



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XV • SAYI: 2 • YIL: 2020

ISSN: 1306-3839

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XV
SAYI: 2
YIL: 2020



ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ





ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XV

SAYI: 2

YIL: 2020

EKİM – 2020
KAYSERİ

SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yunus YOLDAŞ (Dekan V.)

SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Serap Başaran (Fakülte Sekreteri)

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZİ- KAYSERİ	<u>E-MAIL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com
	<u>ISSN</u> : 1306-3839
	<u>Basım Tarihi:</u> EKİM 2020

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Dizgi ve Mizanpaj

Editör Yardımcıları

Baskı:

Erciyes Üniversitesi Matbaası, MELİKGAZİ/ KAYSERİ

AMAÇ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukuk alanında ve hukukla bağlantılı alanlarda özgün ve bilimsel çalışmalarla ulusal düzeyde literatüre katkıda bulunmayı amaçlar.

KAPSAM

Kamu hukuku ve özel hukuk alanında özgün ve bilimsel araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler, dergimizin yayın kapsamına girmektedir.

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan sayısı için 31 Ocak; Ekim sayısı için 30 Temmuz tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi veya eruhukukdergisi@gmail.com mail adresine gönderilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde çalışmalara da yer verilmektedir. Çalışmalar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir çalışmada, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 kelime-den oluşan özet bulunmalıdır. Özetler, Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri ile hazırlanmış olmalıdır. Ayrıca çalışmanın her iki dilde başlığı ve beşer anahtar kelime de çalışmanın başına eklenerek gönderilmelidir. Yazarların, Orcid ID numaralarını ve mail adreslerini, kimlik bilgilerinin yer aldığı dipnotta göstermeleri gerekmektedir.

4. Yayınlanmak üzere gönderilen makalelerin sayfa yapısı, üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Makalenin metin kısmında, Türkçe başlık 12 punto altında İngilizce başlık gelecek şekilde olmalı, geri kalan kısım Times New Roman 11 punto, satır aralığı 1,15 olmalıdır. Dipnotlar metin altında Times New Roman karakterinde 9 punto, satır aralığı 0,9 olmalıdır. 0,6 asılı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 40 sayfadan fazla olmamalıdır..Çalışmalar, editörlüğe elektronik ortamda (CD, flash bellek, e-posta vb.) gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayınlanmak üzere gönderilecek çalışmalar Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış olarak dergiye gönderilmelidir. Word programındaki otomatik başlıkları kullanılmamalıdır.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların şekli ve içerik yönünden denetimini yapmış oldukları ve bu şekliyle "yayıma" hazır verdikleri kabul edilir. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise en az iki hakeme gönderilir.
7. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı hakemlerin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemlerden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakemlerin raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakemlerin incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
8. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
9. Dergide yayımlanan çalışmaları değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
10. Dergide, hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu çalışmalar hakem incelemesine sunulmaz. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
11. Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
12. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
13. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergimizde yayınlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.
14. Dergi basıldıktan sonra danışma kurulu üyelerine, ilgili sayının yazarlarına ve ilgili sayıda hakemlere ücretsiz olarak gönderilir.

DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KURULU (Editorial Board)

Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Şafak NARBAY – Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Atatürk Üniversitesi
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi
Doç. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ – Erciyes Üniversitesi

EDİTÖRLER (Editors)

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)

Arş. Gör. Dr. Mustafa UYANIK
Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY
Arş. Gör. Ayşe KARAKIMSELİ SEZGİN
Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK
Arş. Gör. Sema Nur ÖÇALAN
Arş. Gör. Alihan ÇELİK

İÇİNDEKİLER*

ÖZEL HUKUK

Hakemli Makaleler

Prof. Dr. Asuman YILMAZ

7244 Sayılı Kanun ile Öngörülen Düzenlemelerin

Sermaye Şirketlerinde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtımına Etkisi.....293

Dr. Öğr. Üyesi Gökçe CANARSLAN

Vekalet Sözleşmesinin Örtülü Kabul ile Kurulması.....305

Dr. Öğr. Üyesi Lâle AYHAN İZMİRLİ

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde

Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı.....341

Dr. Öğr. Üyesi Sevgi KAYAK

Roma Hukukunda Borçlunun

Temerrüdü (Mora Debitoris) Kavramının Genel Çizgileri393

KAMU HUKUKU

Hakemli Makaleler

Prof. Dr. Mehmet KAHRAMAN/ Arş. Gör. Muhammed ŞAHİN

Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre

Güvenlik Soruşturması ve Özel Hayata Saygı Hakkı.....415

Dr. Öğretim Üyesi Can CANPOLAT

Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı

“Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?”.....451

Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU

Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Hazırlık501

Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN

Hart-Devlin Tartışmasında Olmayan Argümanlar537

Öğr. Gör. Dr. Asuman ÇAPAR

Kamu Personelinin Atanmasında Güvenlik Soruşturması Uygulaması.....569

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

CONTENTS

PRIVATE LAW

Refereed Articles

Prof. Dr. Asuman YILMAZ

The Effect of the Regulations Stipulated

By the Law No. 7244 on the Distribution of Dividends

and Advance Payment for Dividends in Capital Companies293

Assist. Prof. Dr. Gökçe CANARSLAN

Conclusion of the Agency Contract by Tacit Acceptance305

Assist. Prof. Dr. Lâle AYHAN İZMİRLİ

Nature and Scope of the Hague Principles

on Choice of Law in International Commercial Contracts341

Assist. Prof. Dr. Sevgi KAYAK

General Lines of Debtor's Default (Mora Debitoris) in Roman Law.....393

PUBLIC LAW

Refereed Articles

Prof. Dr. Mehmet KAHRAMAN/ Res. Asst. Muhammed ŞAHİN

Background Check and Right To Respect

for Private Life Based on the Constitutional Court Decisions415

Assist. Prof. Dr. Can CANPOLAT

The Purpose of Criminal Procedure Law

Searching for objective truth or establishing a judicial truth?.....451

Assist. Prof. Dr. Emin HÜSEYİNOĞLU

Preparation for Crime in the Criminal Law of the Russian Federation501

Assist. Prof. Dr. Engin ARIKAN

Missing Arguments in Hart-Devlin Debate537

Prelector. Dr. Asuman ÇAPAR

Security Conduct during the Appointment Of Public Officials569

Özel Hukuk/ Private Law

**7244 SAYILI KANUN İLE ÖNGÖRÜLEN DÜZENLEMELERİN
SERMAYE ŞİRKETLERİNDE KÂR PAYI VE KÂR PAYI
AVANSI DAĞITIMINA ETKİSİ**

The Effect of the Regulations Stipulated by the Law No. 7244 on the Distribution of Dividends and Advance Payment for Dividends in Capital Companies

*Prof. Dr. Asuman YILMAZ**

ÖZET

COVID-19 salgın hastalığının yayılmasını önlemek ve etkilerini azaltmak amacıyla tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çeşitli tedbirler alınmıştır. Bu kapsamda çıkarılan 16.04.2020 tarih ve 7244 sayılı Kanun, şirketler hukuku alanında özel düzenlemeler içermektedir. Anılan Kanun'un 12. maddesiyle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na "geçici madde 13" hükmü eklenmiştir.

Bu çalışmada, 7244 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen geçici 13. madde hükmüyle getirilen düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

* İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-posta: ayilmaz@ticaret.edu.tr, ORCID-ID: 0000-0003-3415-2566.

Anahtar Kelimeler: 7244 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen geçici 13. madde hükmüyle getirilen düzenlemeler, geçici 13. maddenin öngörülme amacı ve kapsamı, hükme aykırılık hâlinde uygulanacak yaptırımlar, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Geçici 13 üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ ile öngörülen düzenlemeler.

ABSTRACT

In order to prevent the spread of the COVID-19 epidemic and to reduce its effects, various measures have been taken in our country as well as all over the world. The Law No. 7244 of 16.04.2020, enacted in this context, contains special regulations in the field of company law. The provision of "temporary article 13" was added to the Turkish Commercial Code numbered 6102 with the provision of article 12 of the aforementioned Law.

In this study, the regulations envisaged by the provision of the temporary article 13 added to the Turkish Commercial Code with the Law No. 7244 have been discussed and analyzed.

