yayma Kurumu Konferanslar Serisi 32, Ankara 1938
- ÇETİN, Erol;** Memur Suçları, 2. Baskı, Ankara 2003
- DEMREN DÖNMEZ, Burcu;** “Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2011, Sayı: 94
- EREM, Faruk;** Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt: II, Ankara 1993

- ERMAN, Sahir;** “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Yıl: 1947, Cilt: 02, Sayı: 3
- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun;** İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2006
- GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa;** Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 4. Baskı, Ankara 2016
- GÖKCAN, Hasan Tahsin;** “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Yıl: 2015, Sayı: 2
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut;** İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, 7. Baskı, Ankara 2010
- GÜLAN, Aydın;** “Türkiye’de Kamu Hizmetlerinin Gelişimi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 56, Sayı: 1-4
- İNANÇ, Zekeriya Alper;** Türk Ceza Kanunu’nda İrtikap Suçu, İstanbul 2013
- KANLIGÖZ, Cihan;** “1982 Anayasasına Göre Kamu Görevlisi Kavramının Anlam ve Kapsamı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 43, Sayı: 3-4
- KAPLAN, Mahmut;** “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 2, Aralık 2015
- KARAHANOGULLARI, Onur;** Kamu Hizmeti, 2. Baskı, Ankara 2004
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/KARADENİZ, Serra;** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul 2017
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş;** “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt: III (Yayına Hazırlayanlar: **HILGENDORF, Eric/ÜNVER, Yener**), İstanbul 2010
- OTACI, Cengiz/ÖZTEKİN, Murat/ÖZAYDIN, Fatih;** TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu 2013-2015 Kararları, 2 Baskı, Ankara 2016
- ÖNOK, R. Murat;** Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara 2006
- ÖZBEK, Veli Özer;** İzmir Şerhi Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt – 1, 4. Baskı, Ankara 2010
- ÖZEN, Muharrem/TOZMAN, Önder;** “Türk Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt: 42, Sayı: 4
- ÖZGENÇ, İzzet;** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 1. Baskı, Ankara 2005
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık;** Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, 3. Baskı, Ankara 1999
- SEVCAN, Aysel;** “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008

- SOYASLAN, Doğan;** “Ceza Hukukunda Memur Kavramı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, Yıl: 1996, Sayı: 1-4
- ŞAHİN, Faruk;** “Yönetim Hukukundaki Memur Kavramıyla Ceza Hukukundaki Memur Kavramının Karşılaştırılması”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2004, Sayı: 1
- TAN, Mehmet;** TCK Genel Hükümler, I. Cilt, Ankara 2011
- TAN, Turgut;** “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 8, Yıl: 1991
- TEZCAN, Durmuş;** “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine, İşleyişine ve Kamu Barışına Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2008
- TURABİ, Selami;** “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 20, Aralık 2012
- ULUSOY, Ali D.;** “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, Sayı: 31/2, Yıl: 1998/Haziran
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa;** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2014
- YILMAZ, Dilşat;** “Türk Hukukunda Kamu Hizmeti Kavramı ve Kriterleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Yıl: 2008, Sayı: 1-2s

#TÜRK HUKUKUNDA HAKEM SÖZLEŞMESİ

(THE ARBITRATOR'S CONTRACT IN TURKISH LAW)

Ar. Gör. Elif Ceren TÜRKOĞLU* **

ÖZ

Hakemin sahip olduğu yargısal yetkiler, hakem sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran temel unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakem sözleşmesinin yapısındaki bu farklılığa ve hukuki belirlilik gereksinimine rağmen, hakem sözleşmesinin hukuki niteliği ve uygulanacak hükümler bakımından doktrin tartışmalı ve mevzuat yetersizdir. Kanımızca, hakem sözleşmesinin yapısının Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme tiplerine uygun olması bakımından, Türk hukukunda hakem sözleşmesi kendine özgü atipik bir sözleşme olarak sınıflandırılmalıdır. Aynı zamanda hakem sözleşmesi, hem maddi hukuka hem de usul hukukuna tabi bir sözleşmedir. Hâlihazırda, Türk hukukunda hakem sözleşmesine ilişkin mevzuatta boşluk bulunan hallerde, kanımızca, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uluslararası tahkim hukukuna ilişkin ilkelerden yardım alınmalıdır. En kısa zamanda, hakem sözleşmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılması ihtiyacı ise bakidir.

Anahtar Kelimeler: Tahkim, Hakem Sözleşmesi, Hakem Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Hakemin Borçları.

ABSTRACT

Judicial powers that the arbitrators have within the context of the arbitrator's contract is the ultimate difference between an arbitrator's contract and another type of contract. Despite the diversity of the arbitrator's contract and need for legal certainty, the doctrine is controversial and the regulations are insufficient regarding both the classification of the arbitrator's contract and the applicable law. From my standpoint, as the very nature of the arbitrator's contract is not corresponding to any of the contract types enacted by Turkish Code of Obligations, it should be classified as a sui generis contract. Meanwhile, the arbitrator's contract is subject to the substantive law as well as the procedural law. Currently, in my opinion, it should be considered to make interpretations in compliance with international arbitration principles in

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 3.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 16.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 23.01.2018.

* Araştırma Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6178-8653

case there is a gap in Turkish legislation regarding the arbitrator's contract. Extensive regulations regarding the arbitrator's contract should be enacted as soon as possible.

Keywords: *Arbitration, the Arbitrator's Contract, Legal Characteristic of the Arbitrator's Contract, the Arbitrator's Obligations.*

I. Giriş

Hakem sözleşmesinin önemi, tahkim yargılamasının ulusal ve uluslararası düzeyde giderek yaygınlaşmasıyla birlikte artmıştır. Bununla birlikte, tahkim kurumunun özellikli yapısı, hakem sözleşmesine de sirayet etmiştir. Zira Borçlar Hukuku anlamında bir sözleşme olan hakem sözleşmesinde hakem, yargısal görev üstlenmektedir. Bu durum, hakem sözleşmesinin hukuki niteliğine ve dolayısıyla uygulanacak hükümlere ilişkin tartışmalara yol açması bakımından hukuk güvenliğini tehdit edecek niteliktedir. Hakem sözleşmesine ilişkin gerek mevzuatta gerekse uygulamada boşluklar mevcuttur. İlgili sorunun varlığından yola çıkılarak hazırlanan işbu çalışmada, (i) atipik sözleşmeler, (ii) tahkim yargılamasının tarihi gelişimi, (iii) hakem sözleşmesine hizmet, eser, iş görme veyahut vekâlet sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağı, (iv) hakem sözleşmesinin özellikleri, kuruluşu ve sona ermesine ilişkin araştırma ve görüşler incelenmiştir. Çalışmamızın kapsamı yalnızca Türk hukukunda hakem sözleşmesi olmasına rağmen, belirli konular bakımından uluslararası tahkim yargılamasına ilişkin akademik çalışmalar da incelenmiştir. Bunun sebebi, tahkim kurumunun, uluslararası veya yerel olsun, kendine özgü yapısının kendine özgü ve yeknesak bir hukuk yorumu gerektirmesidir.

II. Atipik Sözleşmeler

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK"), 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ("BK") olduğu gibi, sözleşme serbestisi ilkesini benimsemiştir. Buna göre kişiler, irade beyanlarıyla sözleşmeyi yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin şeklini ve konusunu belirlemede özgürdürler¹. Sözleşme serbestisi ilkesi bu anlamda tip serbestisi ilkesi olarak tabir edilen, tarafların dilediği tipte sözleşme yapabilme özgürlüğünü de içerir.

¹ Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR, Burak ÖZEN, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Beta Yayıncılık, 14. Bası, İstanbul 2016, s.4-5.

Sözleşme tiplerinden bazıları TBK’da veya diğer kanunlarda öngörül-
müş ve düzenlenmiş olup, bazıları ise düzenlenmemiştir. İşte objektif esaslı
unsurları ile hüküm ve sonuçlarının kanunlarla düzenlenmediği sözleşme-
lere atipik sözleşmeler veya isimsiz sözleşmeler denmektedir². Burada,
numerus clausus prensibi söz konusu değildir.

Doktrinde atipik sözleşmeler bileşik, karma ve kendisine özgü yapısı
olan (“*sui generis*”) sözleşmeler olmak üzere üç grupta toplanmıştır. Bu
ayrımın uygulamada önemi ortaya konmamış olmakla beraber, atipik söz-
leşme nitelendirmesinin asıl önemi uygulanacak hukuk bakımından ortaya
çıkılmaktadır.

III. Tarihsel Gelişim

Hakem sözleşmesini kavrayabilmek için tahkim kurumunun yapısı ve
tarihsel gelişimi hakkında bilgi sahibi olmak gerekmektedir. Zira hakem
sözleşmesi, yerel ve uluslararası tahkimin ortaya çıkmasıyla birlikte hukuk
düzeninde yer bulmaya başlamıştır. Tahkim, günümüzde karşılıklı anlaş-
maya dayalı bir uyuşmazlık çözme metodu olarak karşımıza çıkmaktadır.
Bu yol, dava yoluna alternatif olarak tercih edilmektedir. Tahkim yargıla-
masını seçmekle taraflar, uyuşmazlıklarını devletin mahkemelerinde görme
haklarından feragat etmekte ve özel tahkim mahkemelerine yetki vermek-
tedirler. Bu yetkinin önemi, devlet tarafından tanınan ve icra kabiliyeti ve-
rilen yetkiler olmasındadır. Zira tahkim yargılaması sonucunda ortaya çı-
kan kararlar tarafları bağlar.

Uluslararası alanda tahkimin ve dolayısıyla hakem sözleşmesinin uygu-
lanması, 1958 tarihli New York Konvansiyonu’ndan sonra giderek artmış-
tır. 140’tan fazla üye devlet³, devlet egemenliğinin bir göstergesi olan
yargılama yetkisini ilgili konvansiyonla birlikte tahkim mahkemelerine
devretmeyi kabul etmiş ve çıkan kararları tanımak ve icra etmek borcu al-
tına girmişlerdir. Hâlihazırda Türkiye Cumhuriyeti de üye devletlerden bi-
risidir. Yerel tahkim ise yine taraflar için mahkeme kararları gibi bağlayıcı
olup, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (“HMK”) 407 ile 444.
maddeler arasında düzenlenmiştir.

² Mustafa Alper GÜMÜŞ, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2013, s.4.

³ ‘The New York Convention in Brief’ (<http://www.newyorkconvention.org>) 20.12.2017 tarihinde erişilmiştir.

Özellikle 20. yüzyılda tahkim yargılamasının gerek uluslararası gerekse de ulusal düzeyde giderek yaygınlaşmasıyla, çağın gereği olarak, 2015 yılında İstanbul Tahkim Merkezi (“ISTAC”) kurulmuştur. İstanbul Tahkim Merkezi Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları da 26 Ekim 2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴.

IV. Hakem Sözleşmesinin Tanımı

Hakem kavramı kanunlarımızda tanımlanmamış olsa da, öğretilerdeki tanıma göre hakem, “iki taraf arasındaki bir uyuşmazlıkta hükmetmek üzere tayin olunan şahıs”tır⁵. Hakem, hakem sözleşmesinin taraflarından birisidir. Bu noktada hakem sözleşmesini tanımlamak gerekir. Hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinin taraflarıyla hakem veya hakemler arasında kurulan, tarafların hak ve yükümlülüklerini maddi hukuka, usule ilişkin hukuki ilişkileri usul hukukuna göre düzenleyen, hakem yargılamasının esas ve usullerini belirleyen sözleşmedir⁶.

Taraflar, ilgili uyuşmazlığın hakemlerce çözülmesini teklif eder ve hakemler de ilgili uyuşmazlığın çözümünde hakem olarak görev almayı kabul ederler⁷. Bu noktada, olası karışıklıkları önlemek amacıyla, tahkim sözleşmesini de tanımlamak yerinde olacaktır. Tahkim sözleşmesi, tahkim yargılamasına can veren sözleşmedir. Diğer deyişle, tarafların devletin mahkemeleri yerine özel kişilerin yargılama yetkisini tercih ettiklerine ilişkin irade beyanını ortaya koydukları sözleşmenin adı tahkim sözleşmesidir. Tahkim sözleşmesinin tarafları, uyuşmazlığın taraflarıdır. Oysa hakem sözleşmesinin taraflarından birini hakem veya hakemler oluşturur.

Bu halde, tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi arasında ne tür bir ilişki olduğu soruları akla gelebilir. Tahkim sözleşmesinin geçersizliğinin hakem sözleşmesini nasıl etkileyeceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Öğretilerdeki bir görüşe göre⁸ tahkim sözleşmesinin sona ermesiyle, hakem sözleşmesi de kendiliğinden sona erer. Zira bu halde, hakem sözleşmesi

⁴ ISTAC, “Hakkımızda”, (<https://istac.org.tr/hakkimizda/>) 20.12.2017 tarihinde erişilmiştir.

⁵ Rabi KORAL, “İç Hukukumuzda Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 13, Sayı 3 (1947), s.1038-1081, s.1056.

⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/15-142 E, 2003/182 K, 19.3.2003.

⁷ Ziya AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2007, s.37.

⁸ Alim TAŞKIN, *Hakem Sözleşmesi*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2005, s.239.

konusuz kalmaktadır. Doktrindeki diğer görüşe göre⁹ ise, hakem sözleşmesinin geçerliliği tahkim sözleşmesinden bağımsız olmalıdır. Aksi halde tahkim sözleşmesinin geçersizliği durumunda hakemin ücret alacağına akdi temeli kalmaz.

Bu noktada, her iki görüş bakımından katıldığımız hususlar bulunmaktadır. Hakem sözleşmesinin temelleri göz önüne alındığında, gerçekten de, hakem sözleşmesinin geçersiz olması halinde hakemin ücrete hak kazanmaması gerekir. Zira hakem sıfatı olmadan hakem ücretine söz konusu olamaz. Bu görüşe göre ancak vekâletsiz iş görme temeline dayalı olarak istemde bulunabilmek mümkündür. Oysa tahkim kurumunun amacı göz önüne alındığında, tahkim sözleşmesi geçersiz dahi olsa hakem sözleşmesi geçerli olmalı ve hakem, hakemlik ücretine hak kazanmalıdır. Zira hakemin kendi yargılama gücü olup olmadığına karar verme yetkisi olduğu (HMK m. 422) ve buna karar verirken, tahkim sözleşmesinin geçerliliğini re'sen araştırdığı¹⁰ göz önüne alındığında, hakem sözleşmesinin icrasının kapsamına, tahkim sözleşmesinin araştırılması da girmiş olur. Sonuç olarak hakem, kendi yetkisizliğine karar verirken, tahkim sözleşmesi geçerli olmasa dahi hakemlik görevini icra etmektedir. Bu görüşe katılan Koral'a göre de, tahkim sözleşmesinin geçersizliği halinde hakemin ücreti talep hakkı baki kalır¹¹.

V. Hakem Sözleşmesinin Özellikleri

Hakem sözleşmesi, kural olarak iki tarafa borç yükleyen, sürekli borç ilişkisi doğuran ve hakemin kişiliğinin önem arz ettiği bir sözleşmedir.

A. Tam İki Tarafa Borç Yükleme

Hakem sözleşmesinde hakemin sözleşmeden, hukuk düzeninden ve etik kurallardan doğan yükümlülükleri olduğu açık olduğundan, hakem sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup olmadığı hususu tahkim taraflarının ivaz ödeme borcu olup olmadığına göre değişiklik gösterir. Çalışmanın bu bölümünde, hakem sözleşmesinin taraflarının borçları incelenmiştir.

⁹ Yavuz KORUCU, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.53.

¹⁰ Alan REDFERN and Martin HUNTER, *International Arbitration*, Oxford University Press, Sixth Edition, 2015, para 5.104.

¹¹ KORAL, s.1057.

1. Hakem Sözleşmesinin Tarafları

Hakem sözleşmesinin tarafları, tahkimin kurumsal veya kurumsal olmayan ("ad hoc") tahkim olmasına göre farklılık gösterir.

i. Kurumsal Tahkim

Kurumsal tahkimde, ilgili kurum tarafından önceden tespit edilen kuralara göre gerçekleştirilen bir tahkim yargılaması söz konusudur.¹² Bu kurum, belli bir ücret karşılığında tahkim prosedürünün güvenilir şekilde yürütülmesini garanti eder.¹³ Hakemin veya hakemlerin seçilmesi, tahkim kurumunun başlıca ve en önemli görevidir. Bu görev, uyuşmazlık taraflarınca seçilen hakemlerin onaylanması veya hakemin doğrudan kurum tarafından seçilmesi şeklinde yerine getirilebilir.¹⁴

Tahkim kurumu, hakem sözleşmesini hakemlerle kendi adına veyahut uyuşmazlığın tarafları adına akdedebilir.¹⁵ Bu nokta, hakem sözleşmesinden doğabilecek uyuşmazlıklarda istemin yöneltileceği tarafın belirlenmesi bakımından önem arz eder. Eğer ki tahkim kurumu hakem sözleşmesini kendi adına yapıyor ise, doktrindeki bir görüşe göre, hakem sözleşmesinin bir tarafı da kurumdur. Hakemin, kurumun ve uyuşmazlığın taraflarının yer aldığı üç taraflı bir sözleşme ilişkisi kurulur.¹⁶ Zira kurum yargılama sonucu kararı vermese dahi, tahkim yargılamasını gözetir ve çoğu zaman da hakemi seçer.¹⁷

Diğer halde, kurum uyuşmazlığın taraflarından aldığı yetki ile hakem sözleşmesini yapıyorsa, kurum yalnızca temsilci sıfatını taşır; hakem sözleşmesinin tarafı uyuşmazlığın taraflarıdır. Dolayısıyla uyuşmazlığın tarafları ve hakem taleplerini doğrudan birbirlerine karşı ileri sürebileceklerdir. Aksi görüşte olan Koral'a göre, hakem 3. kişi tarafından seçilmiş olsa da

¹² Halil YILMAZ, "Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri", Ankara Barosu Dergisi 2004-2, s. 75-104, s.77.

¹³ Emilia ONYEMA, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge Research in International Commercial Law, 2010, s.71.

¹⁴ ONYEMA, s.73.

¹⁵ ibid.

¹⁶ Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, s.602.

¹⁷ Jaclyn Reilly, *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, "Arbitration Law Review", Sayı 3, s. 491-518.

sözleşme, taraflar ve hakem arasında kurulur¹⁸. Dolayısıyla bu görüşe göre, üç taraflı bir sözleşme ilişkisi mümkün olmayıp, kurumsal tahkimde dahi tahkim kurumu ancak ve ancak temsilci sıfatıyla hareket edebilecektir.

ii. Kurumsal Olmayan (Ad hoc) Tahkim

Kurumsal olmayan tahkim bakımından, kurumun uyuşmazlığın tarafları adına hakem sözleşmesi yapmasıyla aynı hukuki sonuçlar meydana gelir. Burada, hakem sözleşmesinin tarafları hakem ile uyuşmazlığın taraflarıdır.

Burada, hakem sözleşmesinin tarafları bakımından özellik arz eden diğer bir nokta ise, hakemi uyuşmazlığın bir tarafı dahi seçmiş olsa, sözleşme ilişkisinin uyuşmazlığın her iki tarafıyla da kurulup kurulmayacağıdır. Örneğin, A ve B aralarında çıkan bir uyuşmazlıkta tahkim şartı koymuş olup, üç kişilik hakem heyetinde A ve B'nin birer hakem seçeceğinin kararlaştırılmış olması halinde, A'nın seçtiği hakem ile B arasında da hakem sözleşmesi kurulmuş olacak mıdır? Borçlar Hukukunun genel prensipleri uyarınca B'nin A'nın seçtiği hakeme hakem sözleşmesi kurmaya yönelik bir icapta bulunmaması halinde hakem sözleşmesi kurulmuş olmaz. Bu halde A, tahkim sözleşmesiyle kendisine tanınan hakemlerden birini seçme yetkisini kullanamamış olacaktır. Dahası, B ve A tarafından seçilen hakem arasında olası istemlerin sözleşmesel bir temeli olamayacaktır. Kanımızca fakat Borçlar Hukukunun genel prensipleriyle bağdaşmayacak şekilde, hakem uyuşmazlığın bir tarafınca da seçilse, sözleşme ilişkisi uyuşmazlığın her iki tarafıyla kurulmuş olmalıdır. Aksi halde hakem heyetinin kurulup yargılamanın başlaması imkânsız hale gelecek, tahkim yargılaması taraflarca kolayca manipüle edilebilecektir.

2. Hakemin Borçları

Uluslararası hukukta olduğu gibi Türk hukukunda da hakemin yükümlülüklerini üç farklı kategoride incelemek mümkündür:

- i. Sözleşme ile kararlaştırılan yükümlülükler
- ii. Hukuk düzeni tarafından dayatılan yükümlülükler
- iii. Etik yükümlülükler¹⁹

¹⁸ KORAL, s. 1056.

¹⁹ Alan REDFERN and Martin HUNTER, *International Arbitration*, Oxford University Press, Sixth Edition, 2015, para. 5.43.

Sözleşme ile kararlaştırılan yükümlülükler bakımından, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmadıkça taraflarca hakeme yüklenen yükümlülükler geçerlidir. Hakemin bir uyuşmazlığı belli bir zaman içinde çözmeyi taahhüt etmesi, sözleşme ile kararlaştırılan yükümlülüklerle örnektir.

Hukuk düzeni tarafından dayatılan yükümlülükler ise, sözleşmede yer almasa dahi, hakemin uymak zorunda olduğu birtakım kuralları içerir. Sır saklama, bilgi verme, bilgi ve belgelerin teslimi ve özen yükümlülüğü bunlardır. Diğer bir örnek, Türk hukukuna göre hakemin tarafsız ve bağımsız olması yükümlülüğüdür (HMK, m. 417). Her bir hukuk düzeni tarafından hakemin uyması gereken yükümlülükler farklılık gösterebilir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde, kural tarafsız hakem seçimi olmakla beraber, taraflı hakem seçimi mümkündür²⁰. Bu durumda, hakem sözleşmesinin geçerliliği bakımından tahkim yargılamasının görüldüğü devletin ve tahkim kararının icra edileceği devletlerin hukuku göz önünde bulundurulmalıdır. Aksi halde, örneğin, hakem sözleşmesine uygulanacak hukuk Amerikan hukuku dahi olsa, tahkim kararı Türkiye'de icra edilecek ise, hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığının emredici hukuk kuralı olması itibarıyla, söz konusu tahkim kararının Türkiye'de icrası tehlikede olacaktır.

Hakemin etik yükümlülükleri ile kastedilen iş ahlakıdır. Bu konuda davranış yükümlülüklerinin neler olduğu kesin çizgilerle belirlenememiş olsa da, hakemlerin bir uyuşmazlığı kabul ederken konu ve zaman bakımından yeterliliklerini değerlendirmeleri, takdir yetkisini kullanırken göz önüne alması gerekenler gibi hususları içermektedir.

Söz konusu yükümlülükleri yerine getirmeyen hakemin sorumluluğunun kapsamı HMK'da düzenlenmiştir. 419. madde uyarınca "*taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür*". Hükmünden de anlaşılacağı üzere hakemlerin sorumluluğu, kusur sorumluluğudur. Hakem taraflara karşı yalnızca kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu olacaktır.

²⁰ "2004 Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes", Preamble, (https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/commercial_disputes.auth.checkdam.pdf) 20.12.2017 tarihinde erişilmiştir.

3. Uyuşmazlık Taraflarının Borçları

Gerek yerel gerekse uluslararası tahkim camiasındaki örf ve adet uyarınca hakem sözleşmesi, belli bir ivaz karşılığında yapılır. Keza Türk hukukunda da HMK m. 440 hakem ücretini düzenlemiştir. Buna göre, taraflar sözleşme ile kararlaştırmasalar dahi, hakem ücrete hak kazanır. Görüldüğü üzere, hakem sözleşmesi kural olarak ivazlıdır. Fakat ivazsız olacağı kararlaştırılan bir hakem sözleşmesi de yine hakem sözleşmesi özelliğini kaybetmeyecektir. Bu durumda HMK'daki yedek hükümler devreye girecektir. Zira hakem sözleşmesinde ücret değil, hakemlik görevinin icrası, sözleşmenin hakem sözleşmesi olarak ayırt edilmesini sağlamaktadır.

Hakem sözleşmesinde uyuşmazlığın taraflarının borcu olarak, tahkimin taraflarının aynı zamanda yargılamaya katılmakla da yükümlü olup olmadığı çalışmamızın bu bölümünde tartışılması gereken bir husustur. Taraflardan biri yargılamaya katılmazsa bunun hakem sözleşmesi bakımından olası sonuçlarını değerlendirmek gerekir. HMK'nin 150. maddesinde bir taraf duruşmaya gelmese dahi diğer tarafın talebiyle yargılamanın devam edeceği öngörülmüştür. Kıyas yoluyla, hakemin de aynı yetkiye sahip olduğu söylenebilir. Keza, uluslararası tahkimde de, hakemin yargılamaya taraf gelmeksizin devam etme yetkisi olduğu ("*ex parte hearing*") yaygın şekilde kabul edilir. Bu bilgiler ışığında, uyuşmazlığın taraflarının yargılamaya katılma borcunun bir *yan borç* olarak karşımıza çıktığı söylenebilecek midir? Diğer deyişle hakem, taraflar veya taraflardan birisi yargılamaya katılmazsa sözleşmeyi feshedip zararlarının tazminini isteyebilecek midir? Kanımızca bu sorunun cevabı yargılamaya her iki tarafın da mı yoksa yalnızca tek tarafın mı katılmadığına bağlı olarak değişir. Uyuşmazlığın taraflarından birisi duruşmalara gelmiyor ise hakem yargılamaya devam etmek borcu altındadır. Fakat uyuşmazlığın her iki tarafı da yargılamaya katılmıyor ise, artık, hakemin Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre sözleşmeyi feshetme ve zararlarının tazminini isteme hakkı olacaktır.

B. Sürekli Borç İlişkisi Doğurma

Hakem sözleşmesi, sürekli edimli bir sözleşmedir. Zira hakem "tahkim prosedürünün icrası"²¹ borcu altındadır, tarafların isteği yönünde bir karar ortaya çıkartmak borcu söz konusu değildir. Diğer deyişle, hakem yargılama sırasında özenle davranmak yükümünü altındadır, fakat buna rağmen

²¹ TAŞKIN, s.26.

alınamayan veyahut geçerli olarak alınamayan kararlardan hakem sorumlu olmayacaktır. Bu anlamda hakem bir sonuç değil, fakat süreci taahhüt etmektedir.

C. Hakemin Kişiliğine Bağlı Olma

Hakem sözleşmesinin doğası gereği, hakemin kişiliği hakem sözleşmesinin yapılmasında etkilidir. Zira taraflar başkasını değil fakat özellikle o kişiyi hakem olarak seçmektedirler ve bunda menfaatleri bulunmaktadır. Örneğin, seçilen hakemin uyuşmazlığa konu olayla ilgili bir uzmanlığı bulunuyor olabilir. Bu durumda, kural olarak, hakem borcunu bizzat ifa etmelidir. Fakat tarafların anlaşması halinde, seçilen hakem yerine bir başka kişinin hakemin borcunu ifa etmesinde kanunen bir engel yoktur.

VI. Hakem Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespiti, uygulanacak hukukun tespiti bakımından önem taşır. Çalışmanın bu kısmında, hakem sözleşmesinin maddi ve usuli sözleşme özellikleri göstermesi ile öğretilerde fazlaca tartışılan tipik sözleşmelerden hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve iş görme sözleşmesi kapsamına girip girmediği hususları incelenmiştir.

A. Maddi-Usuli Sözleşme

Türk hukukunda hakemlerin seçimi, hakemin reddi sebepleri, hakemin kendi yetkisi hakkında karar vermesi, hakem ücreti gibi konular HMK’da düzenlenmiştir. Aynı zamanda TBK uyarınca hakem sözleşmesi, diğer özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi, genel geçerlilik şartlarına sahip olduğu sürece hükümlerini doğuracaktır. Böylece, Türk hukukunda hakem sözleşmesinin hem usul hukuku hem de maddi hukuk kurallarına tabi olduğu görülmektedir. Koral’ın tespit ettiği üzere hakem sözleşmesi hükümleri, “*hem prosedür hukukundan hem de hususi hukuktan doğan unsurlardan mürekkep*” sayılabilir²².

B. Hakem Sözleşmesinin Tipik Sözleşmeler Kapsamına Girip Girmediği Sorunu

Hakem sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu bölümde, hizmet, eser, vekâlet ve iş görme sözleşmelerinin unsurları hakem sözleşmesinin

²² KORAL, s. 1060.

unsurları ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu karşılaştırma sonucunda, hakem sözleşmesinin hukuki niteliği ve dolayısıyla her bir tipik sözleşme hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilecektir.

1. Hizmet Sözleşmesi

TBK m.393 uyarınca hizmet sözleşmesi, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamanı veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, hizmet sözleşmesinde işçi ile işveren arasında bir bağımlılık ilişkisi söz konusudur. İşçi, işverenin talimatı ile bağlıdır. Hizmet sözleşmesinin esaslı unsuru olan emir-talimat ilişkisinin, hakem sözleşmesinde uygulanması oldukça güçtür. Bu durumun hakemin adil yargılama yapma borcuna uygun düşmeyeceği bir yana, hakemin dosya üzerinde çalışacağı zaman dilimi, hakemin yargılamayı yaparken hangi delillerden yararlanacağı gibi hususlar tahkimin taraflarınca belirlenemez.

Kural olarak hizmet sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Ücret unsuru ön plandadır. Oysa hakem sözleşmesinde ön planda olan edim ücret değil, yargılamanın icrasındır.

TMK m. 396 işçinin özen ve sadakat borcundan bahsetmiştir. Hakemin özenli davranmak borcu altında olduğu işbu çalışmanın V. bölümünde ve “Hakemin Borçları” başlığı altında kabul edilmiş olup, kendisini seçen tarafın veyahut tarafların haklı menfaatini korumak ve sadakatle davranmak borcu altında değildir. Eğer ki hakemin kendisini seçen tarafa sadakat borcu olduğu kabul edilirse, bu durum hakemin tarafsızlığına ve bağımsızlığına zarar verir.

Söz konusu değerlendirmeler doğrultusunda, hizmet sözleşmesi ile hakem sözleşmesinin unsurlarının benzerlik göstermediği söylenebilir.

2. Eser Sözleşmesi

Zihni faaliyet sonucu ortaya çıkan eserler de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir²³. Ancak, hakem sözleşmesinin eser sözleşmesi sayılıp sayılamayacağı tartışmalıdır. TBK m. 470 uyarınca “eser sözleş-

²³ TAŞKIN, s.29.

mesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir". Bu sözleşme ile yüklenici, bir eser meydana getirmeyi taahhüt eder. Sözleşmenin konusu açısından önemli olan çalışmanın kendisi değil, "çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlemlenmesi kabil olan sonuçtur"²⁴. Bu noktada, hakem sözleşmesinde hakemin neyi taahhüt ettiğini incelemek gerekir.

Hakem sözleşmesi ile hakem, yalnızca tahkim prosedürünün hukuka uygun şekilde icrasını mı üstlenmektedir, yoksa icra edilmesi planlanan ülkelerde icra edilebilir bir karar vermekle yükümlü müdür? Örneğin, Almanya'da verilen bir hakem kararı, Suudi Arabistan'da kamu düzeni sebebiyle icra edilmezse hakem sorumlu olacak mıdır? Kanımızca, işbu çalışmanın 5.3. numaralı bölümünde de bahsi geçtiği üzere, hakem sözleşmesiyle hakem yalnızca tahkim prosedürünü usulüne uygun şekilde yerine getirme borcu altına girer. Böylesi bir prosedürü yöneterek karar veren hakem, borcundan kurtulur. Bu halde, bir sonuç garantisi verilmemektedir. Dolayısıyla hakem sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu söylemek güçtür.