Keywords: Regulations introduced with the provision of temporary article 13 added to the Turkish Commercial Code by Law No. 7244, the purpose and scope of the temporary article 13, sanctions to be applied in case of violation of the provision, Regulations stipulated by the Communiqué on Procedures and Principles Regarding the Implementation of Temporary Article 13 of the Turkish Commercial Code No. 6102.

I. GİRİŞ

COVID-19 salgın hastalığıyla mücadele amacıyla alınan tedbirler kapsamında çıkarılan, 16.04.2020 tarih ve 7244 sayılı "Yeni Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 17.04.2020 tarihli ve 31102 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

7244 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle, 13.01.2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na¹ (TTK) "geçici madde 13" hükmü eklenmiştir. Söz konusu hüküm aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

"(1) Sermaye şirketlerinde, 30/9/2020 tarihine kadar 2019 yılı net dönem kârının yalnızca yüzde yirmi beşine kadarının dağıtımına karar verilebilir, geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçeler dağıtımına konu edilemez, genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemez. Devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz. Bu fıkra belirtilen süreyi üç ay uzatmaya ve kısaltmaya Cumhurbaşkanlığı yetkilidir.

(2) Genel kurulca 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış ancak henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının yüzde yirmi beşini aşan kısma ilişkin ödemeler birinci fıkra belirtilen sürenin sonuna kadar ertelenir.

(3) Bu maddenin kapsamına giren sermaye şirketlerine ilişkin istisnalar ile uygulamaya dair usul ve esasları belirlemeye, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşünü almak suretiyle Ticaret Bakanlığı yetkilidir."

Görüldüğü üzere, Türk Ticaret Kanunu'na eklenen geçici 13. madde düzenlemesi ile *sermaye şirketlerine* kâr payı ve kâr payı avansı dağıtım konusunda bazı sınırlamalar getirilmektedir. Hükmün 3. fıkrası uyarınca, madde kapsamına giren sermaye şirketlerine ilişkin istisnalar ile uygulamaya dair usul ve esasları belirleme konusunda, Hazine ve Maliye Bakanlığının görüşünü almak suretiyle Ticaret Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bu düzenlemeye dayanılarak Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununun Geçici 13 üncü Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ", 17.05.2020 tarihli ve 31130 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir.

¹ RG. 14.02.2011, S. 27846.

Bu çalışmada, 7244 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen geçici 13. madde hükmü, bu hükmün uygulanmasına ilişkin Ticaret Bakanlığı Tebliği'nin içerdiği düzenlemeler de dikkate alınarak incelenecektir.

II. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN GEÇİCİ 13. MADDESİ İLE ÖNGÖRÜLEN DÜZENLEMELER

1. Hükmün Amacı

Kamu yararı gözetilerek öngörülen Türk Ticaret Kanunu'nun geçici 13. maddesi, sermaye şirketlerinde kâr payı ve kâr payı avansı dağıtımında bazı sınırlamalar getirmektedir. COVID-19 salgın hastalığının ekonomik hayat üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmayı hedefleyen hükmün amacı, ihtiyatlılık politikası gereği olarak, şirket kaynaklarının nakit kâr dağıtımını yapılmak suretiyle azaltılmasının önlenmesi, şirketlerin mevcut öz kaynak yapılarının korunması ve ilave finansman ihtiyacının doğmasının engellenmesi olarak belirlenmiştir².

2. Hükmün Kapsamı

Yukarıda da ifade edildiği üzere, geçici 13. madde düzenlemesi ile *sermaye şirketlerine* kâr payı ve kâr payı avansı dağıtımında bazı kısıtlamalar getirilmektedir. TTK m. 124, f. 2 uyarınca sermaye şirketleri kavramı, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketleri ifade etmektedir. Ancak, geçici 13. maddenin 1. fıkrasında açıkça belirtildiği gibi, *devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin ve sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait fonların, doğrudan veya dolaylı olarak sermayesinin yüzde ellisinden fazlasına sahip olduğu şirketler*, geçici 13. maddenin 1. fıkrası kapsamı dışında tutulmuştur. Dolayısıyla, söz konusu düzenlemede öngörülen sınırlamalar bu şirketlere uygulanmayacak, yalnızca özel hukuk tüzel kişiliğini haiz sermaye şirketleri için geçerli olacaktır.

² Dural, H. A.: COVID-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu'na 7244 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 13. Madde İle Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımına Getirilen Sınırlamalar, (lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 05.08. 2020); Karababa, S.: Koronavirüs (Covid-19) Pandemisi Nedeniyle 7244 Sayılı Kanun'la Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Sermaye Şirketlerinde Kâr Payı Dağıtımına Etkisi, (lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 05.08. 2020).

Ticaret Bakanlığı Tebliği'nin 5. maddesi, geçici 13. maddenin uygulanma alanı dışında kalan sermaye şirketlerinin kapsamını genişletmiştir. Tebliğ m. 5, f. 1 hükmüne göre, aşağıda belirtilen koşulları sağlayan şirketler hakkında, Ticaret Bakanlığı'nın uygun görüşü alınmak kaydıyla³, geçici 13. maddede öngörülen sınırlamalar uygulanmayacaktır:

“a) 25/8/1999 tarihli ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek-2 nci ve geçici 23 üncü maddesi uyarınca yeni koronavirus (Covid-19) kaynaklı zorlayıcı sebep gerekçesiyle kısa çalışma ödeneğinden ve/veya ücretsiz izne ayrılanlardan 4447 sayılı Kanunun geçici 24 üncü maddesi uyarınca nakdi ücret desteğinden yararlandırılanları istihdam edenler ile 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun geçici 20 nci maddesi ve ilgili Kararlar uyarınca Hazine destekli kredi kefaleti kullanan ve halen kapanmamış kredi borç bakiyesi bulunanlar hariç, 120.000 Türk Lirası ve altında kâr payı dağıtımı kararı alınan şirketler,

b) Pay sahiplerince, dağıtımına karar verilen kâr payının yarısından fazlasının, Kanun hükümleri çerçevesinde başka bir sermaye şirketine olan sermaye taahhüt borcunun nakden ve defaten ifasında kullanılması şartıyla, kâr payı dağıtımı kararı alınan şirketler,

c) Pay sahiplerince, dağıtımına karar verilen kâr payının, imzalanan kredi sözleşmeleri veya proje finansman sözleşmeleri kapsamında 4 üncü maddenin birinci fıkrasında belirtilen sürenin sonuna kadar muaccel hale gelen yükümlülüklerin ifasında nakden kullanılması şartıyla, kâr payı dağıtımı kararı alınan şirketler⁴.

³ Ticaret Bakanlığı Tebliği'nin 6. maddesine göre, 5. madde uyarınca yapılacak kâr payı dağıtımlarının genel kurulda görüşülebilmesi için, Ticaret Bakanlığı'ndan uygun görüş alınması zorunludur. Ticaret Bakanlığı'na yapılacak başvurularda, 6. maddede belirtilen belgelerin sunulması gerekmektedir.

⁴ Ticaret Bakanlığı Tebliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, söz konusu hükmün 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca kâr payı dağıtımı kararı alınan şirketlerde, pay sahiplerinin/ortakların ifa yükümlülüklerini aşan tutara ilişkin ödemeler “30 Eylül 2020 tarihine kadar” ertelenir.

3. Hükümün 1. Fıkrası ile Sermaye Şirketlerinde Kâr Payı ve Kâr Payı Avansı Dağıtım Konusunda Öngörülen Sınırlamalar

a. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun geçici 13. madde düzenlemesi *emredici niteliktedir*. Söz konusu normun 1. fıkrasına göre, hükmün kapsamına giren sermaye şirketlerinin “30 Eylül 2020 tarihine kadar” dağıtabilecekleri kâr payı miktarı, 2019 yılı net dönem kârının %25'ini aşamayacaktır.

Ayrıca, geçmiş yıl kârları ve serbest yedek akçeler dağıtımına konu edilemeyecektir. Ancak, geçici 13. maddenin uygulanmasına ilişkin Ticaret Bakanlığı Tebliği'nin 4. maddesinin 1. fıkrası ile bu sınırlamanın, Türk Ticaret Kanunu'nun 462. maddesi uyarınca iç kaynaklardan yapılacak sermaye artırımında uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla, dağıtılmamış geçmiş yıl kârlarının ve serbest yedek akçelerin iç kaynaklardan sermaye artırımında kullanılması mümkündür.