3. Vekâlet Sözleşmesi

TBK m.502 uyarınca vekâlet sözleşmesi, "*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir*". Vekâlet sözleşmesi ile vekil, vekâlet verene karşı bir işgörme borcu altına girer. Vekil söz konusu işi vekâlet verenin iradesine ve menfaatine uygun şekilde yerine getirir. Vekilin işi görürken bir zaman kaydına bağlı olmaması hizmet sözleşmesi ile arasındaki en önemli farktır²⁵. Bu anlamda hakem sözleşmesi ile benzerlik arz eder.

Hakem sözleşmesinde de hakem, tahkimin taraflarına tahkim yargılaması yapmayı, vekâlet sözleşmesi anlamında bir iş görmeyi, üstlenir. Fakat TBK m.506'daki "*vekâlet verenin haklı menfaatini gözetme*" yükümlülüğünün hakem sözleşmesinin yapısına uygun düşmediği düşünülebilir. Zira hakem sözleşmesinde hakem bağımsız ve tarafsız bir yargılama sürecini yürütecektir. Taraflardan birinin menfaatini koruması düşünülemez. Aynı şekilde TBK m. 505 açıkça vekilin vekâlet verenin açık talimatına uymakla

²⁴ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.508.

²⁵ Eraslan ÖZKAYA, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s.24.

yükümlü olduğunu düzenlemiştir. Bu durum, hakemlerin yargılama yetkisi ile örtüşmez. Ancak, menfaat kavramını geniş bir şekilde yorumlayarak, tarafların ortak menfaatinin tarafsız ve bağımsız bir yargılamanın yapılması olarak görülmesi durumunda, hakem sözleşmesinde vekilin vekâlet verenin menfaatini koruyacağı düşünülebilir. Fakat her halükarda, hakemlerin yargılama boyunca tahkim taraflarının açık talimatına uyma yükümü yoktur. Hakemler yargılamayı kendileri uygun gördükleri şekilde yürütürler.

Ücret, TBK m. 502/son uyarınca vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir, vekâlet sözleşmesi kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir ve ivazsızdır. Hakem sözleşmesi ise kural olarak ivazlı şekilde akdedilir. HMK m. 440/3 uyarınca hakem ücreti, hakem sözleşmesi ile belirlenmemiş ise, her yıl Adalet Bakanlığınca hazırlanan ücret tarifesine göre belirlenir.

Doktrinde, vekilin vekâlet verene karşı nispi bir bağımsızlığının olduğu kabul edilir.²⁶ Hizmet sözleşmesindeki emir talimat ilişkisi ve zamansal olarak bağıllık vekâlet sözleşmesinde yer almaz. Bu unsur, hakem sözleşmesinin yapısına uygunluk gösterir.

Vekâlet sözleşmesinde TBK m.512 uyarınca “*vekâlet veren veya vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilirler*”. Zira vekâlet ilişkisinde güven esastır. Doktrinde bir kısım yazarlar bunu vekâletin zorunlu bir unsuru olarak görürken; diğer bir grup yazar bazı vekâlet ilişkilerine TBK m.512’nin uygulanmaması gerektiğini savunurlar²⁷. Fakat kanunda vekâlet sözleşmesinin hükümleri arasında düzenlenen bir hükmün ne şekilde uygulanmayabileceği ve bu yaklaşımın hukukiliği kanımızca tartışılır. Görüşümüze göre, sözleşmenin her zaman tek taraflı olarak feshedilebilir olması vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsurudur. Hakem sözleşmesi ise, istendiği zaman tek taraflı olarak feshedilemez. Zira taraflar hakem sözleşmesi ile bağılırlar²⁸.

Hakemlerin azli, hem uluslararası tahkimde hem de Türk hukukunda ancak itiraza tabi olarak yapılabilir. Ancak bu itiraz haklı görülürse hakemin

²⁶ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.611.

²⁷ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s.612.

²⁸ KORAL, s. 1058.

görevi sona erer. Hiçbir sebep göstermeksizin veyahut basitçe hakeme duyulan güvenin kaybindan dolayı hakem azledilemez. Zira hakemler seçildikten sonra artık bir tarafın değil her iki tarafında hakemidirler²⁹.

Uluslararası tahkimde, United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) Rules’un 12. maddesi, hakem itirazının ancak hakemin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili haklı bir şüphe söz konusu ise söz konusu olabileceğini öngörmüştür. International Chamber of Commerce (“ICC”) Rules 14. maddesi de yine UNCITRAL’a benzer bir düzenleme yapmıştır. Türk hukukunda ise HMK m.417/2 uyarınca hakem, “*ta- raflarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir*”. Görüldüğü üzere, gerek uluslararası gerekse yerel tahkimde hakemin azli, vekâlet sözleşmesinin aksine, ancak belirli sebeplerin varlığı halinde mümkündür.

Buna rağmen, Yargıtay içtihatları hakem sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu görüşünü desteklemektedirler³⁰. Kanımızca, hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi ile fazlaca benzeştiği noktalar mevcut olsa da, vekilin vekâlet verenin açık talimatına uyma yükümlülüğü ve tek taraflı fesih hakkı, vekâlet sözleşmesinin hakem sözleşmesine ile ayrıştığı noktalardır.

4. İş Görme Sözleşmesi

TBK m. 502/2 uyarınca “*vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.*” Söz konusu hüküm ile birlikte, hakem sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olmadığı sonucuna varılsa dahi, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması yolu açılmıştır. Bu noktada, tahkim prosedürünün icrasının bir “işgörme” sayılıp sayılmayacağı değerlendirilmelidir. Bu konuya Alman doktrini iki farklı noktadan yaklaşmıştır. İlki, iş görme

²⁹ M. Serhat SARISÖZEN, *Medeni Usul Hukukunda Tahkim Yargılaması*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 2005, s.39.

³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1969/866 E. 1970/5 K., 6.12.1969; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2003/15-14 E. 2003/182 K., 19.3.2003; Yargıtay 15. H.D., 1989/1023 E. 1989/2841 K., 15.6.1989.

ediminin malvarlığı ile ilişkili olması gerektiği ve fakat tahkim için ekonomik anlamda bir işgörmeden bahsedilemeyeceğidir³¹. İkincisi, işgörme ediminin esas olarak iş sahibi tarafından yerine getirilebilecek fakat onun yerine başkası tarafından yapılan faaliyetler olduğu söylenmektedir. Oysa tahkim prosedüründe uyuşmazlığın tarafları kendi uyuşmazlıklarında hakem olmaları hiçbir zaman mümkün değildir³².

VII. Hakem Sözleşmesinin Kurulması

Hakem sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi açısından, her sözleşme tipinde olduğu gibi, şekil ve objektif esaslı unsurların belirlenmesi gerekir.

A. Şekil

Hakem sözleşmesinin geçerliliği HMK'da veyahut TBK'da herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Bu nedenle, şekil serbestisi uyarınca hakem sözleşmesi sözlü şekilde dahi geçerli olarak kurulabilir. Burada, TBK'daki icap ve kabule ilişkin genel hükümler uygulanır.

B. Objektif Esaslı Unsurlar

Hakem sözleşmesi, kural olarak, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmeyle hakem, adil yargılama prensibi çerçevesinde bir tahkim yargılaması yürütmek borcu altına girer. Tahkimin tarafları ise, hakemin ücretini ödemek borcu altındadır. Ancak ivazsız olarak yapılmasında bir engel bulunmamaktadır. Hakem sözleşmesinde bir ücret tayin edilmediği halde, yedek hükümler devreye girer. Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan ücret tarifesi uygulanır.

VIII. Hakem Sözleşmesinin Hükümsüzlüğü

TBK'nın genel hükümleri ile düzenlenen hükümsüzlük halleri, hakem sözleşmesi bakımından da geçerlidir. İrade bozuklukları, hukuka ve ahlaka aykırılık halleri, ehliyet, imkânsızlık bunların içindedir.

IX. Hakem Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Sonuçları

Hakem sözleşmesi ifa ile sona ermediği hallerde, hakemin azli, hakemin reddi, hakemin istifası veya hakemin ölümü sebepleriyle de sona erebilir.

³¹ TAŞKIN, s.32.

³² TAŞKIN, s.33.

A. Hakemin Azli

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (“HMUK”) m. 522 uyarınca “iki tarafın muvafakati olmadıkça hakemler azlolunamaz”. Fakat yeni kanunda kapsamlı bir değişikliğe gidilerek bu hüküm kaldırılmış, HMK m.421’de yalnızca yeni hakem seçimi ile ilgili esasların düzenlenmesiyle yetinilmiştir. Kanımızca, fiili durum yeni kanun döneminde de aynıdır. Zira hakemin yalnızca iki tarafın da iradesiyle azlolunabilmesi, işin doğası gereğidir.

B. Hakemin Reddi

HMUK’un 521. maddesi uyarınca hakemlerin reddi, “*hâkim sebeplerine müsteniden*” reddolunabilmekteydi. Yeni kanun döneminde 417. madde ile farklı bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre ilk fıkrada hakeme tarafsızlığını ve bağımsızlığını şüpheye düşürecek bir durumun varlığı halinde ifşa yükümlülüğü getirilmiş, ikinci fıkrada ise “*tarafarca kararlaştırılan niteliklere sahip olmadığı, tarafarca kararlaştırılan tahkim usulünde öngörülen bir ret sebebi mevcut bulunduğu veya tarafsızlığından şüphe edilmeyi haklı gösteren durum ve koşullar gerçekleştiği takdirde reddedilebilir*” denmiştir. Maddenin gerekçesinde, ret sebeplerinin hâkimin yasaklılık sebeplerini de kapsayacağı öngörülmüştür.

C. Hakemin İstifası

Hakemin istifa etmesi, diğer deyişle hakem sözleşmesini tek taraflı olarak feshetmesi, doktrinde kabul gören bir görüştür. Sözleşmeye bağlılık prensibine rağmen doktrinde bu görüşün kabul görmesi, hakemin vekâlet benzeri ilişki içinde bulunması görüşünün bir uzantısı olsa gerektir. Buna rağmen hakem, uygun olmayan zamanda istifa ederse, bundan doğan zararları tazminle yükümlü olacaktır³³.

D. Hakemin Ölümü

Hakemlik görevinin icrasında kişisel özelliklerin önemi göz önüne alındığında, hakemin ölümüyle birlikte hakem sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu durum, hakemin gaipliğine karar verilmesi ve ehliyetsiz hale gelmesi hallerinde de uygulanmalıdır.

³³ TAŞKIN, *Tahkim Sözleşmesi*, s.247.

X. Sonuç

Hakem sözleşmesi, kendisine özgü unsurlar barındıran, hem maddi hukuk hem de usul hukuku kurallarına tabi bir sözleşmedir. Zira kuruluşu, sona ermesi ve hükümsüzlük halleri bakımından TBK'nın genel hükümleri uygulama alanı bulurken, tarafların borçları HMK'da düzenlenmiştir. Kanımızca, hakem sözleşmesi hukuki nitelik bakımından en çok vekâlet sözleşmesi ile benzeşiyor olsa da, kendisine özgü atipik bir sözleşmedir. Oysaki hakem sözleşmesine ilişkin mevzuat oldukça yetersiz olup, bu durum uygulamada sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Tahkim kurumunun sürdürülebilirliği ve tarafların hukuki güvenliği bakımından, hakem sözleşmesinin hukuki niteliği ve uygulanacak hukukun belirlenmesi büyük önem taşır. Buna rağmen, mevcut ortamda, kurulmuş veya kurulacak hakem sözleşmeleri taraflarına belirsiz bir hukuki gelecek sunmaktadır. Bu sebeplerle, Türk hukukunda hakem sözleşmelerinin daha kapsamlı ve ayrıntılı şekilde düzenlenmesi gereksinimi söz konusudur.

KAYNAKÇA

KİTAP

- AKINCI, Ziya; *Milletlerarası Tahkim*, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2007.
- FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold; *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Vedat Kitapçılık, 3. Bası, İstanbul 2013.
- KORUCU, Yavuz; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tahkim*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- ONYEMA, Emilia; *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*, Routledge Research in International Commercial Law, 2010.
- ÖZKAYA, Eraslan; *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- REDFERN, Alan; HUNTER Martin; *International Arbitration*, Oxford University Press, Sixth Edition, 2015.
- SARISÖZEN, M. Serhat; *Medeni Usul Hukukunda Tahkim Yargılaması*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul 2005.
- TAŞKIN, Alim; *Hakem Sözleşmesi*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2005.
- YAVUZ, Cevdet; ACAR, Faruk; ÖZEN, Burak; *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Beta Yayıncılık, 14. Bası, İstanbul 2016.

DERGİ

KORAL, Rabi; “İç Hukukumuzda Tahkim”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 13, Sayı 3 (1947) s.1038-1081.

REILLY, Jaclyn; International Commercial Arbitration and the Arbitrator’s Contract, “Arbitration Law Review”, Sayı 3, s. 491-518.

YILMAZ, Halil; “Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri”, Ankara Barosu Dergisi 2004-2, s. 75-104.

WEB SİTESİ

ISTAC, “Hakkımızda”, (<https://istac.org.tr/hakkimizda/>) 20.12.2017 tarihinde erişilmiştir.

‘The New York Convention in Brief’ (<http://www.newyorkconvention.org>) 20.12.2017 tarihinde erişilmiştir.

“2004 Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes” (https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/commercial_disputes.authcheckdam.pdf) 20.12.2017 tarihinde erişilmiştir.

¹⁴DEVLETSİZ TOPLUMDA HUKUKUN NİTELİĞİ VE İŞLEVİ (THE NATURE AND FUNCTION OF LAW IN STATELESS SOCIETY)

Prof. Dr. Oktay Uygun* **

ÖZ

Modern siyasal ideolojiler içinde iki tanesi; Marksizm ve anarşizm, devletin bulunmadığı bir toplumsal düzen tasavvuruna sahiptir. Devletin bulunmadığı bu komünist veya anarşist toplumlarda hukuk olacak mıdır? Bu ideolojilere göre, hukuk ile devlet arasında nasıl bir ilişki mevcuttur? Devletsiz toplumda düzen ne tür kurallarla sağlanacaktır?

Anahtar sözcükler: Anarşizm, Devletsiz Toplum, Engels, Lenin, Marksizm, Marks,

ABSTRACT

Two of the modern political ideologies; Marxism and anarchism predict that in the future of humanity there will be a social order in which the state is left behind. What will happen to the law in these communist or anarchist societies that the state has left behind? According to these ideologies, what is the relationship between law and state? Which rules apply in a stateless society?

Keywords: Anarchism, Engels, Lenin, Marx, Marxism, Stateless Society

DEVLETSİZ TOPLUM

Devlet, insanlık tarihinde yaklaşık 5.500 yıllık bir geçmişe sahiptir. Bundan önce insanlar, on binlerce yıl, devlet örgütünü oluşturmadan yaşamışlardır. “İlkel toplum”, “basit toplum” veya “başlangıç toplumu” gibi terimlerle adlandırılan bu toplumsal düzende hukuk var mıdır? Bu soruya farklı hukuk teorileri farklı cevaplar verir. Hukukun kaynağını yalnızca devletin iradesi olarak gören bir yaklaşım için, devlet öncesi toplumların kuralları hukuk kuralı olarak nitelendirilemez. Hukukun örf ve adetler biçiminde devletin iradesi dışında da ortaya çıktığını kabul eden teoriler bakımından, devleti henüz kurmamış toplumlarda da hukuk vardır. Devletsiz toplum ile hukuk arasındaki ilişkinin niteliği hakkındaki görüşler sadece tarihsel önemi olan bir konu de-

¹⁴ Eserin Dergimize geliş tarihi: 4.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 11.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 17.01.2018.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9027-7297

ğildir. Modern çağın bazı siyasal ideolojileri, devletsiz bir toplumun kurulmasını amaçladıklarından, insanlığın geleceğini de ilgilendiren bir tartışma söz konusudur. Gelecekte bir gün, devletin ortadan kalktığı bir toplumsal düzen söz konusu olursa, bu toplumda hukukun bir işlevi olacak mıdır?

Siyasal ideolojiler içinde iki tanesi, Marksizm ve anarşizm, açık bir şekilde devletin ortadan kaldırılmasını hedeflemiş; devletsiz toplumun kurulmasının hem mümkün, hem de devletli toplumdan daha “iyi” olduğunu savunmuştur.