Geçici 13. maddenin 1. fıkrasında öngörülen bir diğer sınırlama, kâr payı avansı dağıtımına ilişkindir. Anılan norm uyarınca, hükmün kapsamına giren sermaye şirketlerinde “30 Eylül 2020 tarihine kadar” genel kurul tarafından yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemez.

Geçici 13. maddenin 1. fıkrasının son cümlesine göre, Cumhurbaşkanı bu fıkra da belirtilen süreyi üç ay uzatmaya ve kısaltmaya yetkilidir.

b. Kâr Payı Avansı Dağıtımına İlişkin Sınırlama

Yukarıda da belirtildiği gibi, geçici 13. maddenin 1. fıkrasında, hükmün kapsamına giren sermaye şirketlerinde “30 Eylül 2020 tarihine kadar” genel kurul tarafından yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemeyeceği öngörülmüştür.

Halka açık anonim şirketlerde kâr payı avansı dağıtımına ilişkin esaslar, Seri II, No: 19.1 sayılı “Kâr Payı Tebliği”nde düzenlenmiştir. Kâr Payı Tebliği'nin 9. maddesinin 2. fıkrasına göre, kâr payı avansı dağıtabilmek için şirket esas sözleşmesinde hüküm bulunması ve genel kurul kararıyla, ilgili hesap dönemiyle sınırlı olacak şekilde yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtımına karar vermek üzere, yetki verilmesi gerekmektedir.

TTK m. 509, f. 3 uyarınca, *Sermaye Piyasası Kanunu'na tâbi olmayan şirketlerde kâr payı avansı*, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın bir tebliği ile düzenlenir. Bu düzenleme gereğince Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan "*Kâr Payı Avansı Dağıtımı Hakkında Tebliğ*" (KPADT), 09.08.2012 tarihli ve 28379 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Tebliğ'in 4. maddesinde, Sermaye Piyasası Kanunu'na tâbi olmayan anonim şirketler ile limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin Tebliğ'in uygulanma alanı kapsamına girdiği ifade edilmiştir. KPADT m. 5 uyarınca, bu şirketlerin kâr payı avansı dağıtabilmeleri için, şirket genel kurulunca kâr payı avansı dağıtılmasına ilişkin karar alınması ve kâr payı avansı dağıtılacak hesap döneminde hazırlanan üç, altı veya dokuz aylık ara dönem finansal tablolara göre kâr elde edilmiş olması gereklidir.

Görüldüğü üzere, kâr payı avansı dağıtabilmek için genel kurulca yönetim kuruluna yetki verilmesi, yalnızca halka açık anonim şirketlerde söz konusudur. Sermaye Piyasası Kanunu'na tâbi olmayan anonim şirketler ile limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde kâr payı avansı dağıtılabilmesi için, genel kurul tarafından kâr payı avansı dağıtılmasına ilişkin karar alınmış olması ve dağıtımın yapılacağı hesap döneminde hazırlanan ara dönem finansal tablolara göre kârın elde edilmiş olması yeterlidir.

Mevcut düzenleme dikkate alındığında, geçici 13. maddenin 1. fıkrasında öngörülen sınırlamanın sadece halka açık anonim şirketler için geçerli olduğu, diğer sermaye şirketlerinde genel kurul tarafından kâr payı avansı dağıtım kararı alınabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, geçici 13. maddenin bu şekilde yorumlanması hükmün lafzına uygun olmakla birlikte, kanun koyucunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Anılan sebeple, madde metninde yer alan "*genel kurulca yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilemez*" ibaresinin, halka açık anonim şirketleri de kapsayacak şekilde, "*genel kurul tarafından kâr payı avansı dağıtılmasına yönelik karar alınamaz*" şeklinde yorumlanması gerekir.

c. Hükme Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırım

Geçici 13. maddenin 1. fıkrası, 7244 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 17 Nisan 2020 tarihinden sonra alınan genel kurul kararları için geçerlidir. Bu nedenle, hükmün kapsamına giren sermaye şirketlerinin 17 Nisan 2020-30 Eylül

2020 tarihleri arasında yapılan genel kurul toplantılarında alınan kararların, geçici 13. maddenin 1. fıkrasında öngörülen sınırlamalara uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde, alınan kararlar TTK m. 447, 565, f. 2 ve 622 uyarınca butlan yaptırımına tâbi olacaktır⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun 447. maddesi anonim şirketlerde genel kurul kararlarının butlanını düzenlemektedir. Söz konusu norm, Türk Ticaret Kanunu'nun 565. maddesinin 2. fıkrası ve 622. maddesinde yapılan atıf nedeniyle diğer sermaye şirketleri için de geçerlidir. TTK m. 447 hükmü aşağıdaki düzenlemeyi içermektedir:

“Genel kurulun, özellikle;

a) Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran,

b) Pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran,

c) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan, kararları batıldır.”

Buna göre, şekil ve usul kurallarına uyularak alınmış olsa dahi, içeriği itibarıyla anonim şirketin karakteristik niteliklerine aykırı olan genel kurul kararları batıldır. Madde metninde yer alan “*özellikle*” ifadesinden, üç bent olarak belirtilen butlan nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığı anlaşılmaktadır.

Daha önce de belirtildiği üzere, kamu yararı gözetilerek getirilen Türk Ticaret Kanunu'nun geçici 13. maddesi, hükmün kapsamına giren sermaye şirketlerinde “*sermayenin korunması*” amacıyla öngörülmüştür ve emredici niteliktedir. Bu nedenle, söz konusu norma aykırılık teşkil eden genel kurul kararları Türk Ticaret Kanunu'nun 447. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca butlan yaptırımına tâbi olacaktır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 447. maddesinin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, batıl olan genel kurul kararları baştan itibaren hiçbir hüküm doğurmazlar. Bu

⁵ Aynı doğrultuda bkz. *Dural*, (lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 05.08. 2020).

tür kararların sonradan geçerlilik kazanmaları olanaklı değildir. Açılan bir davada, alınan genel kurul kararının batıl olduğunu hâkim resen dikkate almak zorundadır.

Batıl genel kurul kararları alındıkları andan itibaren hüküm doğurmadıklarından, geçici 13. maddenin 1. fıkrasında öngörülen sınırlamalara aykırı olan genel kurul kararlarının batıl olduğu hususu, dava dışında bir itiraz şeklinde ileri sürülebilir. Ayrıca, hukukî açıdan korunmaya değer menfaati olan herkes tarafından⁶, bir süreye bağlı olmaksızın mahkemeden butlanın tespiti de talep edilebilir⁷.

4. Hükümün 2. Fıkrası ile Öngörülen Sınırlamalar

a. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'na eklenen geçici 13. maddenin 2. fıkrası uyarınca, *genel kurul tarafından 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış; ancak, henüz pay sahiplerine ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının % 25'ini aşan kısma ilişkin ödemeler 1. fıkrafta belirtilen sürenin sonuna kadar ertelenir.*

Görüldüğü gibi, hükümün 2. fıkrası, 7244 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 17 Nisan 2020 tarihinden önce alınan genel kurul kararlarına ilişkin bir düzenleme içermektedir. Buna göre, genel kurulca 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı 7244 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce alınmış;

⁶ Butlanın tespiti davası açma konusunda korunmaya değer menfaati olanlar kapsamına öncelikle, şirket ortakları girmektedir. Bunun yanında, şirketin yönetim organı, yönetim organı üyeleri ve şirket alacaklıları da butlanın tespiti davası açabilirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Böckli*, P.: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 16 N. 156; Basler Komm OR II/*Dubs/Truffer*: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II: Art. 530-1186 OR, 4. Aufl., Basel 2012, Art. 706b N. 6; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/*Tanner*: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 706b N. 1; *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 597 vd., N. 722f; *Kırca, İ./Şehirali Çelik, F. H./Manavgat, Ç.*: Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 2016, s. 272 vd.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Böckli*, § 16 N. 156 vd.; Basler Komm OR II/*Dubs/Truffer*, Art. 706b N. 4 vd.; Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/*Tanner*, Art. 706b N. 1; *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, Ortaklıklar Hukuku I, s. 597 vd., N. 722f; *Poroy, R./Tekinalp, Ü./Çamoğlu, E.*: Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 513, N. 1716f; *Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat*, s. 271 vd.; *Bahtiyar, M.*: Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2019, s. 200 vd.; *Şener, O. H.*: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2017, s. 533 vd.

fakat, henüz pay sahiplerine/ortaklara ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının % 25'ini aşan kısma ilişkin ödemeler 30 Eylül 2020 tarihine kadar ertelenecektir.