MARKSİZMİN HUKUKA BAKIŞI

İnsanlık tarihinin ilkel toplumdan başlayıp köleci toplum ve feodal toplum aşamalarından geçerek kapitalist topluma evirildiğini, oradan da belirli aşamalardan geçerek sınıfsız ve devletsiz komünist topluma evrileceğini ileri süren Marksizm’in hukuka yaklaşımı, diğer hukuk teorilerinden farklıdır. Her şeyden önce, hukuk başlı başına incelenmeye değer bir olgu veya kurum olarak görülmez: Hukuk, altyapıyı oluşturan ekonomik ilişkilerin üstyapıdaki yansımasıdır. Dolayısıyla, toplumsal ilişkilerin gerçek doğasını araştırmak için ekonomik altyapıya odaklanılmalıdır. Marksist temel eserlerde, hukuktan söz edildiği çoğu yerde, yalnızca hukukun sömürüye yol açan kapitalist ekonomik ilişkilerin yeniden üretimindeki rolü üzerinde durulur.²

Marksizm açısından, toplumsal gerçekliği anlamak için öncelikle ekonomik alt yapıya bakmak; üretim ilişkilerini ve sınıfsal çelişkileri incelemek gerekir. Hukuk bir üst yapı kurumudur ve alt yapıya göre şekillenmektedir. Dolayısıyla, hukukun gerçek niteliği, ancak üzerinde yükseldiği altyapı ilişkilerine bakılarak çözümlenebilir. Oysa mevcut hukuk teorileri, büyük ölçüde, hukuku toplumsal düzenin, hatta uygarlığın temel bir bileşeni olarak kabul etmekte, onu dayandığı maddi ilişkilerden soyutlayarak özerk kılmayı amaçlamaktadır. Böyle bir çaba, kapitalist bir sistemde gerekli olsa da, esasında bir hukuk fetişizmidir. Marksist çevrelere egemen olan bu anlayış, hukuk teorisine özgülenmiş çalışmalar bakımından cesaret kırıcı olmuştur.³

Marksizm’e göre, kapitalist toplumda bazı hukuk kurallarının evrensel olduğu savunulur. Bunlar ya insan hakları biçiminde ya da genel hukuk kuralları biçiminde formüle edilmiş kurallardır. Oysa hukuk, tamamen sosyo-eko-

² Alan Hunt, Alan (2010) “Marxist Theory of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (Edited by Dennis Patterson) Blackwell Publishing Ltd., 2010, s.350, 357

³ Hugh Collins, *Marksizm ve Hukuk* (Çev. U. D. Tuna), Dipnot Yayınları, Ankara, 2016, s.21-23

nomik altyapıdaki değişimin yarattığı, tarihsel olarak belirlenmiş bir kategoridir. Kapitalizmin sürdürülmesine hizmet eden bu kurallar, kapitalizmin ortadan kalkmasıyla yok olacaklardır. Hukuk kuralları ve hukukun amacı olarak gösterilen adalet, evrensel olmadığı gibi, toplumun temel bir özelliği de değildir. Hukuk ve adaleti, özel çıkarların çatışması üzerine inşa edilmiş belirli bir toplumsal düzene denk düşen tarihsel kategoriler olarak kavrayabiliriz. *Özel hukuku yaratan, özel çıkar sahibi özneler arasındaki ilişkidir: Toprak sahibi ile toprak üzerinde çalışan, kiracı ile kiralayan, alacaklı ile borçlu, işçi ile işveren gibi özneler arasındaki çıkar çatışmalarının çözümü için özel hukuk kuralları vardır. Bu ilişki biçimlerinin hiçbirinin bulunmadığı ilkel toplumda, özel hukuk yoktu, sınıfsız ve devletsiz geleceğin toplumunda da olmayacaktır. Kamu hukuku ise, ancak devletin kurulmasından sonra ortaya çıkabildi, devlet ortadan kalktığında, o da yok olacaktır.*⁴

Bugün özel hukuk veya kamu hukuku kategorisi altında topladığımız kurallar, insanlık tarihinin büyük bölümünde ya hiç yoktu veya dini, ahlaki kurallar biçiminde hukukilik kazanmadan var oldular. Dolayısıyla, hukuk ne evrensel, ne de sosyal yaşamın onsuza olmaz temel bir bileşenidir.⁵ Adalet, çatışan çıkarlara sahip sınıflı toplumlarda, bireyler arasındaki anlaşmazlıkları çözmeye çalışır. Komünist bir toplumda bu çatışmalar aşılacağı için adalet ihtiyacı kalmayacaktır. Adalet arayışını gerekli kılan bir diğer durum, kıt kaynakların paylaşımı olabilir. Komünist toplum bir bolluk ve refah toplumu olduğu için böyle bir sorun da olmayacaktır.⁶

Hukuk kurallarının, onları kuran ekonomik ilişkiler tarafından belirlendiğine iyi bir örnek, mülkiyet hakkıdır. Bu hak, 1789 Fransız Devrimi ile ilan edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde *doğal hak* olarak kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde de *evrensel hak* sıfatına layık görülmüştür. İnsanlık tarihine baktığımızda, bir kişinin yaşamına ve geçinmesine yetecek kadar toprağı ekip biçmesi şeklinde, insanın eşya ile ilişkisinin çok uzak bir geçmişi olduğunu görürüz. Binlerce yıl, bu ilişki "mülkiyet hakkı" olarak tanımlanmadı. Ne zaman ki, toprak alınıp-satılır oldu ve malik ile toprak arasındaki ilişki koptu, hak kavramına o zaman ihtiyaç duyuldu. Belirli bir böl-

⁴ Evgeny B. Pasukanis, *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm* (Çev. O. Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul, 2013, s.76-81

⁵ Pasukanis 2013, s.69-81; Collins 2016, s.142-151

⁶ Will Kymlicka, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş* (Çev. E. Kılıç), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004, s.236-241

gede, ihtiyacından fazla toprağı ele geçirip, diğere insanların bu topraklar üzerinde köle, serf veya işçi olarak çalışmasını sağlamak, ancak bu malın “kutsal” ve “dokunulmaz” bir hak olduğu inancının topluma benimsetilmesi ile mümkün olabilirdi. Aksi halde, herkes, kendi ihtiyacı kadar bir toprağı ekip biçmeyi ve bunu engelleyen toprak sahiplerinin iddiasını ret etmeyi meşru görecekti. Böylece, ilkel toplumda bulunmayan mülkiyet hakkı kavramı, köleci, feodal ve kapitalist toplumlarda mülk sahibi sınıfların çıkarlarını korumak için bir zorunluluk oldu.⁷

Kapitalist üretim ilişkilerinin gelişmesi, zamanla, bireysel mülkiyet hakkının yanında tüzel kişilerin de mülkiyet hakkının tanınmasını gerekli kıldı. Uzak geçmişte, bir kabilenin veya bir kentin ortak kullanımına açık olan çayır, ormanlar ve benzeri alanlar için “tüzel kişiliğın malı” kavramı yoktu. Kapitalist sistemde ise, şirketler için bir tüzel kişilik icat edildi ve tüzel kişiler mülkiyet hakkı sahibi olabildi. Bütün bunlar, özel mülkiyet hakkının evrensel bir hukuk kuralı olmadığını, köleci, feodal ve kapitalist sosyo-ekonomik yapının ürettiğı bir kural olduğunu gösteriyor. İnsanın toprak ile aynı ilişkisi ilkel toplumda hukuki düzenlemeye konu olmaz ve “hak” olarak nitelendirilmezken, sonraki toplum biçimlerinde *hukukilik* kazanmıştır.⁸

Mülkiyet hakkının egemen sınıfların çıkarlarını güvence altına almak için icat edildiğinin kanıtı, bu haktan kimlerin yararlandığına bakılarak görülebilir. Mülkiyet “doğal” ve “evrensel” bir hak olarak ilan edilmesine rağmen, fiilen çok az insanın bu haktan yararlanma imkânı vardır. EİHB (md.17) ve anayasalar (1982 Ay, md.35) *herkes mülkiyet hakkına sahiptir*, der ama bu kural herkesi mal-mülk sahibi yapmaz. Oysa sınıfsız ve devletsiz ilkel toplumlarda, insanın toprakla ilişkisi hukuken düzenlenmediğı halde, herkesin ihtiyacı kadar toprağı kullanması meşru görülür ve herkes bu imkândan fiilen yararlanırdı. Bir gün, sınıfsız ve devletsiz bir toplum düzeni yeniden kurulduğunda, bu ilişki hukukiliğini yitirecektir.⁹ Mülkiyet hakkı konusunda, Marks ve Engels *Komünist Manifesto*’da şöyle yazar:

“Biz komünistler, insanın kendi emeğinin meyvesi olarak, kişisel mülk edinme hakkını kaldırmayı istemekle suçlandık; o mülkiyet ki, her türlü özgürlüğün, eylemin ve bağımsızlığın temeli olduğu iddia edilir... Komünizmin ayırdedici özelliğı, genel olarak mülkiyetin kaldırılması değil, burjuva mülkiyetinin kaldırılmasıdır...”

⁷ Pasukanis 2013, s.123-128

⁸ Pasukanis 2013, s.129

⁹ Pasukanis 2013, s.129-130

Özel mülkiyeti kaldırma niyetimiz karşısında dehşete kapılıyorsunuz, oysa özel mülkiyet sizin mevcut toplumunuzda nüfusun onda-dokuzu için zaten ortadan kalkmıştır; bir kaç kişi için varoluşu, tamamıyla, bu onda-dokuzun ellerinde varolmayışından ötürüdür.. Demek ki, siz bizi, varlığının zorunlu koşulu toplumun büyük bir çoğunluğunun mülksüzlüğü olan bir mülkiyet biçimini ortadan kaldırmaya niyetlenmekle suçluyorsunuz... Komünizm, kimseyi toplumun ürünlerini mülk edinme gücünden yoksun bırakmaz; yaptığı tek şey, onu, böyle bir mülk edinme aracılığıyla, başkalarının emeğini boyunduruk altına alma gücünden yoksun bırakmaktadır.”¹⁰

ANARŞİZMİN HUKUKA BAKIŞI

Anarşizm bireyci bir ideolojidir; birey aklı, mantığı, duygu ve tutkularıyla tek gerçek ve değerli varlıktır, onun iradesine saygı duyulmalı ve özgürlüğü tam olarak korunmalıdır. Anarşizmin bireyciliği, siyasal yönüyle liberalizmin bireyciliğinden farklıdır.¹¹ Liberalizm, bireyi toplumun ve devletin kurucusu olarak görmüş ve bireyin toplum ve devlet dışındaki asli varlığını kabul etmiştir. Anarşizme göre, insan, doğası gereği toplumsal bir varlıktır, her zaman toplum içinde yaşamıştır; toplumun dışındaki birey bir varsayım, bir kurgudur. Devletler ve diğer hiyerarşik kurumlar olmadan da, insanlar toplum hayatına doğal biçimde uyum sağlar. İnsanlardaki toplumsallık eğilimi, karşılıklı yardımlaşma, işbirliği ve gönüllü birliktelikler biçiminde görünür hale gelir. Zorun, güç kullanımının, bağımlılık ilişkilerinin ve hiyerarşik yapıların bulunmadığı bu toplum biçimi doğal olandır. Bir başka deyişle, anarşist toplum insan doğasına içkin temel özelliklerin bir sonucudur, yüz binlerce yıl insanlar bu şekilde yaşamıştır. Hiyerarşi, eşitsizlik, baskı ve zor kullanmanın sıradanlaştığı devletli toplumlar, uzun insanlık tarihindeki bir sapmadır. İnsanlar bu tür baskıcı kurumların gereksiz ve zararlı olduğunu görüp en doğal yaşam biçimlerine yeniden kavuşacaklardır.

Düşünürler arasında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, anarşist hareketin genel doğrultusu, insan iradesini sınırlayan, insana dışarıdan dayatılan tüm

¹⁰ Karl Marks, Friedrich Engels, *Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri* (Çev. M. Erdost), Sol Yayınları, Ankara, 1993, s.124, 126-7

¹¹ “Anarşizm, çelişkili niteliğini ortaya koyduğu liberalizmin eserdir. Aynı şekilde anarşizmin felsefi temelleri de, liberal yapının ideolojik temeli işlevini gören fikir hareketlerindedir... Anarşizmin felsefi temellerini, kendisine yakın büyük ideolojik akımların incelenmesiyle çıkartmak mümkündür: Bir yandan Fransız rasyonalist bireyciliği, diğer yandan zaten büyük ölçüde Fransız rasyonalist bireyciliğinden kaynaklanan Alman mutlak idealizmi.” Henri Arvon, *Anarşizm* (Çev. A. Kotil), İletişim Yayınları, 1994, s.17

kuralların reddedilmesidir. Buna hukuk kuralları da dâhildir. Yasalar devletin yetkili organı tarafından çıkartılır ve ülkedeki herkese uygulanır. Demokratik bir devlette, yurttaşlar yasaların yapılmasında etkili olacak araçlara sahiptir ama kararlar çoğunlukla alındığından, azınlıkta kalanlar hiç istemedikleri yasalara boyun eğmek zorunda kalacaklardır. Üstelik yasaların pek çoğu önceki kuşaklar tarafından çıkartılmıştır. Her insan, doğar doğmaz, anayasadan yönetmeliklere kadar devasa bir mevzuat yığını ile kuşatılmış durumdadır. Bu mevzuat insan yaşamının her yönüne ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içerir ve uyulmamasının ağır yaptırımları vardır. Anarşizme göre, özgür bir varlık olan insan tek bir yasaya uyar; kendisi için bizzat kendisi tarafından koyulan yasaya.

Peki, yasalar dışındaki toplumsal denetim kurallarına ne demeli? Din kuralları da insana dışarıdan dayatılan kurallardır; insanların sorgulayamayacağı, değiştiremeyeceği nitelikte mutlak itaat isteyen kurallar. Ahlak kuralları, gelenek ve görenekler de benzer niteliktedir. Hiç biri şu anda yaşayan insanların bizzat kendileri tarafından kendileri için üretilmiş kurallar değildir: Tersine, önceki kuşakların yüzlerce veya binlerce yıllık bir süreç içinde benimsedikleri tutum ve davranışlardan oluşmuşlardır. Anarşizme göre, bütün toplumsal denetim kuralları insana dışarıdan dayatıldığı ve insan özgürlüğünü sınırladığı için reddedilmelidir.

KOMÜNİST TOPLUMDA HUKUK

Marksist ideoloji, kapitalizmin bir devrimle yıkılmasından sonra komünist topluma geçiş için bir süreç öngörür. Birinci aşama, ezilen emekçi sınıfın (proletaryanın) ayaklanarak kapitalist rejimi devirmesi ve iktidarı ele geçirmesidir. *Proletarya diktatörlüğü* olarak adlandırılan bu aşamada, egemen sınıfın ortadan kaldırılması için devlet güç ve baskı kullanacaktır. Dolayısıyla rejim, eski egemen sınıf için bir diktatörlük niteliğindedir. Ancak eskiden ezilen ve sömürülen sınıflar için daha özgürlükçü bir dönemdir. Bu dönemde emekçiler, devletin desteğiyle kapitalist düzende kullanamadıkları basın özgürlüğü, toplanma özgürlüğü gibi haklarını kullanabilir duruma gelecektir. Bir kaç yıl kadar kısa sürmesi beklenen proletarya diktatörlüğü döneminin ardından, sınıfların ortadan kalktığı sosyalizm aşamasına geçilecektir.