Geçici 13. maddenin uygulanmasına ilişkin Ticaret Bakanlığı Tebliği'nin 4. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, 7244 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce genel kurul tarafından 2019 yılı hesap dönemine ilişkin kâr payı dağıtım kararı alınmış; ancak, henüz pay sahiplerine/ortaklara ödeme yapılmamışsa veya kısmi ödeme yapılmışsa, 2019 yılı net dönem kârının % 25'ini aşan kısma ilişkin ödemeler ile hesap döneminde zarar edilmesine karşın serbest yedek akçelerden dağıtım kararı alınmışsa, henüz ödenmemiş kısma ilişkin tüm ödemeler 30 Eylül 2020 tarihine kadar ertelenir. Söz konusu norm ile ayrıca, ertelenen ödemelere ilişkin olarak faiz tahakkuk ettirilemeyeceği de hükme bağlanmıştır.

Ticaret Bakanlığı Tebliği'nin 4. maddesinin 4. fıkrasına göre, geçici 13. maddenin yürürlüğe girdiği 17 Nisan 2020 tarihinden önce genel kurul tarafından yönetim organına kâr payı avansı dağıtım yetkisi verilmişse, avans ödemeleri 30 Eylül 2020 tarihine kadar ertelenecektir. Bu düzenlemenin yukarıda yapılan açıklamalara uygun olarak, "*geçici 13. maddenin yürürlüğe girdiği 17 Nisan 2020 tarihinden önce genel kurulca kâr payı avansı dağıtılmasına ilişkin karar alınmışsa, avans ödemeleri 30 Eylül 2020 tarihine kadar ertelenir*" şeklinde yorumlanması gerekmektedir.

b. Hükme Aykırılık Hâlinde Uygulanacak Yaptırım

Geçici 13. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlamaya aykırı olarak ödeme yapılması durumunda, TTK m. 512, 565, f. 2 ve 611 uyarınca pay sahipleri/ortaklar haksız olarak aldıkları kâr paylarını şirkete iade etmekle yükümlü olacaklardır⁸.

SONUÇ

7244 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu'na eklenen geçici 13. madde, *sermaye şirketlerinde* kâr payı ve kâr payı avansı dağıtım konusunda bazı sınırlamalar öngörmektedir. COVID-19 salgın hastalığının ekonomik hayat üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmayı hedefleyen düzenleme, şirketlerin sermaye

⁸ Aynı yönde bkz. *Dural*, (lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 05.08. 2020).

yeterliliklerinin korunması, buna bağlı olarak varlıklarının ve gelişimlerinin devamının sağlanması amacıyla getirilmiştir.

Geçici 13. maddenin 1. fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere, kamu iştiraki olan şirketler hükmün uygulanma alanı kapsamı dışında tutulmuştur. Bu nedenle, söz konusu düzenlemede öngörülen sınırlamalar, yalnızca özel hukuk tüzel kişiliğini haiz sermaye şirketleri için geçerli olacaktır.

Geçici 13. madde düzenlemesi *emredici niteliktedir*. Anılan normun 1. fıkrası, 7244 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 17 Nisan 2020 tarihinden sonra alınan genel kurul kararları için geçerlidir. Bu nedenle, hükmün kapsamına giren sermaye şirketlerinin 17 Nisan 2020-30 Eylül 2020 tarihleri arasında yapılan genel kurul toplantılarında alınan kararların, geçici 13. maddenin 1. fıkrasında öngörülen sınırlamalara uygun olması gerekmektedir. Aksi takdirde, genel kurulca alınan kararlar TTK m. 447, 565, f. 2 ve 622 uyarınca butlan yaptırımına tâbi olacaktır.

Hükmün 2. fıkrası, 7244 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 17 Nisan 2020 tarihinden önce alınan genel kurul kararlarına ilişkindir. Bu düzenlemeye aykırı hareket edilmesi durumunda ise, TTK m. 512, 565, f. 2 ve 611 uyarınca pay sahipleri/ortaklar haksız olarak aldıkları kâr paylarını şirkete iade etmekle yükümlü olacaklardır.

KAYNAKÇA

Bahtiyar, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2019.

Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht II: Art. 530-1186 OR, Hrsg.: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter, 4. Aufl., Basel 2012 (Anılış: Basler Komm OR II/Yazar).

Böckli, Peter: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009.

Dural, H. Ali: COVID-19 Salgını Nedeniyle Türk Ticaret Kanunu'na 7244 Sayılı Kanunla Eklenen Geçici 13. Madde İle Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımına Getirilen Sınırlamalar, (lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 05.08. 2020).

- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht:** Herausgegeben von Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb, 3. Aufl., Zürich 2016 (Anılış: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht/*Yazar*).
- Karababa, Serdar:** Koronavirüs (Covid-19) Pandemisi Nedeniyle 7244 Sayılı Kanun'la Türk Ticaret Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Sermaye Şirketlerinde Kâr Payı Dağıtımına Etkisi, (lexpera.com.tr) (Erişim Tarihi: 05.08. 2020).
- Kırca, İsmail/Şehirali Çelik, Feyzan Hayal/Manavgat, Çağlar:** Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 2016.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul 2019 (Anılış: *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, Ortaklıklar Hukuku I).
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin:** Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, İstanbul 2019 (Anılış: *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, Ortaklıklar Hukuku II).
- Şener, Oruç Hami:** Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Ders Kitabı, 3. Bası, Ankara 2017.

VEKALET SÖZLEŞMESİNİN ÖRTÜLÜ KABUL İLE KURULMASI

Conclusion of the Agency Contract by Tacit Acceptance

*Dr. Öğr. Üyesi Gökçe CANARSLAN**

ÖZET

Vekalet sözleşmesi, kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmaksızın, vekilin ve vekalet verenin bir işin veya hizmetin görülmesi hususunda karşılıklı, birbirine uygun iradelerini beyan etmeleriyle kurulmaktadır. Vekalet sözleşmesinde kabul, şekle bağlı olmadığı için ve taraflar arasında şekle bağlı kılınmadığı sürece, sözleşmenin kurulmasına yönelik öneriye ilişkin kabul beyanının da belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Vekalet sözleşmesi tarafların kabul yönündeki iradelerini açıkça beyan etmeleriyle kurulabileceği gibi sözleşmenin, örtülü kabul ile kurulması da mümkündür. Sözleşmenin vekalet verenin örtülü kabulü ile kurulmasından söz edebilmek için, ya vekilin herhangi bir şekilde (açık veya örtülü) yaptığı öneriye, vekalet veren tarafından örtülü kabul olarak değerlendirilebilecek çeşitli davranışlarda bulunmasına veya susmasına, kanun tarafından hukuki sonuç bağlanmış olması gerekmektedir.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, gcanarslan@hotmail.com (ORCID-ID:0000-0002-7334-1872)

Buna karşılık vekalet verenin herhangi bir şekilde yaptığı öneriyi, vekilin dar anlamda örtülü kabulüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu md.503'de özel düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre vekilin, resmi sığata sahip veya işin yapılmasının mesleğinin gereğı olması ya da bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmesi hallerinde yapılan öneri, vekil tarafından hemen reddedilmediğı sürece vekalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: Vekalet sözleşmesi, örtülü kabul, vekil, vekalet veren, sözleşme

ABSTRACT

As a rule, the agency contract shall be concluded by mutual and consensual expression of intent of the agent and the principal on the performance of a task or service without being subject to any formal requirements. Since the acceptance is not subject to formal requirement in the agency contract, the expression of acceptance of the offer with a view to conclude the contract shall not be subject to any formal requirement unless the parties agree otherwise.

The agency contract shall be concluded either by clear expression of intent or by tacit acceptance of the parties. Conclusion of the contract by tacit acceptance of the principal exists either by the manner of the principal that can be interpreted as tacit acceptance or by a statutory provision which draws conclusion from the silence in response to the offer of the agent in any form (clear or tacit).

On the other hand, there is a provision on tacit acceptance of the agent in response to the offer made by the principal in any form in Article 503 of the Turkish Code of Obligations. According to this article, if the agent holds an official position or the execution of a task is considered as demand of duty or the agent declared to accept such tasks in advance, the agency contract shall be concluded unless immediately rejected by the agent.

KEYWORDS: The agency contract, tacit acceptance, the agent, the principal, the contract

GİRİŞ

Vekalet sözleşmesiyle vekil, vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun ancak ondan bağımsız şekilde bir işi veya hizmeti görmeyi borçlanmıştır. Kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayan vekalet sözleşmesi, vekil veya vekalet veren tarafından yapılan öneriyi, karşı tarafın kabul etmeye ilişkin iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koymasıyla ya da kanun tarafından kabul etmek niyetinin bulunduğu farz edilmesiyle kurulmaktadır.

Önerinin vekil tarafından açık, örtülü veya herkese açık olarak yapılması, vekalet sözleşmesinin kurulmasında farklılık yaratmayacaktır. Buna karşılık vekalet veren de sözleşmeyi açık veya örtülü olarak kabul edebilecektir. Örtülü kabul, dar anlamda pasif bir davranıştan yani susmadan ibaretken, açıkça kabul anlamına gelmeyen ancak muhatapın kabul iradesinin bulunduğuyla ilişkin davranışlar sergilemesi, kanundaki şartları taşıdığı takdirde geniş anlamda örtülü kabul ile sözleşmenin kurulması sonucunu doğuracaktır.

Bu çalışmada öncelikle vekalet sözleşmesinin kurulmasından genel hatlarıyla bahsedilecek, ardından ikinci bölümde vekilden ve üçüncü bölümde vekalet verenden gelen önerilere karşılık, sözleşmenin örtülü olarak kabulüne ilişkin özellikler incelenecektir. Öneri vekilden geldiği takdirde sözleşmenin kabulüne ilişkin vekalet sözleşmesinde özel hüküm bulunmaması sebebiyle genel hükümlere başvurulması gerekmektedir.

Vekalet verenin ve vekilin, geniş anlamda örtülü kabulüne ilişkin genel hükümlerin uygulanacak olmasına rağmen, Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.503'de vekilin dar anlamda örtülü kabulüne ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Üçüncü bölümde vekalet verenden gelen önerinin vekil tarafından örtülü kabulüne ilişkin önce genel hükümler, ardından vekalet sözleşmesine özel hüküm olan TBK md.503 incelenerek, çalışma sonlandırılacaktır.

1-Vekalet Sözleşmesinin Kurulması

Vekalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu md.502/T'de "*Vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmıştır. Vekalet sözleşmesiyle vekil, vekalet verenin menfaatine ve iradesine uygun ancak ondan bağımsız şekilde bir işi veya hizmeti görmeyi borçlanmıştır. Vekalet veren ise, sözleşmenin konusunu oluşturan işin görülmesine karşılık kanunda öngörülmesi, aralarında kararlaştırılması veya teamülün gerek-

tirmesi hallerinde ücret ödeme borcu altına girecektir. Böylece vekalet sözleşmesi, iki tarafa borç yükleyen ancak vekile ücret ödenip ödenmemesine göre eksik iki taraflı veya tam iki taraflı bir sözleşme olarak değerlendirilebilecek, borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilecektir¹.

a-Vekalet Sözleşmesinin Kurulmasına İlişkin Özellikler

Sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde vekalet sözleşmesini yapıp yapmama veya istediği kişiyle yapma, ayrıca içeriğini ve şeklini dilediği gibi düzenleme, değiştirme, istedikleri zaman sona erdirme hakları bulunmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün kapsamı içinde tarafların, sözleşmeyi diledikleri gibi düzenleme imkanı olarak tanımlanan şekil serbestisi, vekalet sözleşmesinde vekilin kabulüyle ilgili özel bir yer tutmaktadır.

Vekalet sözleşmesi kural olarak herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayarak vekilin ve vekalet verenin bir işin veya hizmetin görülmesi hususunda anlaşmalarıyla ve karşılıklı, birbirine uygun iradelerini beyan etmeleriyle kurulmaktadır. Söz gelimi Türk Medeni Kanunu md.706 “*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.*” hükmü uyarınca taşınmazın devrine ilişkin sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekliliğine rağmen, bu hukuki işlemin yürütülmesine ilişkin yapılan vekalet sözleşmesinin şekle bağlı olması zorunluluğu bulunmamaktadır². Bunun sebebi vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan işin

¹ Engel, Pierre, *Contrats de Droit Suisse Traité des Contrats de la Partie Spéciale du Code des Obligations, de la Vente au Contrat de Société Simple, Articles 184 à 551 CO, Ainsi Que Quelques Contrats Innommés*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000, s.483; Fellmann, Walter, “Art. 395”, *Berner Kommentar, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse*, (ed. Heinz Hausheer), Stämpfli Verlag AG, Berne, 1992, s.128; Akipek Öcal, Şebnem, “Madde 502”, *Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi*, (ed. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınevi Yayınları, İstanbul, 2017, s.17; Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.123*; Zevkliler, Aydın, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.637; Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982, s.181*; (Vekalet sözleşmesinin kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması hakkında bkz: Yavuz, Cevdet, Faruk Acar, Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.650).

² Dürr, Charles, *Du Mandat, Commentaire Jurisprudentiel des art. 394 ss. Du Code Suisse des Obligations*, Editions Dürr, Cugnasco, 1972, s.43; Krauskopf, Frédéric, “Art. 394”, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, (ed. Peter Gauch, Viktor Aepli, Hubert Stöckli), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, s.1112; Huguenin,

görülmesi ile örnekteki gibi taşınmaz devrine ilişkin sözleşmenin ifa edilmesi arasındaki farktan kaynaklanmaktadır. Başka deyişle vekalet sözleşmesinin içeriğini, işin görülmesinin kendisi değil, işin görülmesine ilişkin borç altına girilmesi oluşturduğundan ve işin görülmesi sözleşmenin ifası aşamasını ilgilendirdiğinden, vekalet sözleşmesi yapılacak iş ile aynı şekil şartına bağlı tutulamayacaktır³. Vekalet sözleşmesinin konusunun sadece maddi fiiller değil, hukuki işler de oluşturduğundan, vekalet sözleşmesinde işin görülmesine yönelik faaliyetlerin yürütülmesi ve taşınmazın devri, vekalet ilişkisinin kurulmasıyla ilgili olmayıp, vekilin borcunu ifa etmesi ile ilgilidir. Bu sebeple şekle bağlı olan bir hukuki işlemin yürütülmesi için kurulan vekalet sözleşmesinin de şekle bağlı olarak yapılması zorunlu değildir. Şüphesiz ki vekalet sözleşmesi şekle bağlı olmamasına rağmen tarafların sözleşmenin belirli bir şekilde yapılacağını aralarında kararlaştırmış olmaları halinde, sözleşme bu şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır.

Bu noktada vekalet sözleşmesi ile temsil yetkisinin birbirinden ayrılarak, vekalet sözleşmesinde ana kurala istisna getirilmediği ancak vekile temsil yetkisinin verildiğinin dış dünyaya açıklanabilmesi için noterde resmi şekilde düzenlenen vekaletname ile ispat edileceği durumlara da dikkat çekilmelidir. Tapu Sicili Tüzüğü⁴ (TST) md.18/(4)'de taşınmaz alım satımına ilişkin tapu sicilinde yapılacak hukuki işlemler için ibraz edilecek vekaletnamenin, 18.01.1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu'na göre noterde resmi şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. Ancak bu durum, tapu sicilinde yapılacak işlemlerde vekalet sözleşmesinin şekil serbestisine istisna oluşturmamaktadır. Çünkü noterden verilecek vekaletname, vekilin temsil yetkisinin bulunduğunu ispatlamakta oysa vekalet sözleşmesinin kuruluşuna doğrudan etki etmemektedir. Türk ve İsviçre Hukukları'nda⁵ birbirinden kesin sınırlarla ayrılan vekalet,

Claire, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2012, s.887; Fellmann, "Art.395", s.229; Gümüş, s.139; Engel, s.480.

³ Tandoğan, s.189.