Sosyalizm aşamasında sınıflar yok ama devlet vardır, devletin yanı sıra sosyalist bir hukuk inşa edilmiştir. İlk bakışta bu durum ideolojik bir çelişki gibi durabilir. Çünkü Marksizm'e göre devlet, egemen sınıfın egemenliği altına aldığı sınıflar üzerindeki baskı aracıdır: Sınıflar ortadan kaldırılmışsa, devletin varlık nedeni de kalmamış demektir. Yine de, sosyalizm aşamasında

devlete ihtiyaç vardır: Sınıfların ve özel mülkiyetin ortadan kaldırılmasıyla, bir anda insanlar gerçek özgürlüğün bulunduğu komünist toplumun değerlerini özümsemiş olmaz. Kapitalizmin ve sömürüye yol açan eski feodal ve köleci ekonomilerin binlerce yıldır şartlandığı insan tabiatı, olumsuz özelliklerinden zamanla kurtulabilecektir. Mal biriktirme, köşeyi dönme, rakiplerini piyasadan silme, ayrıcalık peşinde koşma, bencillik gibi olumsuz davranış kalıpları eğitimle ve eşitlikçi bir toplumda kazanılacak yeni alışkanlıklarla ancak belirli bir süre sonra kaybolabilecektir. Devlet bu sürece öncülük etmekte görevlidir. Devletin süreci yönetirken kullanacağı araçlardan biri de, sosyalist hukuktur. Ayrıca, sosyalizm aşamasında, eski egemen sınıf temsilcilerinin bir karşı devrim örgütleyerek rejimi değiştirme olasılığı da vardır. İşte, sosyalist devlet bunun önlenmesi için de gereklidir. Zaten bu nedenle, sosyalizm aşamasında bütün özgürlüklerin toplumdaki herkes için güvence altına alınıp fiilen kullanılabilirliği sağlandığı halde, sosyalizmin çıkarlarına aykırı kullanım biçimleri yasaklanacaktır.

Gerçek özgürlük, devletin ortadan kalktığı *komünizm* aşamasında söz konusu olacaktır. Sınıfsız ve devletsiz komünist toplum düzeninde, yabancılaştırmadan kurtulmuş insan, geçmişte özgürlüğünü kısıtlayan doğaya ve topluma egemen olacaktır. Devletin ve sınıfların bulunmadığı, kimsenin diğeri üzerinde üstünlük iddia edemeyeceği komünist toplumda, özgürlükleri kısıtlayacak bir güç de olmayacaktır.¹²

Komünist topluma ulaşıldığında, Marksist ideolojiye göre devlet ortadan kalkacaktır. Peki, hukuk kuralları ne olacaktır? Devlet egemen sınıfın baskı aracıysa ve devletin baskısını büyük ölçüde hukuk sistemi ile uyguladığı kabul ediliyorsa, buradan çıkarılacak mantıksal sonuç, devletle birlikte hukukun da kalkacağıdır. Ancak ne Marks, ne de Engels, yazılarında komünist toplumda hukuk olmayacağını açıkça söylemiştir. Engels, *Anti-Dühring*'de, işlevlerini yitireceği için *devletin* söneceğinden söz eder:

¹² Sabine, sınıfların ortadan kaldırılması görüşüne ciddi bir eleştiri yöneltir: “Marks’ın sosyalizmin son aşamasında sınıfların ortadan kalkacağını düşünmesi, mantıksal bakımdan, kendisinin hiçbir zaman kurtulmadığı romantik bireyciliğin belirtisinden fazla bir şey değildir. Bu düşünce, onun toplum felsefesinin kolektivist eğilimiyle ya da düşüncesinin genellikle gerçekçi olan mizacıyla oldukça çelişmekteydi. Hem kendisi, hem de Engels, sınıfları işbölümüne bağlıyordu; sürekli olarak daha çok sanayileşen bir toplumun uzmanlaşmasını nasıl basitleştirebileceğini ise açıklamaya olanak yoktur.” George Sabine, *Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi* (Çev. Ö. Ozankaya), Cem Yayınevi, İstanbul, 1997, s.228

“Sınıf karşıtlıkları içinde evrimlenen daha önceki toplumun devlete... gereksinmesi vardı... Devlet, ilkçağda köle sahibi yurttaşların, ortaçağda feodal soyluluğun, çağımızda burjuvazinin devleti(dir). Sonunda, gerçekten tüm toplumun temsilcisi durumuna geldiği zaman, kendi kendini gereksiz kılar. Baskı altında tutulacak hiçbir toplumsal sınıf kalmayınca... artık bir bastırma gücünü, bir devleti zorunlu kılan bastırılacak hiçbir şey yoktur... Kişilerin hükümeti, yerini şeylerin idaresine ve üretim işlemlerinin yönetimine bırakır. Devlet ‘ilga’ edilmez, söner.”¹³

Bu sınırlı verilerle, Marksist yazarlar iki ayrı sonuca varmıştır. Bir kısmı, yalnız devletin değil, hukukun da sönmüneceğini kabul eder: “Marks’a göre, gelişkin komünizme geçiş, yeni hukuksal biçimlere geçiş olarak değil, fakat hukuksal biçimin sönmünemesi, burjuva döneminin bizzat burjuvaziyi yaşatmayı hedeflemiş bu mirasından bir kurtuluş olarak gerçekleşir.”¹⁴ Burjuva toplumunun kriminolojisi bile, suçluluğa karşı mücadelenin yalnızca tıbbi ve eğitsel bir görev olarak değerlendirilebileceğini, zaten “suç”, “ceza”, “kusurluluk” gibi hukuki kategorilerin suçlulukla mücadelede hiçbir yardımı olmadığını tespit etmektedir. Bu durum şu ana kadar ceza yasalarının ve hapisanelerin kaldırılmasına yol açmamakla birlikte, komünist bir toplumda böyle büyük bir dönüşümün gerçekleşmesi bir ütopya değildir.¹⁵ Bu durumda, hukuku toplumun temel bir özelliği olarak değil, “özel çıkarların çatışması üzerine inşa edilmiş belirli bir toplumsal düzene denk düşen bir tarihsel kategori olarak kavrayabiliriz.”¹⁶

Marksist ideolojide hukuk bir üst yapı kurumudur ve altyapıyı oluşturan üretim ilişkileri tarafından belirlenir. Tarihte bütün üretim ilişkileri hukuku ve devleti ortaya çıkarmadı. Özel mülkiyetin, sosyal sınıfların, işbölümünün ve devletin olmadığı geleceğin komünist toplumundaki üretim ilişkileri de hukuk kurumunu gerektirmeyecektir. Hukuk, uygar yaşam tarzının önkoşulu değildir. Çağımızda hukuk hayatın her alanında yoğun biçimde kendini gösterse de, temel insani faaliyetlerimizi halen hukuka başvurmadan gerçekleştiriyoruz. Aile içinde veya insanlar arasındaki sevgi, yardımlaşma, saygı, takdir, acıyı paylaşma ve hayatı anlamlı kılacak etkinlikler için hukuka ihtiyacımız yok. Birbirini seven ve anlayan eşlerin aile hukukuna ihtiyacı yoktur.

¹³ Friedrich Engels, *Anti-Dühring* (Çev. K. Somer), Sol Yayınları, Ankara, 1995, s.400

¹⁴ Pasukanis 2013, s.58

¹⁵ Pasukanis 2013, s.59

¹⁶ Pasukanis 2013, s.68

Alıcı ve satıcı, işçi ve işveren, kiracı ve kiralayan iyiniyetli ise, çeşitli kanunlara yayılmış devasa bir mevzuat yığını anlamsız hale gelir. Hukuk, çoğu kez insanlar arası ilişkilerde bir sorun olduğunda ortaya çıkar. Onun gerekli olması, ilişkilerdeki başarısızlığın işaretidir; hukuk ötesi diğer çözüm yolları etkili biçimde kullanılamamış ve kamu gücünün zorlayıcılığına gerek duyulmuştur. Bu anlamda, hukuk ikinci en iyi seçenektir. Bir toplum düzeni ne kadar iyiye, hukuka o kadar az gerek duyulacaktır.¹⁷

Komünist toplumda hukukun söneceği görüşüne Marks ve Engels'in çalışmalarında rastlamak söz konusu olmasa da, Lenin bu görüşü açıkça savunmuştur: “Komünist toplumun (genellikle sosyalizm denen) ilk evresinde, burjuva hukuku tümüyle ortadan kalkmaz, sadece kısmen, o ana kadar gerçekleştirilmiş olan iktisadi devrimle orantılı bir şekilde... ortadan kalkar... Ne var ki, diğer kısmı söz konusu olduğunda, varlığını sürdürür... Ütopycılığa düşmek istemiyorsak, kapitalizm yıkılır yıkılmaz insanların hiç bir hukuk kuralı olmadan toplum için çalışmayı hemen öğreneceklerini düşünmemeliyiz.”¹⁸ Komünist toplumun ikinci aşamasında yani devletin ortadan kalktığı dönemde, Lenin'e göre burjuva hukukundan geriye kalan diğer kurallar da yok olup gidecektir. Peki, bu dönemde toplum düzeni hangi kurallara dayanacaktır? Lenin, komünist toplumdaki sosyal davranış kurallarını “hukuk” kuralı olarak görmez ve “toplumsal ilişkilerin yüzyıllardır bilinen ve binlerce yıldır bütün öğretici eserlerde yinelenen temel kuralları” olarak nitelendirir:

“Kapitalist kölelikten, kapitalist sömürünün görülmemiş dehşet, vahşet, saçmalık ve alçaklıklarından kurtulan insanlar, toplumsal ilişkilerin yüzyıllardır bilinen ve binlerce yıldır bütün öğretici eserlerde yinelenen temel kurallarına uymaya yavaş yavaş alışacaktır; bu kurallara, zor olmadan, baskı olmadan, bağımlılık olmadan, devlet denen özel baskı aygıtı olmadan uymaya alışacaklardır... Çevremizdeki milyonlarca örnekte, insanların, sömürü olmadığında, öfke uyandıran, protestoya ve isyana yol açan, baskı altına alma gereksinimini yaratan hiçbir şey bulunmadığında, toplumsal ilişkilerin zorunlu kurallarına uymaya ne kadar kolay alıştıklarını görüyoruz.”¹⁹

¹⁷ Olufemi Taiwo, *Legal Naturalism: A Marxist Theory of Law*, Cornell University Press, 1996,180-185. Amerikalı hukuk profesörü Grant Gilmore'un deyişiyle, “Hukuk ne kadar azsa, toplum o kadar iyidir. Cennette hukuk yoktur...cehennemde ise hukuktan başka bir şey yoktur ve hukuki usullere titizlikle uyulur.” Aynı yerde, s.169

¹⁸ V. İ. Lenin, *Devlet ve Devrim* (Çev. H. Spatar, C. Üster), Yordam Kitap, 2015, s.120-121

¹⁹ Lenin 2015, s.115

Lenin'e göre, komünist toplum toplumsal yaşamın kurallarıyla bağlı olacaktır, hukukla değil. Bu kurallar da, ara sıra ihlal edilebilecektir. Ancak söz konusu ihlallere müdahale için polis örgütü veya mahkemelere gerek yoktur, sıradan yurttaşlar gerekli müdahaleyi yapacaktır.²⁰ Burada önemli nokta, Lenin'in toplumsal yaşamın temel kurallarını hukuk kuralı olarak görmemesidir. Bu kuralların kaynağı nedir? Doğal hukukçuların düşündüğü gibi, toplumsal yaşamın doğasından mı çıkmaktadırlar? Hukuk kuralı değilse, nedirler; örf ve adet mi, ahlak kuralı mı? Bu soruların açık bir cevabı yoktur. Söz konusu kuralların niteliğine ilişkin yalnızca iki bilgi verilmiştir: Birincisi, bu kurallar belirli bir sınıfın çıkarını gerçekleştirmeyecektir. İkincisi, onları uygulamak için modern devlette bulunan kurumlara gerek olmayacaktır. Burada, yine hukuka tek yönlü ve son derece sınırlı bir bakış açısıyla karşı karşıyayız. Hukukun tek işlevi sınıfsal baskı sistemini desteklemek olarak görülmektedir. Oysa modern toplumda, sınıfsal karakteri olmayan devasa bir mevzuat yığını vardır. Bu kurallara ne olacağı belirsizdir. Söz konusu kuralların bazıları, hukuki forma sokulmuş teknik düzenlemelerdir. Karayolu ve havayolu trafiğini düzenleyen teknik kuralların bir yasa veya yönetmelik metnine konulması gibi. Bunların gerçekte hukuk kuralı olmadığı, teknolojik standartlara göre nesnel biçimde ortaya çıktıkları savunulabilir. Ancak hukuk kurallarının hepsi bu nitelikte değildir, tersine, çoğu insanların, insan gruplarının veya kurumların birbiriyle olan ilişkini düzenler.²¹

İkinci grup yazar, Marksist ideolojiyi farklı yorumlar. Onlara göre, komünist toplumda hukukun tümüyle ortadan kalkması söz konusu değildir. Zaten, komünist toplum en ileri derecede sanayileşmiş, karmaşık ve kalabalık bir kapitalist toplumun dönüştürülmesiyle kurulacağına göre, hem planlı ekonominin yönetilmesi için, hem de toplumsal yaşamın tüm karmaşık alanlarının düzenlenmesi için bazı temel kurallara ihtiyaç olacaktır. Komünist toplum, ayrıntılı kurallara ihtiyaç duymayan avcılık ve toplayıcılıkla geçinen bir tür ilkel toplum değildir. Bu nedenle, Marks'ın ve Engels'in hukuka karşı çıkışları toptan bir ret değil, sadece sınıfsal baskıya ve sömürüye yol açan kuralların reddi olarak yorumlanmalıdır. Komünist toplumda hukukun belli türleri

²⁰ "Biz ütopyacı değiliz ve tek tek kişilerin aşırılıklarının mümkün ve kaçınılmaz olduğunu ya da bu tür aşırılıkların bastırılması gerektiğini hiçbir şekilde reddedemeyiz. Ama birincisi, bunun için özel bir mekanizma, özel bir baskı aygıtı gerekmez... İkincisi, toplumsal ilişki kurallarının çığnemesi anlamına gelen aşırılıkların temel toplumsal nedeninin, kitlelerin sömürülmesi, yokluk çekmeleri ve yoksullukları olduğunu biliyoruz. Bu temel nedenin ortadan kaldırılmasıyla birlikte, aşırılıklar da kaçınılmaz olarak 'yok olup gitmeye' başlayacaktır. Bunun ne kadar çabuk ve hangi sırayla gerçekleşeceğini bilmiyoruz, ama yok olup gideceklerini biliyoruz." Lenin 2015, s.117

²¹ Collins 2016, s.155-158

ortadan kalkacak, yasaların sayısı muhtemelen azalacak ama hukuk kuralları genel olarak varlığını sürdürecektir.²²

ANARŞİST TOPLUMDA HUKUK

Anarşizm, başta devlet olmak üzere, tüm hiyerarşik kurumlar kaldırıldığı ve tüm toplumsal denetim kuralları reddedildiğinde, bir kaos ortamının doğmayacağını; tersine, insanların kendi tabiatlarına en uygun biçimde, kendileri için koydukları kurallar doğrultusunda yaşayacaklarını savunur. İnsanlardaki sosyallik içgüdüleri onları bir araya getirecek ve bir toplum oluşturmalarını sağlayacaktır. Bu toplumda herkesi bağlayan kurallar da olacaktır; zaten toplumun oluşumu, insan ilişkilerini düzenleyen kuralların varlığına bağlıdır. Ortak kurallar yoksa, toplum da yoktur. Bütün sorun, herkesi bağlayan bu ortak kuralların bireye dışarıdan dayatılmaması, bireyin kendisi tarafından kendisi için yapılmasıdır. İşte, anarşizmin diğer siyasal ideolojilerden en büyük farkı budur; diğer ideolojiler dışarıdan dayatılan kuralları yararlı, gerekli veya kaçınılması mümkün olmayan nitelikte görürken, anarşizm bireyin özgürlüğünü sınırlayan bu kurallardan tümüyle kurtulabileceğimizi söylemektedir.

Anarşist toplumda ortak kurallar *bireylerarası sözleşmeler* ile belirlenecektir. Bireyler (veya aileler), tamamen kendi istek ve iradeleri ile diğer bireylerle işbirliği yapacak ve bu ilişkinin kurallarını özgürce oluşturacaktır. Birey, dilediği takdirde kimseyle sözleşmesel bir ilişkiye girmeyebileceği, ailesi ile kendi başına bir hayat sürecektir. Dilediği takdirde, anlaşabileceği diğer insanlarla işbirliğine gidecek ve eğitim, güvenlik gibi konularda ortak hareket edecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, anarşist sözleşmenin Rousseau, Locke gibi düşünürlerin savunduğu toplum sözleşmesinden bütünüyle farklı oluşudur. Bu farklılık sözleşmenin gerçekliği, niteliği ve sayısı bakımından belirgindir: “*Proudhon, çok yerinde olarak, Rousseau'nun söz-*

²² Collins 2016, s.171-181 “Marksizm komünist toplumun örgütlenmesi hakkında sadece sisli bir kaç kanaat sunar. Bir yandan, büyük maddi zenginlik ve ileri teknolojiye sahip bir topluluk olacaktır ama diğer yandan insanlar hukuki ya da ekonomik bir zorlama olmaksızın kendi görevlerini kendileri seçebileceklerdir... Maddi zenginlik ihtiyaca göre dağıtılacaktır ama malların bu şekilde transfer edilmesi için devlet zorunlu olmayacaktır... Eğer insanların üretim faaliyetlerinde birlikte çalışması ve barışçıl topluluklar kurması için davranış kurallarına ihtiyaç duydukları doğruysa, o zaman hukuki düzenlemelerin komünist toplumda ortadan kalkacağını ileri sürmek aşırı derecede aceleci davranmak anlamına gelebilir. Açıkçası, yasaların herhangi bir baskıcı biçimi, en geniş anlamıyla özgürlükle uyumsuz olacaktır ama muhtemelen topluluğu bütünüyle ortadan kaldırmadan temel işbirliği ve karşılıklı saygı kurallarından vazgeçmek mümkün olmayacaktır.” Aynı yerde, s.180

leşmesinin sadece adının toplumsal olduğunu belirtir. Rousseau'nun sözleşmesi gerçekte, bütün kusurlarıyla bugünkü toplumsal durumu a posteriori meşrulaştırmaya yönelik bir hukukçu yaratusıdır... Bu ilk farklılığa, yani anarşist sözleşmenin potansiyel değil de gerçek olduğu, siyasal bir soyutlamanın sonucu değil, ilgili tarafların çıkarlarının birbirine uydurulmasıyla (öyle ki, bu anlaşma çıkarlarda değişiklik olunca değiştirilebilir) sonuçlanan tartışmaların ürünü olduğu hususuna, daha az önemli olmayan ikinci bir farklılık eklenir: Anarşizm, kaderin bir oyunu olarak toplumsal yaşamın karmaşıklığını ve çok yönlülüğünü bozan tek bir sözleşmeye değil, bireyin bin bir türlü gereksinimine en iyi biçimde tekabül eden sınırsız sayıda sözleşme bütününe dayanır.”²³

“Anarşizmin temel ilkesi, hukuk kurallarının yerine sözleşmelerin geçmesidir, denilebilir. Hukuk kuralları objektif kurallardır, kişilerin rıza ve isteklerine bakılmaksızın uygulanırlar, oysa sözleşmeden doğan ve uygulanan kurallar sözleşmeyi yapan kişilerin doğrudan irade ve isteklerinden kaynaklanır ve yalnızca sözleşmeyi yapan kişiler için geçerlidir. Anarşizmin öngördüğü toplum, bireylerarası sözleşmelere dayanacaktır... Sözleşme kapsamına girmeyen alanlarda birey tamamen serbest, özgür ve bağımsız kalacaktır. İnsanlar üzerinde bir baskı ve zorlama aracı olarak gördükleri devleti reddeden anarşistler, sözleşme ilkesini tüm insan ilişkilerinin temeli olarak değerlendirirler.”²⁴

Bireylerarası sözleşmelere dayanan toplum düzeni, insanların her türlü ortak sorununu çözmek için yeterlidir. Devletin ve diğer tüm hiyerarşik kurumların kaldırıldığı toplumda, insanlar kendi doğalarının belirlediği eğilimler doğrultusunda bir araya gelecek, yardımlaşacak ve özgürce yaşayacaktır. İnsan doğasına içkin olan sosyallik ile bencillik eğilimleri, devletli ve devletsiz toplumlarda farklı sonuçlar doğurur: Devletli toplumlar, kaçınılmaz biçimde, bencilliği ve giderek saldırganlığı, hırsızlığı, cinayeti, yalan söylemeyi, ayrıcalık peşinde koşmayı, rakiplerini ortadan kaldırmayı vb. teşvik eder. Devletsiz toplumlar da ise sosyallik güdüsü öne çıkar; insanlar, devletin baskı ve zorla karşıladığı hizmetler için işbirliğine ve yardımlaşmaya yönelir. Kropotkin'in belirttiği gibi, insanlar üretmek için rekabet ettiğinde yalnızca bazıları kazanır; yardımlaştığında, işbirliği yaptığında, birlikte çalıştığında ise hem

²³ Arvon 1994, s.66-67

²⁴ Ayferi Göze, *Liberal, Marxist, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, Beta, İstanbul, 2009, s.105

daha çok üretilir, hem de herkes kazanır.²⁵ Böyle bir toplumda suç işlenmesi ender görülen bir olay haline gelecek, toplum, suçlunun vereceği zarardan korunmak için gerekli tepkiyi gösterecektir. Anarşizmde toplumun temel birimi birey veya ailedir. Proudhon'a göre, aileler bir araya gelerek, kapalı cemaatler niteliğindeki komünleri oluşturacak, komünler de bir federasyon şeklinde birleşecektir. Bu birimler arasındaki ilişki, otoriteyi ve baskıyı tümüyle dışlayan, gönüllü bir işbirliğidir.

Bazı anarşistler, bireyler arasındaki ilişkilere kılavuzluk edecek nitelikte doğa yasalarının varlığını kabul etmiştir: “Klasik anarşizmin kuramcılarında belirgin bir doğa ve ahlak yasası anlayışı mevcuttur ve bu anlamda da anarşizmi nihilizmden ayırt etmek gereklidir. Otoriter olmayan bir toplum tasarımı bu doğa ve ahlak yasası aracılığıyla gerekçelendirilir. Burada dikkat edilmesi gereken, bu yasaların insan yapımı olmadığıdır. Proudhon'a göre, toplumun işlemlerini sağlayan gerçek yasaların devletle ve otoriteyle hiçbir ilgisi yoktur. Bunlar topluma dışarıdan dayatılmazlar, toplumun kendi doğasından çıkarlar. Bakunin'in sözleriyle, ‘insan doğal yasalara... dışsal bir irade tarafından dayatıldıkları için değil, yalnızca, bizzat kendisi bunları olduğu gibi tanıyıp kabul ettiği için itaat ettiği sürece özgürdür.’”²⁶

Anarşizmin bireylerarası sözleşmeleri, toplum düzeninin sağlanması bakımından baskı ve zoru kaldırmaktadır. Bu anlamda, hukuk kurallarından farklı oldukları açıktır. Yine de, bireyler arasında özgürce akdedilen bu sözleşmelerle, aslında *gönüllü hukuksal ilişkiler* kurulduğunu söylemek mümkündür. Böyle bakıldığında, anarşist toplumda hukuk ortadan kalkmamakta, yalnızca bireyin özgürlüğünü sınırlayan ve bireye dışarıdan dayatılan karakterini kaybetmektedir.

KAYNAKÇA

- Arvon, Henri** (1994) *Anarşizm* (Çev. A. Kotil), İletişim Yayınları, İstanbul
- Benlisoy, Foti** (2007) “Anarşizm”, *Modern Siyasal İdeolojiler* (Der. B. Örs), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s.353-411
- Collins, Hugh** (2016) *Marksizm ve Hukuk* (Çev. U. D. Tuna), Dipnot Yayınları, Ankara

²⁵ Cindy Milstein, *Anarchism and Its Aspirations*, AK Press and the Institute for Anarchist Studies, Oakland, 2010, s.56; Andrew Vincent, *Modern Political Ideologies*, Blackwell Publishers Ltd., 1995, s.139

²⁶ Foti Benlisoy, “Anarşizm”, *Modern Siyasal İdeolojiler* (Der. B. Örs), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2007, s.363

- Göze, Ayferi** (2009) *Liberal, Marxist, Faşist, Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, Beta, İstanbul
- Engels, Friedrich** (1995) *Anti-Dühring* (Çev. K. Somer), Sol Yayınları, Ankara
- Hunt, Alan** (2010) “Marxist Theory of Law”, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (Edited by Dennis Patterson) Blackwell Publishing Ltd., s.350-360
- Kymlicka, Will** (2004) *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş* (Çev. E. Kılıç), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları
- Lenin, V. İ.** (2015) *Devlet ve Devrim* (Çev. H. Spatar, C. Üster), Yordam Kitap
- Marks, Karl, Engels, Friedrich** (1993) *Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri* (Çev. M. Erdost), Sol Yayınları, Ankara
- Milstein, Cindy** (2010) *Anarchism and Its Aspirations*, AK Press and the Institute for Anarchist Studies, Oakland
- Pasukanis, Evgeny B.** (2013) *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm* (Çev. O. Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul
- Sabine, George** (1997) *Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi* (Çev. Ö. Ozankaya), Cem Yayınevi, İstanbul
- Taiwo, Olufemi** (1996) *Legal Naturalism: A Marxist Theory of Law*, Cornell University Press
- Vincent, Andrew** (1995) *Modern Political Ideologies*, Blackwell Publishers Ltd.

#YENİ SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE MARKA OLABİLECEK İŞARETLER

(SIGNS THAT CAN BE TRADEMARKS ACCORDING TO NEW INDUSTRIAL
PROPERTY LAW)

Av. Deniz Türkan YÜKSEKOL* **

ÖZ

Marka olabilecek işaretler, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 4. maddesinde; kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi şeklinde sayılmış ve bunların her türlü işareten oluşabileceği belirtilmiştir. "Her türlü işaret" ibaresi, bu işaretlerin sınırlı sayıda olmadığını ifade etmektedir. Üç boyutlu şekiller, hareketler, hologramlar ve konumlar da marka olabilecek işaretlerdendir; ancak tat, doku ve koku gibi işaretlerin marka olup olamayacağı tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Marka, İşaret, Sınai Mülkiyet Kanunu

ABSTRACT

According to Article 4 of Industrial Property Law, numbered 6769, words including personal names, designs, colors, letters, numerals, sounds and shapes of the goods or their packagings and all kinds of signs can be trademarks. The phrase "all kind of signs" denotes that the signs which can be trademarks are not limited. Three-dimensional shapes, motions, holograms and positions can also be trademarks. However, whether or not signs like taste, texture and scent can be trademarks is controversial.

Keywords: Trademark, Sign, Industrial Property Law

I. GİRİŞ

Marka olabilecek işaretler sınırlı sayıda olmamakla beraber, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu¹'nin 4. maddesinde; kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olarak sayılmış ve her türlü işareten oluşabileceği belirtilmiştir. Ayırt edicilik unsuru ise marka olabilecek işaretin asli unsuru olarak düzenlenmiştir.

"Marka olabilecek işaretler

[#] Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.01.2018. İlk hakem raporu tarihi: 21.01.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 21.01.2018.

* Avukat, Yalova Barosu

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4156-2731

¹ 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmî Gazete.

Madde 4- (1) *Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlama ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işarettir.*

Kanun maddesinde sade bir tanım kullanılmış, soyut renkler ve seslerin marka olabileceği açıkça kabul edilmiştir².

Ayrıca yeni düzenleme ile marka sahibine sağlanan korumanın, açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartı getirilmiştir. 6769 sayılı kanunun 4. maddesinin gerekçesinde³ bu hususa ilişkin olarak; yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'da yer alan çizimle görüntülenebilme şartı yerine yeni marka türlerinin tesciline de imkân verebilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartının eklendiği, böylelikle ses markaları, hareket markaları gibi geleneksel olmayan marka çeşitlerinin tescili açısından zorluk yaratan çizimle görüntülenebilme şartı yerine esnek yaklaşım benimsendiği belirtilmiştir⁴.

24.04.2017 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik⁵'in 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajlarının biçimi gibi görme duyusuyla algılanabilen ve bunların kombinasyonundan oluşan işaretlerin marka konusu yapılması durumunda marka örneği başvuru formu⁶ ile birlikte Türk Patent ve Marka Kurumu (TPMK)⁷'na sunulur. Geleneksel olmayan ses markaları, hareket

² Yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'da sesler ve renklerin marka olabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamakta idi. "Markanın içereceği işaretler" başlıklı 5. maddesinin 1. fıkrasında "Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir." düzenlemesi mevcut idi.

³ 06.04.2016 tarihli Sınai Mülkiyet Kanunu'nun gerekçesi.

⁴ Madde gerekçesinde ayrıca markanın sicilde gösteriminin erişilebilir, kalıcı, somut ve korumanın konusunun yetkili makamlar ile halk tarafından açık ve kesin şekilde anlaşılmasını sağlayacak şekilde olması gerektiği belirtilmiştir.

⁵ 24.04.2017 tarih ve 30047 sayılı Resmî Gazete.

⁶ Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 5. Maddesinde; Türk Marka ve Patent Kurumu tarafından geçerli kabul edilen başvuru formunun elektronik ortamda doldurulması suretiyle Kuruma sunulacağı, aksi halde başvurunun işlemde kaldırılabileceği belirtilmiş ve başvuru formunda bulunması gereken zorunlu unsurlar sayılmıştır.

⁷ 6769 sayılı kanun ile Türk Patent Enstitüsü'nün adı Türk Marka ve Patent Kurumu olarak değiştirilmiştir.

markaları, üç boyutlu markalar ve renk markalarının gösterimine ilişkin hususlarda ise özel düzenlemeler⁸ bulunmakta olup bu düzenlemeler alt başlıklarda incelenecektir.

Getirilen düzenleme ile kullanımı yaygınlaşmaya başlayan, geleneksel olmayan ses, renk, üç boyutlu şekiller gibi işaretlerin marka olarak tesciline daha geniş bir imkân tanınmıştır⁹.

Markaları oluşturabilecek işaretler bu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Ne tür işaretlerin marka olarak tescil edilebileceği, geleneksel olmayan markaların tescili talep edilirken gösterimlerine ilişkin hususlar ile marka olup olamayacağı tartışmalı olan işaretler incelenecektir.

II. MARKA OLABİLECEK İŞARETLER

1. Kişi Adları

Kişi adları, marka olabilecek işaretlerdendir. Düzenlemede “kişi adları” ile kastedilenin ön adı mı, soyadı mı yoksa ikisinin bir arada kullanımını mı olduğu tam olarak anlaşılmemekte ise de ayırt edicilik unsuru bulunduğu sürece ayrı ayrı ya da bir arada tescil edilmelerinin önünde bir engel bulunmadığı gibi kullanılacak isimlerin Türkçe olması şart değildir, yabancı dilde de olabilir¹⁰.

Kişi adları kavramına, gerçek kişi adı, soyadı, takma ad, sanatçı adı, tüzel kişi unvanı da dâhil edilerek bu kavramın geniş yorumlanması gerekmektedir¹¹.



Şekil 1

Zeki Triko A.Ş.

TPMK T. No: 2011 85773



Şekil 2

Kemal Tanca Kundura Mağ. ve Deri
Mam. San. Tic. Ltd. Şti.

TPMK T. No: 2006 02743

⁸ Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.7 f.2, f.3, f.4, f.5.

⁹ Bu tür markaların yaygın kullanımı ile görsel, sesli, yazılı medyada da daha çok yer alması durumu ortaya çıkmaktadır. Bu da Reklam Kurulu ve RTÜK tarafından çeşitli yaptırımlar ile engellenmeye çalışılmaktadır. Mehmet BAHTİYAR, *Ticari İşletme Hukuku*, 2017, s.141. Ayrıca bkz. Mehmet Fethi ŞUA, “Örtülü Reklamların Yasaklanmasının Marka Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIII, S.2, 2016, s.45-68.

¹⁰ Ünal TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2012, s.362.

¹¹ Arslan KAYA, *Marka Hukuku*, 2006, s.21.