⁴ 22.07.2013 tarihli 2013/5150 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile çıkarılan Tapu Sicili Tüzüğü

⁵ Türk ve İsviçre Hukukları'nın aksine Fransız Medeni Kanunu md.1984 vd.'da düzenlenen vekalet sözleşmesinin konusunun maddi fiillere değil, hukuki işlemlerin yapılmasına ilişkin olması sebebiyle, vekalet ve temsil bir bütün olarak değerlendirilmektedir. Türk ve İsviçre Hukukları'nda maddi fiil olarak arabuluculuk faaliyeti, tıbbi bakım gibi işler, hukuki işlem olarak avukatın vekili temsilen dava veya vekilin bankacılık işlemlerini yürütmesi olarak gösterilebilir Robert-Tissot, Fabrice, Les Effets du Concordat sur les Obligations, Analyse en Particulier des Effets du Concordat sur les Contrats, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 293, (ed.Peter Gauch), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2010, s.690.)

bir sözleşme olarak temsil yetkisinin aksine, taraflar arasındaki iç ilişkiyi düzenlemekte ve temsil yetkisinin dayandığı temel ilişkiyi oluşturmaktadır⁶. Bununla birlikte maddi fiillere ilişkin işlerde, vekaletin kapsamı işin niteliğine göre belirlenirken (TBK md.504/I), hukuki işlemlerin yürütülmesi için vekalet sözleşmesi yapıldığında (TBK md.504/II) vekilin temsil yetkisine sahip olması gerekmektedir⁷. Taşınmazların tapu sicilindeki alım satım işlemleri hukuki işlem olduğu için vekilin temsil yetkisine sahip olması; bunun sonucunda temsil yetkisinin de TST md.18/(4) hükmü kapsamındaki işlerin görülmesine ilişkin düzenleme şeklinde noterden verilmesi beklenmektedir. Bütün bunlar bir arada değerlendirildiğinde, TST md.18/(4) hükmü ile vekalet sözleşmesinin geçerlilik şartı değiştirilmemekte, ancak temsil yetkisinin varlığının ispatı için noterden verilen vekaletnamenin resmi şekilde yapılmasına ilişkin düzenleme getirildiği ve bu durumun bir bakıma dolaylı olarak sadece ispat açısından vekalet sözleşmesini etkileyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak bu durum genel kuralı değiştirmeyecek ve vekilin görmekle yüklendiği işin özel bir şekil şartına tabi olması, vekalet sözleşmesinin de geçerlilik şartına bağlı olmasını gerektirmeyecektir⁸.

Vekalet sözleşmesinin şekle bağlı olmaması kuralının istisnası olarak, kanunda yer alan bazı özel durumların kapsamına giren iş görme faaliyetlerinin özel geçerlilik veya ispat şekline tabi oldukları ve şekle aykırı davranışın hukuki işlemin geçerliliğini veya ispatını etkileyebileceği görülmektedir. Örneğin taşınmazlar konusundaki simsarlık sözleşmesinin, yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağına ilişkin TBK md.520/III hükmü veya kredi emrinin yazılı olmadıkça TBK md.516'ya göre geçerli olmayacağına ilişkin hükmü, vekalet sözleşmesinin genel kuralından ayrılarak yazılı şeklin, bazı nitelikli vekalet sözleşmelerinin⁹, geçerliliği için gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu hallerde şekil gerektiren bir işin yürütülmesi için yapılan vekalet sözleşmesi, şeklin geçerlilik için bir önkoşul olması ve sözleşmenin taraflarını üzerinde düşünmeksi-

⁶ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.733; Tandoğan, 189; Temel ilişki olmasa dahi temsil yetkisi verilebileceğine ilişkin aksi görüş Gümüş, s.141; Huguenin, s.891. Ayrıca temsil yetkisi olmadan vekalet sözleşmesinin veya tam tersinin söz konusu olmasına ilişkin Fellmann, "Art 395", s.377.

⁷ Korkmaz, Yakup, "Madde 504", Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, (ed. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınevi Yayınları, İstanbul, 2017, s.42; Tandoğan, s.216; Yavuz/ Acar/ Özen, s.650; Gümüş, s.140;

⁸ Krauskopf, s.1112; Fellmann, "Art.395", s.230; Tandoğan, s.189.

⁹ Gümüş, s.208; s.103; Gautschi, Georg, "Art. 412", Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/5, (ed. Arthur Meier-Hayoz), Stämpfli Verlag AG, Berne, 1962, s.103; (Ayrıca bkz Tandoğan, s.203'de yer alan vekaletin alt çeşitlerine ilişkin tartışma).

zin hızlı bir şekilde sonuçlandırmalarına karşı korumak amacıyla getirilmiş olan şekil şartına tabidir.

Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça TBK md.504/III'de belirtilen hukuki işlemleri yapamayacaktır. Örneğin dava açmak, sulh olmak, hakeme başvurmak gibi işlemler için vekalet verenden özel yetki alınması gerekmektedir. Ancak vekalet sözleşmesinin şekil şartına bağlı olması ile özel yetki alınması birbirinden ayrılmalıdır. Özel yetki, belirli bir veya birkaç işlemi yürütmek üzere verilmekte ve şekil bakımından değil, içerik bakımından genel yetkiden daha sınırlı konularda hüküm ifade etmektedir. Başka deyişle özel yetki de genel yetki de aynı şekil açısından bir farklılık göstermeyerek, içeriği etkilemektedir. Ancak özel yetki aranan hallerde yetkinin açıkça verilmesi gerekmekte, örtülü olarak bu işlemin yapılması kabul edilmemektedir¹⁰. Oysa vekalet sözleşmesinin TBK md.504/III'de belirtilen özel yetki alınmasını gerektiren bir hukuki işleme ilişkin olmadığı takdirde, vekilin vekalet verenin önerisini hemen reddetmediği takdirde TBK md.503'de belirtilen şartların gerçekleşmesiyle, sözleşmenin örtülü olarak da kurulması mümkündür¹¹.

Vekalet sözleşmesinden söz edebilmek için vekilin üstlendiği işi kendisine verilen vekaletle göre yapmayı, vekalet verenin ise bahsedilen işin görülmesine ilişkin vekalet verdiğini vekile açıklaması gerekli ve yeterlidir. Tarafların aralarında bir sözleşme yapma amacı ve borçlanma iradesi bulunmadığı takdirde (söz gelimi sadece hatır için ve sorumluluk yüklenilmeksizin) ortaya çıkan hukuki ilişkiye, vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanamayacaktır¹².

b-Vekalet Sözleşmesinin, Tarafların İradelerini Açıkça Ortaya Koyan Davranışlarıyla Kurulması

Sözleşme özgürlüğü kapsamında tıpkı vekalet sözleşmesi kurma zorunluluğunun bulunmaması gibi, vekalet sözleşmesini kurmaya ilişkin irade beyanı da genel hükümlerden farklılık göstermeyerek TBK md.1/I uyarınca açık veya örtülü olarak muhataba ulaştırılması mümkündür. Vekilin kendisine herhangi bir şekilde yapılmış olan öneriyi kabul etmesiyle veya kabul ettiğinin varsayılmasıyla, vekalet sözleşmesi kurulmuş ve iş görme borcu altına girilmiş olur.

¹⁰ Korkmaz, s.46; Yavuz/ Acar/ Özen, s.650; Tandoğan, s.221.

¹¹ Bkz: 3- VEKALET SÖZLEŞMESİNİN VEKİLİN ÖRTÜLÜ KABULÜYLE KURULMASI/ bb-TBK md.503'ün uygulanabilmesi için şartlar

¹² Yavuz/ Acar/ Özen, s.650.

Vekalet sözleşmesinde de diğer sözleşmelerde olduğu gibi tarafların sözleşme kurmak yönünde iradelerini açıkça ortaya koymaları, ya karşı tarafa açıkça öneri yapmaları veya yapılan öneriyi açıkça kabul etmeleri halinde söz konusu olur.

aa-Önerinin açıkça yapılması

Önerinin açıkça yapılması, vekalet sözleşmesini kurmak isteyen tarafın irade beyanını karşı tarafa beyanın yapıldığı andaki durumda yorumlanmaya ihtiyaç bulunmayacak şekilde kullanılan vasıtalarla, (özellikle kelimelerle) doğrudan anlaşılabilir nitelikte açık, şüphe ve tereddüte yer verilmeyerek anlayabileceği halde ulaştırılmasıdır. Önerinin süreli veya süresiz olması ya da hazır veya hazır olmayanlar arasında yapılması, vekalet sözleşmesinin kurulmasıyla ilgili olarak genel hükümlerden farklılık göstermemektedir.