GIORGIO ARMANI

KİGİLİ

Şekil 3Giorgio Armani S.P.A.
TPMK T. No: 69892**Şekil 4**Kiğılı Giyim Tic. A.Ş.
TPMK T. No: 133936

Kişi adlarının, tescil isteyen kişiye ait olması şartı yoktur, başkasına ait ad ve soyadları da marka olarak kullanılabilir¹². Tanınmış bir kişinin ad ve soyadı da marka olarak kullanılabilir. Ancak bunun sınırı ise kişilik haklarıdır ve bu halde ad ya da soyadı kullanılmak istenen kişinin yahut mirasçılarının izni olmadan bu markanın tescili mümkün değildir¹³. Tescili yapılmak istenen ismin tanınmış bir isim olması ve sahibinin izninin olmaması durumunda kişilik hakları zedelenmiş olan kişi Türk Medeni Kanunu m.26¹⁴ uyarınca adının korunmasını isteyebilir, 6769 sayılı Kanun m.6 f.6¹⁵ uyarınca hak sahibinin tescile itiraz hakkı da bulunmaktadır¹⁶.

Marka, gerçek kişi adlarından oluşabileceği gibi müstear adlardan¹⁷ da oluşabilir (Örneğin, “Halikarnas Balıkçısı”) ve müstear adlar da gerçek adlar ile aynı korumaya sahiptirler¹⁸.

Adını marka olarak tescil ettiren kişinin markası tanınmış hale geldikten sonra, aynı ada sahip diğer kişinin bu adı, ancak ayırt edici bir ek ile birlikte bir markaya konu edilebilir¹⁹. Soyadları aynı olan kişiler ise ön adları ile beraber soyadlarını marka olarak kullanabilirler, ön adları bu markalara yeterli

¹² Hamdi YASAMAN, *Marka Hukuku* 556 s. KHK şerhi, Cilt I, 2004, s.64; Hayrettin ÇAĞLAR, *Marka Hukukunun Temel Esasları*, 2015, s.15.

¹³ TEKİNALP, s.362.

¹⁴ Türk Medeni Kanunu m.26; “Adının kullanılması çekişmeli olan kişi, hakkının tespitini dava edebilir.

Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddî zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevî tazminat ödenmesini isteyebilir.”

¹⁵ 6769 sayılı Kanun m.6 f.6; “Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.”

¹⁶ Sami KARAHAN, *Ticari İşletme Hukuku*, 2015, s.171.

¹⁷ “Bazı hallerde, genellikle sanatçılar ve yazarlar gerçek kimliklerini gizleyerek takma bir adla yazı yazarlar veya eser üretirler. Buna “müstear ad” denir.” YASAMAN, s.63.

¹⁸ YASAMAN, s.65.

¹⁹ Sabih ARKAN, *Marka Hukuku Cilt I*, 1997, s.41.

ayırt edicilik unsurunu tanımaktadır²⁰. Öte yandan, ön ad yeterli ayırt ediciliği sağlasa dahi, tanınmış bir marka haline gelmiş olan soyadının, tanınmış markalara ilişkin korumalardan²¹ da yararlanabileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır.

2- Sözcükler

Marka, ayırt edici niteliği sağlaması koşuluyla anlamlı ya da anlamsız tek bir sözcükten, birden fazla sözcükten ya da sözcük gruplarından oluşabilir. Bunun yanında bir markanın en fazla kaç sözcükten oluşabileceğine dair bir düzenleme mevcut olmadığından sloganlar da marka olabilirler²².

TWITTER

Şekil 5

Twitter, Inc.

TPMK T. No: 2015
53819

facebook

Şekil 6

Facebook, Inc.

TPMK T. No: 2016
58025

SPOTIFY

Şekil 7

Spotify AB

TPMK T. No: 2011
106716

UNITED COLORS
OF BENETTON

Şekil 8

Benetton Group S.R.L.

TPMK T. No: 2007
49241

BEKO

Şekil 9

Zer Mer. Hiz. Ve Tic.
A.Ş.

TPMK T. No: 2007
60311

Relit®

Şekil 10

Pelit Pas. Ve Gıda
San. A.Ş.

TPMK T. No: 2016
06679

Arçelik demek yenilik demek

Şekil 11

JUST DO IT

Şekil 12

²⁰ YASAMAN, s.64.

²¹ 6769 sayılı Kanun m.6 f.5; “Tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hâllerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hâli saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.”

²² ARKAN, s.40; KAYA, s.18; TEKİNALP, s.362; YASAMAN, s.70.

Arçelik A.Ş.
TPMK T. No: 2008 12845

Nike Innovate C.V.
TPMK T. No: 2013 72884

Aradığın sahibinden.com'da yoksa muhtemelen yoktur

Şekil 13

Sahibinden Bilgi Tek. Paz. ve Tic. A.Ş.
TPMK T. No: 2014 83085

Coğrafi sözcüklerin (kıta, ülke, bölge, il, ilçe vb. isimleri) de marka olabilmesi de mümkündür; ancak kullanılacak kelimenin, mal ya da hizmetin coğrafi kaynağı konusunda yanıltıcı nitelikte olmaması, ürünün üretildiği yer konusunda karışıklığa yol açmaması gerekmektedir²³. Coğrafi sözcükler, birden fazla sözcükten oluşan bir marka içerisinde bir sözcük olarak kullanılabilir (İstanbul Modern, Ankara Pazarı vb.); bununla birlikte tek başına marka olarak kullanılabilmesi ise mal ya da hizmet ile ilgili olarak ayırt edicilik kazanmış olmasına bağlıdır²⁴.

3- Şekiller

Her türlü resim, fotoğraf, semboller, amblemler, çizimler, somut çizgi ya da renk ile anlatımlar²⁵, armalar, mühürler, logolar²⁶, ayırt edici niteliğine sahip olması durumunda şekil markası olabilirler. Yine ayırt edici niteliğe sahip olmak koşulu ile sözcükler ve resim bir arada kullanılarak karma markalar da ortaya çıkabilir²⁷. Şekiller, somut ya da soyut olabilirler²⁸.



Şekil 14



Şekil 15



Şekil 16

²³ YASAMAN, s.66.

²⁴ KAYA, s.19.

²⁵ TEKİNALP, s.363.

²⁶ YASAMAN, s.71.

²⁷ ARKAN, s.41; "Şekil, ... sözcük, resim, grafik ve renk karışımı veya bileşimi düzenlemeleri ve kompozisyonları ifade eder." TEKİNALP, s.363.

²⁸ ÇAĞLAR, s.17.

Gianni Versace DC Comics
S.P.A

TPMK T. No: 2009 65282
TPMK T. No: 2005 11083

Vakko Holding
A.Ş.

TPMK T. No: 2016 95309



Şekil 17
Volvo Trademark
Holding AB

TPMK T. No: 2015
102770



Şekil 18
Burberry Limited

TPMK T. No: 2010 65736



Şekil 19
Twitter, Inc.

TPMK T. No: 2016
79907

4- Harfler

Tek başına bir harf ya da birden fazla harf kombinasyonlarından olan işaretler marka olabilir. Harflerin Türkçe karakter olma zorunluluğu yoktur; başka alfabelerin harfleri de marka olabilecek işaretler arasındadır²⁹. Bunun yanında harfler ile beraber çeşitli işaretler, rakamlar da kullanılarak karma markalar oluşturulabilir³⁰.



Şekil 20
Omega SA

TPMK T. No: 2014
13889



Şekil 21
H & M Hennes & Ma-
uritz AB

TPMK T. No: 2015
54931



Şekil 22
Formula One Licen-
sing B.V.

TPMK T. No: 2013
72418

²⁹ KAYA, s.23; TEKİNALP, s.363.

³⁰ TEKİNALP, s.363.

Bir harfin tescil ettirilmesi, marka sahibinden başkasının o harfi kullanamayacağı anlamına gelmez; ancak sadece bir harfin marka olarak kabul edilebilmesi için ayırt edici özellik kazanmış olması gerekmektedir³¹.



Şekil 23

Migros-Genossenschafts-Bund

TPMK T. No: 177906



Şekil 24

Mars Inc

TPMK T. No: 2017
32934

Şekil 25

Mesa Mak. Dök. Gıda
San. Ve Tic. A.Ş.TPMK T. No: 2013
36283

5- Sayılar

Sayılar da tıpkı harfler gibi tek başlarına rakam olarak ya da sayı şeklinde marka olabilirler. Tek başına bir rakamın marka olabilmesi için ayırt edicilik vasfına sahip olması gerekmektedir. Ayırt edici özellik kazandırılmamış, form verilmemiş bir rakamın sadece tescil ettirene tahsis edilmesi gibi bir durum söz konusu olamaz. Sayılar ile birlikte çeşitli işaretler kullanılarak karma markalar da oluşturulabilir³².



Şekil 26

1907 Fenerbahçe Derneği

TPMK T. No: 2017
04714

Şekil 27

WM. Wrigley Jr. Company

TPMK T. No: 2007
52819

Şekil 28

Automobiles Peugeot

TPMK T. No: 2006
54315

³¹ KAYA, s.23; Aksi görüşte bkz. "... tek harf (meselâ A) ... marka olarak seçilebilir." TEKİNALP, s.363; "... tek bir harfin ancak özgün bir tasarıma sahip olması halinde tescil edilebileceği yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi "Z" harfinin bütün ürünleri için, "K" harfinin pencere veya para kasası gibi metal ürünler için, "E" harfinin ise rüzgâr enerjisi santrali için tescilini uygun görmüştür." ÇAĞLAR, s.16-17.

³² KAYA, s.24.

6- Malların veya Ambalajlarının Biçimi ile Üç Boyutlu Şekiller

Malların ya da ambalajların biçimi de ayırt edicilik unsuruna sahip ise marka olabilecek işaretlerdendir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin 1. fıkrasında “Sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajlarının biçimi gibi görme duyusu ile algılanabilen işaretler veya bunların kombinasyonundan oluşan işaretlerin marka başvurusuna konu edilmesi halinde marka örneği, başvuru formu ile Kuruma sunulur.” düzenlemesi mevcuttur.



Şekil 29

Eti Gıda San. Ve Tic. A.Ş.
TPMK T. No: 2016 78046



Şekil 30

Yıldız Holding A.Ş.
TPMK T. No: 2016 69670

Malların ya da ambalajlarının biçimlerinin üç boyutlu olarak tescilinin talep edilmesi halinde, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği üzere, koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerinin Türk Patent ve Marka Kurumu'na sunulması gerekir ve bu gösterimler, en fazla altı farklı açıdan görünümü içerecek ve markanın bütünlüğünü bozmayacak şekilde olmalıdır.



Şekil 31

Japan Tobacco Inc.

TPMK T. No: 2010
19115**Şekil 32**Kraft Foods Schweiz
Holding GmbH**TPMK T. No:** 2006
30737**Şekil 33**

Ferrero S.P.A.

TPMK T. No: 2007
25938

Üç boyutlu şekillerin, malların ya da ambalajların şekilleri ile sınırlı olması gibi bir durum bulunmamaktadır. Malların üzerine konulabilen “Mercedes’in yıldızı” gibi ayırt edici özelliğe sahip üç boyutlu şekiller de marka olabilmektedir³³.

Her gün gelişmekte olan ve ileri teknik niteliklere sahip saat, gözlük, bileklik, eldiven, yüzük gibi giyilebilir teknoloji ürünlerinin biçimleri de üç boyutlu marka olarak tescil edilebilecek niteliktedirler³⁴.

Üç boyutlu şekillerin çok daha geniş kapsamlı düşünülmesi gerekmektedir. Marka olabilecek işaretler sınırlı sayıda olmadığından, Amerika Patent ve Marka Ofisi (USPTO)³⁵ tarafından halihazırda tescili yapılmakta olan mimari yapılar, mağazaların iç ya da dış dekorasyonları gibi üç boyutlu şekiller de marka olabilecek işaretler arasındadır³⁶.

**Şekil 34**

BP P.L.C.

TPMK T. No: 2006 32356**Şekil 35**

Space Needle LLC

USPTO R. No:
2775235**7- Renkler**

Yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde renkler marka olabilecek işaretler arasında sayılmamıştı. Öğretide; tek başına renklerin ayırt edici özellik kazandığı sürece marka olarak tescil edilebileceği görüşü ağır

³³ ARKAN, s.42; KAYA, s.25; KARAHAN, s.171.

³⁴ ŞUA, s.65.

³⁵ United States Patent and Trademark Office.

³⁶ İlayda ATAY, “Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2014, s. 43.
YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

basmakta idi ³⁷ . Renk markası başvurusunda bulunanlar, Avrupa’da markalarını tescil ettirebilirken, Türkiye’de tescil ettirememektedirler³⁸ .

Bunun yanında 6769 sayılı kanunun 4. maddesinde renkler marka olabilecek işaretler arasında sayılmıştır. Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in 7. maddesinin 4. fıkrasında, “Başvurunun renk markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi, işareti oluşturan renk görselinin sunulması ve Kurum tarafından geçerliliği kabul edilen renk kodunun belirtilmesi gerekir. Renk veya renklerin somutlaşmış, sınırları belli bir şekil, figür, resim veya kelime gibi unsurlar dâhilinde kullanılması durumunda işaret renk markası olarak değerlendirilmez ve birinci fıkra hükmü uygulanır.” düzenlemesi yer almaktadır.

Başvurulan renk markasında renk kodunun ise Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından geçerli kabul edilen <https://www.pantone.com/color-finder> linki üzerinden yapılacak sorgu ile belirlenmesi, başvuruda renk görselinin sunulması ve renk kodunun belirtilmesi gerekmektedir³⁹ .

Birden fazla renk kombinasyonu da marka olarak tescil edilebilir. Bu durumda gösterimin ne şekilde yapılacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Patent ve Marka Kurumu’nun 2015 tarihli Marka İnceleme Kılavuzu’nda “... marka örneğinden açıkça anlaşamıyorsa, renk kombinasyonunu oluşturan renklerin her birinin marka örneği içindeki konumu ve dağılım oranlarının da yazılı olarak açıkça ifade edilmesi işarete sağlanacak koruma kapsamının tespiti ve olası uyuşmazlıkların çözümü açısından gereklidir”⁴⁰ şeklinde bir açıklama bulunmakta ise de bu oranların ve konumun belirtilmesi durumunda artık bu markanın şekil markası sayılması durumu ortaya çıkacaktır⁴¹ .

³⁷ YASAMAN, s.83; TEKİNALP, s.364; Cahit SULUK/Rauf KARASU/Temel NAL, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 2017, s.167; Sevilay EROĞLU, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2003, s.112. Aksi görüşte bkz. “Ancak münferit renkler, ayırt edicilik nitelikleri bulunmadığından, marka olarak tescil edilemezler.” KARAHAN, s.172; “Doğadaki ana renklerin veya yapay renklerin soyut ve tek başına marka olması (soyut renk markaları) ve bu suretle bir kişinin inhisarına verilmesi düşünülemez.” KAYA, s.30.

³⁸ Lerzan YILMAZ, “Renk ve Renk Kombinasyonları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.91, S.2017/6, 2017.

³⁹ <http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/9BC2B173-4C35-4777-9E6F-4D66057C0C32.pdf> (Erişim tarihi, 24.10.2017).

⁴⁰ Marka İnceleme Kılavuzu, 2015, s.24.

⁴¹ EROĞLU, s.125.

Link üzerinden tescili istenen renk seçildikten sonra rengin RGB (Red, Green, Blue), Hex (Hexadecimal⁴²) ve CMYK (Cyan, Magenta, Yellow, Black) kodları belirlenerek, karıştırmaya mahal vermeyecek şekilde renk tespit edilebilmektedir.



Şekil 36: Örnek renk kodu

Milka'nın mor rengi, Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından tescil edilmiş bir soyut renk markasıdır.



Şekil 37

Kraft Foods Schweiz
Holding GmbH
TPMK T. No: 2005 47462

Renk ya da renklerin somutlaştırılması, sınırlarının belirli hale getirilmesi, diğer işaretler ile birlikte kullanılması durumunda artık işaretin renk markası olarak tescili mümkün değildir.

Getirilen yeni düzenleme ile yalnızca renk kodu seçilerek ve gösterimi yapılarak soyut rengin ayırt ediciliğe sahip olması şartıyla marka olarak tescili açık bir şekilde mümkün hale gelmiştir. Ancak soyut renklerin marka olabilmesinde, ayırt edici özelliği⁴³ kazanıp kazanmadığı hususu önemli rol oynamaktadır⁴⁴. Soyut renklerin marka olarak tescilinde, renklerin marka

⁴² 16 tabanlı sayı sistemi.