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi vekalet sözleşmesinin kurulduğundan da söz edebilmek için tarafların sözleşmenin kurulması sırasında objektif (ve varsa sübjektif) esaslı noktalar üzerinde anlaşmaya varmış olmaları gerekmektedir. Sözleşmenin objektif esaslı noktaları¹³ “*essentialia negotii*”¹⁴, TBK md.502/I’de yer alan vekalet sözleşmesinin kapsamını oluşturan ve vekil tarafından görülecek işin veya hizmetin niteliğine göre tarafların en azından asgari içeriği üzerinde anlaştıkları noktalardır¹⁵. Tarafların sözleşmenin tüm ayrıntılarını aralarında belirlemeleri zorunluluğu bulunmamaktadır. Çünkü vekalet sözleşmesinde borcun ifası çoğu kez uzun zaman aldığından ve vekil genellikle uzmanlık isteyen işin yürütülmesi sırasında farklı hususlarla karşılaşabildiğinden, sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen durumların ortaya çıkması mümkündür. TBK md.505’de vekilin, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan durumlara ilişkin talimat alabileceği, talimat alma imkanı bulunmadığı takdirde vekalet verenin bilseydi izin vereceği açık olan hallerde talimattan ayrılabilmesi belirtilmiştir. Bu sebeple tarafların sözleşme kurulurken ayrıntılı düzenleme yapmaksızın, görülecek işin veya hizmetin objektif esaslı noktaları düzenlemeleri yeterli olacaktır. Bunlar, sözleşmenin nasıl yapılacağına ve şekline ilişkin hususlar olabileceği gibi, yürütülecek işin veya hizmetin kapsamı, bunların ücrete tabi olup olmadığı gibi sözleşmenin içeriğine ilişkin hususlar da

¹³ Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.298.

¹⁴ İsviçre Federal Mahkemesinin RO 97-II-53 sayılı 09.03.1971 tarihli kararı.

¹⁵ Fellmann, “Art.395”, s.228

olabilir¹⁶. Tarafların sözleşmenin ikinci derece noktalarından hiç bahsetmemeleri ise sözleşmenin kurulmasını engellemeyecek ve ileride anlaşmaları mümkün olacak; fakat bahsedilmesine rağmen üzerlerinde anlaşmaya varılmaması halinde sözleşme kurulamayacaktır¹⁷. Vekalet sözleşmesinde tarafların gündeme getirmedikleri hususlar, sözleşme kurulduktan sonra TBK md.504/I, II'de yer alan tamamlayıcı hükümler dikkate alınarak açıklığa kavuşturulacaktır.

bb-Önerinin açıkça kabul edilmesi

Yapılan önerinin açıkça kabul edilmesi, sözleşmenin kurulmasına yönelik iradenin herhangi bir yoruma başvurmaya gerek kalmaksızın, sözlü veya yazılı olarak öneriyi yapan tarafa iletilmesidir. İletilecek iradenin “vekalet sözleşmesi kurma teklifinizi kabul ediyorum”, “vekilim olma isteğinizi uygun buluyorum” örneklerinde olduğu gibi tereddüte yer vermeyecek şekilde belirtilmesi gerekmektedir. Önerinin açıkça kabul edilmesi, kişinin iradesini doğrudan ve toplum tarafından tanınan veya taraflar arasında kararlaştırılan bir iletişim aracıyla gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir¹⁸. Tarafların aralarında özel bir kabul yöntemi kararlaştırmaları halinde kabul beyanı da bu yöntemle yapılmadığı sürece sözleşme kurulamayacaktır. Söz gelimi öneride, kabulün yalnızca yazılı belge ile yapılabileceği belirtilmesi halinde sözleşme, örtülü kabul ile kurulamayacaktır.

2-Vekalet Sözleşmesinin, Vekalet Verenin Örtülü Kabulüyle Kurulması

Vekalet sözleşmesi genellikle vekalet verenin önerisini, vekilin kabul etmesiyle kurulmakla birlikte böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Vekilin de sözleşme kurmaya yönelik iradesini, vekalet verene beyan etmesi mümkündür. Ayrıca TBK md.8'de herkese açık öneri yapılması imkanı belirtilmektedir¹⁹. Bu

¹⁶ Geiser,Thomas, “Art. 364”, FamKomm, (ed.Audrey Leuba, Martin Stettler, Andrea Büchler, Christoph Häfeli), Stämpfli Verlag AG, Berne, 2013, s.148.

¹⁷ Oğuzman, Kemal, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.70.

¹⁸ Kramer, Ernst A., Bruno Schmidlin, “Art. 1” Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, (ed. Arthur Meier-Hayoz), Stämpfli Verlag AG, Berne, 1986, s.91.

¹⁹ İsviçre'de CO md.440/2'de bazı istisnalar dışında taşıma sözleşmesinde hüküm bulunmadığı takdirde vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre vekalet sözleşmesinde vekilin herkese açık olarak yaptığı öneriye ilişkin olarak, ücreti ve sınırları belirlenmiş alana park eden araç sahibi vekalet verenin, oraya park etmesiyle otopark sahibi vekili-

durumda herhangi bir şekilde (açık, örtülü veya herkese açık olarak) yapılan öneriyi, vekalet verenin örtülü olarak kabul etmesiyle de vekalet sözleşmesinin kurulduğundan söz edilebilecektir.

a-İradenin Dış Dünyaya Yansıtılması

Hukuk sadece dışa yansıyan irade ile ilgilendiğinden, kişiden iradesini dış dünyaya yansıtacak bir hareket yapması beklenmektedir. Sözleşme yapma iradesinin karşı tarafa yöneltilmesi için kullanılan araçlar önemli değildir, yeter ki irade bu amacın anlaşılabilmesi için bir şekilde beyan edilsin²⁰. Ancak sözleşmenin kurulması için kabul iradesinin yazarak veya konuşarak açıkça ortaya konulmasının yanında, konuşma yapılmaksızın karşı tarafın anlayacağı şekilde belirli bir eylemi gerçekleştirerek veya tamamen pasif bir davranış olarak olumlu veya olumsuz bir nitelik göstermeyecek şekilde susarak da iradenin dış dünyaya yansıtılması mümkündür.

Yapılan önerinin açıkça kabul edilmesi zorunluluğu bulunmadığı halde, sözleşmenin kurulduğundan söz edebilmek için öneriyi yapan tarafça anlaşılabilir, sözleşme kurma iradesinin var olduğunu gösteren hareketler gerçekleştirildiğinde, bu hareketlerin kabul anlamına geldiğinden yola çıkılmaktadır. Söz gelimi başını olumlu anlamda sallamak veya el kaldırmak gibi “genel kabul görmüş işaretler” aracılığıyla yapılan örtülü kabulde, sözleşmenin kabul edildiği açıkça belirtilmez ancak kişinin davranışlarından, iradesinin sözleşmeyi kurmak yönünde olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Vekalet sözleşmesinde kabul şekle bağlı olmadığından, (tarafar arasında da şekle bağlı kılınmadığında) sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanının da belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin vekalet verenin kendi yararına iş görülürken hiçbir müdahalede bulunmayarak işin sonuçlanmasını bekleyip, ardından vekile ücret ödemesi, vekalet sözleşme-

lin herkese açık olarak yaptığı öneriyi, örtülü olarak kabul ederek vekalet sözleşmesini kurulduğundan bahsedilebilir. Fellmann, “Art.395”, s.233. (Türkiye’de mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda olduğu gibi 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun ilk halinde Borçlar Kanunu içinde yer alan taşıma sözleşmesi, sonradan bu kanundan çıkarılarak 09.07.1956 tarihinde 9353 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiştir.)

²⁰ Stoffel, Bertrand, La Forme Comme Objet du Contrat, La Forme Conventionnelle et Ses Effets, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2017, s.17.

sinin, örtülü kabul ile kurulması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü vekalet vere-nin ücret ödeme davranışı, örtülü kabul niyeti olarak değerlendirilmektedir.