⁴³ “Soyut renk markalarında ise, ancak insan gözüyle ayırt edilemeyecek kadar ufak tonlama farklılıkları “ayırt edilemeyecek kadar aynı” kavramına dahil edilmelidir.” EROĞLU, s.141.

⁴⁴ TPMK tarafından yayınlanmış 2015 tarihli Marka İnceleme Kılavuzu’nda “... renkler açısından böyle bir algılamının oluşabilmesi için öncelikle rengin ürün üzerinde sürekli ve uzun süreli kullanılması ve bu kullanım sonucu ilgili ürün/hizmetle ilgili olarak marka işlevi görecektir şekilde ayırt edici nitelik kazanmış olması gerekir. Bu nedenle, ayırt edici nitelik YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

olabileceğine dair yapılan açık düzenleme karşısında, rengin kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmış olması şartının bulunup bulunmadığı ise tartışmaya açıktır.

8- Sesler

6769 sayılı kanunla gelen yeni düzenlemede marka olabilecek işaretler arasında sesler de sayılmıştır. 556 sayılı KHK’da bulunan çizimle görüntülenebilme şartı yerine sicilde gösterilebilir olma şartı getirilmesi ile seslerin marka olarak tescil edilebilmesi için artık nota ile gösterim zorunluluğu da bulunmamaktadır.

Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’in 7. maddesinin 2. fıkrasında, “Başvurunun ses markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işaretin elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kaydının Kuruma sunulması gerekir. Başvuru sahibi nota ile gösterimin mümkün olduğu hallerde bu gösterimi de başvuruyla birlikte sunabilir.” düzenlemesi yer almaktadır.

Böylelikle yalnızca elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kayıtların ayırt edici niteliğe sahip olması şartıyla ses markası olarak tescili yolu açılmıştır. Türk Patent ve Marka Kurumu’na yapılacak ses markası başvurularında, sadece bir adet ses kaydı sunulabilmektedir⁴⁵.

LC Waikiki’ye ait tescilli 31.05.2016 tescil tarihli ses markası bulunmaktadır. 556 sayılı KHK uyarınca nota ile gösterimi ile elektronik ortamda saklanabilir kaydı mevcuttur. 6769 sayılı kanun uyarınca yapılacak başvurularda ise nota ile gösterim şartı bulunmamaktadır.



Şekil 38

kazandığı yeterli derecede delille ispatlanmadığı sürece kendi başına tek renkten oluşan bir başvurunun başlangıçta ayırt edici nitelikten yoksun olduğu kabul edilmelidir.” şeklinde ayırt edicilik kriteri belirtilmiştir (s.23).

⁴⁵ <http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/9BC2B173-4C35-4777-9E6F-4D66057C0C32.pdf> (Erişim tarihi, 24.10.2017).

LC Waikiki Mağ. Hiz. Tic. A.Ş.

TPMK T. No: 2014 99722

Ses markaları, herhangi bir sestem, jingle gibi müzikal türde bir parçadan ya da bir sloganın seslendirilmesinden oluşabilir⁴⁶.

Seslerin marka olabilmesi için tüm işaretler gibi ayırt edici özelliğe sahip olması gerekmektedir. Ayırt edicilik özelliğine sahip olabilmesi için ise bir bütünlük sağlaması⁴⁷, akılda kalıcı niteliğe sahip olması, mal ve hizmetler ile markasal bir bağlantı kurması gerekmektedir⁴⁸.

9- Hareketler

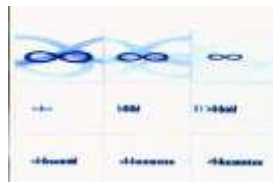
6769 sayılı kanunda her türlü işaretin marka olabileceği belirtilmiş ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin 5. fıkrasında, başvurunun hareket markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde izlenecek yöntem açıklanmıştır.

“(5) Başvurunun hareket markası olarak tescilinin talep edildiği hallerde bunun başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işareti oluşturan hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin Kuruma sunulması gerekir. Gösterimler, markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olmalıdır.”

Getirilen yeni düzenleme ile hareketi tasvir eden bir görüntü ya da hareketsiz görüntü dizisinin yanı sıra hareketli görüntü dizisinin Türk Patent ve Marka Kurumu'na sunulması, ayırt edicilik unsuru sağlandığı takdirde marka tescili için yeterli olacaktır. Bunun yanında gösterimlerin ise markanın bütünlüğünü bozmayacak nitelikte olması gerekmektedir.



Şekil 39



Şekil 40



Şekil 41

⁴⁶ EROĞLU, s.113.

⁴⁷ "... ses markasında yer alan kesintiler, birbirinden bağımsız unsurların söz konusu olduğu izlenimini yaratmakta ise, işaretin bütünlüğünden söz edilemez" EROĞLU, s.102.

⁴⁸ Rauf KARASU, "Ses Markaları", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.7, S.2, 2007, s.36-38.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Akbank Türk A.Ş.

Hisamitsu Pharmaceu-
tical Co., Inc.Türkiye İş Bankası
A.Ş.TPMK T. No: 2016
79291TPMK T. No: 2014
46159TPMK T. No: 2012
47944

Nokia'nın hareket markası Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO)⁴⁹ tarafından tescil edilmiştir.

Şekil 42

Nokia Corporation

EUIPO TM No: 003429909



Küçük bir gemi şeklindeki şekerin bardağa konulduğunda yüzmesinden, batmasından ve çözülmesinden oluşan hareket markası da Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO) tarafından tescil edilmiştir.

Şekil 43

Schröder & Schröder sales training und consult-
ing GmbH & Co. KG

EUIPO TM No: 004087193

10- Hologramlar

Hologram, "holografi işleminde üçboyutlu görüntüyü oluşturmak üzere gerekli bilgileri taşıyan resimdir"⁵⁰. Holografi ise "lazer ışınlarına dayanılarak gerçekleştirilen üçboyutlu resim işlemidir"⁵¹. Hologramlar da marka olarak tescil edilebilirler⁵². Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi

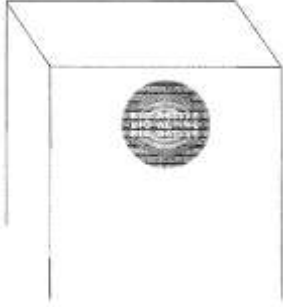
⁴⁹ The European Union Intellectual Property Office (23.03.2016'dan önceki adı Office for Harmonisation in the Internal Market (OHIM)).

⁵⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategori1=enisozluk (Erişim tarihi, 24.10.2017).

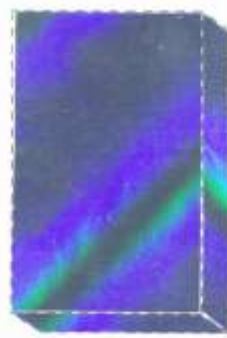
⁵¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategori1=enisozluk (Erişim tarihi, 24.10.2017).

⁵² YASAMAN, s.71; ÇAĞLAR, s.17.

(EUIPO), hologramları marka olabilecek işaretlerden saymıştır⁵³ ve tescil etmiş olduğu hologram markaları bulunmaktadır.



Şekil 44
Bioclin B.V.
EUIPO TM No: 001787456



Şekil 45
Eve Holdings Inc.
EUIPO TM No: 002559144

11- Konumlar (Pozisyonlar)

Bir işaretin ürün üzerindeki konumu da marka olarak tescil edilebilmektedir. Bu marka türündeki amaç, işaretin bulunduğu konumun markaya ayırt edicilik sağladığı düşüncesiyle markanın konumunun korunmasıdır⁵⁴.

Konum markalarına konu işaretlerin, ürünlerin daima belirli bir yerinde aynı renkte, aynı boyutta kullanılması durumunda, bağımsız olarak düşünüldüğünde dahi ürünü anımsatması özelliği nedeniyle, ayrı bir marka çeşidi olarak kabul edilebilir⁵⁵.



Şekil 46
Adidas AG



Şekil 47
Pair Of Shoes, S.L.



Şekil 48
Fred Perry (Holdings)
Limited

⁵³ SULUK/KARASU/NAL, s.170.

⁵⁴ SULUK/KARASU/NAL, s.170.

⁵⁵ Mutlu Yıldırım KÖSE/Canan TINAZ/Tuççe ATLI, “Geleneksel Olmayan Markalar”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C.16, S.2, 2014, s.94.
YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

TPMK T.No: 2010 EUIPO TM No: EUIPO TM No:
77147 003889615 012654951

III. Marka Olup Olamayacağı Tartışmalı Olan İşaretler

6769 sayılı kanunda marka işaretlerinin sınırlı sayıda olmadığı, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 7. maddesinin 6. fıkrasında, “*Bu madde hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, yukarıda sayılanlar dışında kalan bir işaretin gösterimi hakkında da uygulanır. Bu durumda, başvuru sahibi, özellikle görüntüler, şekiller, çizgiler veya karakterler yoluyla görsel olarak gösterim, elektronik kayıt, yazılı açıklama veya uygun gördüğü başka bir gösterimi Kuruma sunar.*” düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla gerekli şartları sağladığı takdirde her türlü işaret marka olabilir. Bazı işaretlerin ise bu şartları taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır.

1- Tatlar

Doktrinde, 6769 sayılı kanunda marka olabileceği sayılan işaretler sınırlı sayıda olmadığından dolayı tatların da marka olabileceği görüşü⁵⁶ bulunmakta olup ifade şartı yerine getirilemeyeceğinden ve tatların kişiye göre değişkenlik göstereceği düşüncesiyle aksi yönde görüşler⁵⁷ de mevcuttur.

Tat markalarında işaretin sicilde gösterilebilir olma şartını yerine getirip getiremeyeceği belirsiz olup tartışmaya açıktır. 556 sayılı KHK'da bulunan çizimle gösterilebilme şartı kaldırılmış olsa da herkesin algılayacağı tat farklı olabilir ya da kullanılan malzemeye göre tanımlanan tat değişiklik gösterebilir.

2- Kokular

6769 sayılı kanunda kokuların marka olup olamayacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide, kokunun marka olabileceği ancak kokunun açıkça teşhis edilebilir olacak şekilde gösteriminin gerektiği⁵⁸, özel bir kokunun herhangi bir ürünün ayırt edici unsuru olmasının mümkün olduğu, kokuların marka olabileceğini ancak doğası gereği kokulu olan ürünler için bu kokuların marka olarak tescil edilemeyeceği⁵⁹, kimyasal bir formül kullanılarak ifade edilmesi durumunda kokuların marka olabileceği⁶⁰ yönündeki görüş ağırlıktadır.

⁵⁶ SULUK/KARASU/NAL, s.170.

⁵⁷ KARAHAN, s.173.

⁵⁸ YASAMAN, s.88.

⁵⁹ SULUK/KARASU/NAL, s.169.

⁶⁰ ARKAN, s.41; KARAHAN, s.173.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik ile getirilen, gösterim şekilleri belirtilirken kullanılan “yazılı açıklama veya uygun gördüğü başka bir gösterim” terimi ışığında da kokuların marka olup olamayacağı, sicilde gösterme şartının yerine getirilip getirilemeyeceği tartışmaya açıktır. Koku markaları her yargı alanında farklı şekilde değerlendirilmektedir⁶¹.

Amerika Patent ve Marka Ofisi (USPTO) tarafından ise tescil edilmiş bulunan koku markaları bulunmaktadır. Verizon Wireless şirketi tarafından perakende mağaza hizmetleri ile ürün gösteriminde kullanılmak üzere “çiçeksi misk kokusu” (R. No:4618936), Lactona şirketine ait diş fırçaları için “çilek kokusu” (R. No:3332910) tescil edilmiştir.

Amerika Patent ve Marka Ofisi (USPTO) tarafından koku markaları uygulama alanı bulmakta ise de Türkiye’de henüz kokuların marka olarak tescili kabul görmemektedir.

3- Dokular

Doku markaları, ürünlerin dokunma hissiyle ayırt edicilik kazanmasını sağlayan işaretler olarak tanımlanabilir. Almanya Federal Mahkemesi’nde karara konu markanın tescil edilemeyeceğine karar vermiş ise de bu kararında dokunma markalarının tescilinin mümkün olduğunu belirtmiştir⁶². Bu türde hissedilen işaretlerin marka olup olamayacağı tartışmalıdır.

IV. SONUÇ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 4. maddesinde sayılan kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi gibi işaretler marka olarak tescil edilebilirler. Bu işaretler ise sınırlı sayıda değillerdir. Hologramlar, konumlar gibi işaretler de marka olabilirler.

Tüm marka olabilecek işaretlerde asli unsur ayırt ediciliğe sahip olmasıdır. Tescil edilmek istenen işarete göre ayırt edicilik değerlendirmesi her bir tescil talebinde ayrı ayrı yapılacaktır.

Görme duyusuyla algılanabilen işaretlerin marka konusu yapılması durumunda başvuru sırasında marka örneğinin gösterimi yeterlidir.

Ses markalarının ise elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kayıt ile gösterimi, yeni düzenlemeyle mümkün hale gelmiştir.

⁶¹ “Örneğin, otomobil lastikleri için “gülleri hatırlatan çiçek kokusu” markasının ve dartlar için “keskin bira kokusu”nun İngiltere Fikri Mülkiyet Ofisi tarafından tescil edilmesine karşın, OHİM bu markaların tescil talebini kabul etmemiştir.” KÖSE/TINAZ/ATLI, s.93.

⁶² SULUK/KARASU/NAL, s.170.

YÜHFD Cilt: XIV Sayı:2 (2017)

Hareket markalarının tescilinde, hareketi tasvir eden bir görüntünün veya hareketsiz ya da hareketli görüntü dizisinin sunulması, üç boyutlu markaların tescilinde ise koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayacak şekilde işaretin tek bir yönden veya farklı açılardan görünümünü içeren gösterimlerin sunumu gerekecektir.

Renk markalarının tescilinde ise renk görseli ile birlikte <https://www.pantone.com/color-finder> linkinden tespit edilecek renk kodunun sunulması şarttır.

Tat, doku ve koku gibi işaretlerin ise marka olup olamayacağı tartışmalı olup bu işaretlere ilişkin mevzuatımızda herhangi bir düzenleme henüz mevcut değildir.

556 sayılı KHK'da bulunan “çizimle görüntülenebilme ya da benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilmeye” şartının yerine 6769 sayılı kanunla “marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması” şartı getirilmesi ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik ile geleneksel olmayan ses ve renk gibi işaretlerin gösterimine ilişkin açık düzenlemeler yapılması ile bu işaretlerin marka olabilmesine daha geniş bir imkân tanınmıştır.

KAYNAKÇA

- ARKAN Sabih, *Marka Hukuku*, Cilt I, Ankara 1997
- ATAY İlayda, “Üç Boyutlu Markaların Hukuki Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014
- BAHTİYAR Mehmet, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2017
- ÇAĞLAR Hayrettin, *Marka Hukukunun Temel Esasları*, Ankara 2015
- EROĞLU Sevilay, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S.1, 2003
- KARAHAN Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, Konya 2015
- KARASU Rauf, “Ses Markaları”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C.7, S.2, 2007
- KAYA Arslan, *Marka Hukuku*, İstanbul 2006
- KÖSE Mutlu Yıldırım/TINAZ Canan/ATLI Tuğçe, “Geleneksel Olmayan Markalar”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C.16, S.2, 2014
- SULUK Cahit/KARASU Rauf/NAL Temel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Ankara 2017
- ŞUA Mehmet Fethi, “Örtülü Reklamların Yasaklanmasının Marka Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIII, S.2, 2016

TEKİNALP Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2012

YASAMAN Hamdi, *556 sayılı KHK Şerhi*, Cilt I, İstanbul 2004

YILMAZ Lerzan, “Renk ve Renk Kombinasyonları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.91, S.2017/6, 2017

Marka İnceleme Kılavuzu (2015), Türk Patent ve Marka Kurumu

<http://www.turkpatent.gov.tr/TurkPatent/resources/temp/9BC2B173-4C35-4777-9E6F-4D66057C0C32.pdf>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat&kategori1=yenisozluk