Bu noktada susmak ile örtülü kabul arasındaki ilişkinin tespiti gerek-mektedir. Örtülü irade beyanı kavramı, biri dar veya gerçek anlamda, pasif bir davranıştan, susmaktan ibaret olan; diğeri geniş ya da gerçek olmayan anlamda, iradenin varlığını gösteren davranışları ifade edecek şekilde olan iki anlamda kullanılmaktadır²¹. Örtülü kabul, kişinin kendisine yöneltilen irade beyanını kabul yönündeki iradesini açık ve net olarak değil, kabul anlamına gelecek iradi fiillerle ortaya koymasındır²². Bu tanım, geniş anlamda örtülü kabulü ifade et-mekle birlikte vekalet sözleşmesinin, hem dar hem de geniş anlamda örtülü kabul ile kurulması mümkündür. Tanımda yer alan iradi fiiller, sözleşmenin kurulmasına yönelik dış dünyaya yansıyan davranışların anlamının doğrudan belirlenememesine rağmen, yerleşik kurallar uyarınca o fiile ilişkin bütün hal ve şartlar değerlendirildiğinde sözleşmenin kabulü yönündeki iradenin varlığı an-lamının çıkarılabileceği davranışlar olabileceği gibi, sözleşmenin konusu eşyayı kendisine mal etmek şeklinde sözleşmenin kabulü iradesini beyan etmek için ortaya koyulan faaliyetleri de kapsamaktadır²³.

Bununla birlikte dar anlamda örtülü irade beyanı olan susmak, sözleş-menin kabulüne ilişkin renksiz, nötr, çekimsiz bir davranış olarak görülmekte-dir. Kural olarak susma, iradeyi gösteren pasif bir davranış olmakla birlikte kimsenin kendisine yapılan öneriye hukuken cevap verme zorunluluğu bulun-madığı için, irade beyanı olarak değerlendirilemeyecek ve sözleşmenin kurul-masına yol açmayacaktır²⁴. Sözleşme, kişiye yöneltilen önerinin kabul edilme-siyle kurulmaktadır. Kendisine öneride bulunan kişinin bunu kabul etmek istemediğini açıkça belirtmek veya reddetmek zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak hukuk düzeninin istisnai olarak susmaya da bazı sonuçlar bağladığı gö-rülmektedir²⁵. Bu gibi hallerde kişinin özel koşullar sebebiyle sessiz kalması, kendisine yapılan öneriyi kabul etmesi anlamına gelmektedir²⁶.

²¹ ErenFikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.136.

²² Özdemir, Hayrunnisa, "Madde 503", Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, (ed. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınevi Yayınları, İstanbul, 2017, s.26.

²³ Antalya, s.334.

²⁴ Eren, s.136.

²⁵ Susmaya sonuç bağlanan durumlardan bazıları şunlardır: TBK md.6 "Öneren, kanun veya için özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir

Vekalet sözleşmesinin, sadece açıkça kabul beyanı anlamına gelmese de tarafların anlayabileceği başka davranışların sergilenmesi şeklinde önerinin örtülü olarak kabul edilmesiyle değil susma ile de kurulması mümkündür. Fransız Medeni Kanunu md.1120’de kanun, uygulama, iş hayatındaki ilişkiler veya özel durumların dışında susmanın, kabul anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir²⁷. Alman Medeni Kanunu’nda ise genellikle susmak reddetme anlamına gelmekte ancak muhatabın belirli süre içinde reddetme iradesini açıkça beyan etmesinin gerektiği hallerde, (örneğin bir süre içinde reddedilmeyen bağışlamanın kabul edilmiş sayılması gibi) susmanın kabul anlamına geldiği görülmektedir²⁸.

Türk ve İsviçre Hukukları’nda susma, kural olarak irade beyanı olarak değerlendirilemeyecektir. Bununla birlikte sözleşmenin kurulabilmesi için kural, iradenin dışa yansıtılması olduğu için, susma ile sözleşmenin kurulması sadece istisnai hallerde kabul edilmektedir. Kişinin susmasına hukukun sonuç bağlaması²⁹ ancak istisnai durumlarda geçerli olduğu için, susma ile sözleşmenin kurulmasına yönelik sınırların daha dar çizilmesi ve çoğu zaman susmayı da kapsamasına rağmen vekalet sözleşmesinde vekalet verenin örtülü kabulü ile susmasının aynı kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

b-TBK md.6’nın Uygulanması

Vekalet sözleşmesinde vekilin kendisine yapılan öneriyi örtülü olarak kabul etmesine ilişkin TBK md.503’de özel düzenleme getirilmiş olmasına rağmen, vekalet veren hakkında böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu

sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.”, TBK md.197 “Borcun üstlenilmesine ilişkin öneri alacaklı tarafından her zaman kabul edilebilir. Ancak, üstlenen veya önceki borçlu, kabul için bir süre koyabilir. Alacaklı bu sürenin bitimine kadar susarsa, öneri reddedilmiş sayılır.”

²⁶ Engel, Pierre, *Traité des Obligations en Droit Suisse Dispositions Générales du CO*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997, s.131. Vekalet sözleşmesinde vekilin örtülü kabulüne ilişkin TBK md.503 de bu istisnalardan biridir.

²⁷ Fransız Medeni Kanunu md.1120, 10.02.2016 tarihinde yapılan değişiklikle günümüzdeki halini almıştır.

²⁸ Esener, Turhan, Fatih Gündoğdu, *Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği* (TBK m.1-48), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 64.

²⁹ Buna ilaveten sözleşmenin, vekalet verenin menfaatine olan hallerde vekalet verenin susması ile kurulduğu kabul edilirken, menfaatine olmayan hallerde susması, kabul ettiği anlamına gelmemektedir.

sebeple vekalet verenin örtülü kabulünden bahsedebilmek için, genel hükümlere ve TBK md.6'ya başvurmak gerekmektedir.

Vekalet sözleşmesinin kurulması için kendisine yöneltilen önerinin, sözleşme özgürlüğü kapsamında kişinin sözleşme yapıp yapmamaya zorlanamayacağından bahisle, taraflar arasında veya kanun hükmü icabı şekle bağlanmış olmadıkça vekalet veren tarafından açıkça kabul edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Böylece vekalet sözleşmesinin kurulması için önerinin açık veya örtülü olarak yapılmasına karşılık, kabul beyanının de açık veya örtülü olması mümkündür.

Susma, kural olarak irade beyanı sayılmamasına rağmen, bazen örtülü kabul olarak değerlendirilmesine ilişkin TBK md.6 hükmü dikkate alınmalıdır. TBK md.6 “*Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.*” hükmü sözleşmelerin susmayla kurulmasına ilişkin genel kuralları belirlemektedir. Bu kurallar vekalet sözleşmesinde, vekalet verenin kabulü için de uygulanacaktır.

Vekalet sözleşmesini kurmak amacıyla vekilin herhangi bir şekilde yaptığı öneriyi, vekalet verenin susması ile kurulduğundan söz edilebilmesi için önerinin uygun sürede reddedilmemesi gerekmektedir³⁰. Uygun sürede reddedilmemesi diğer bir deyişle susma ile kabul için uygun sürenin geçirilmiş olması halinde, susan kişi sözleşmeyi kurmak istemiyorsa, öncelikle dürüstlük kuralı uyarınca aktif bir davranışta bulunmasının gerekli olmaması şartı aranmaktadır³¹. Aksi halde yani dürüstlük kuralı uyarınca sözleşmeyi kurmak istemediğini vekile bildirme zorunluluğuna rağmen, susarak uygun süreyi geçirdiğinde, sözleşmenin kurulması sonucu doğabilecektir. Ancak kendisine öneri yapılan vekalet veren, uygun süre dolmaksızın öneriyi reddederse, reddetmesinden önceki süreçteki sessizliği, sözleşmenin kurulması sonucunu doğurmayacaktır³². Başka deyişle dürüstlük kuralına göre benzer durumda makul şekilde davranan herke-

³⁰ Uygun süre için bkz, Müller, Christoph, “Art. 6”, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit Allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, (ed. Regina E. Aebi-Müller, Christoph Müller), Stämpfli Verlag AG, Berne, 2018, s.368; BECKER, Hermann, “Art 6”, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrech, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1945, s.40.

³¹ Kocayusufpaşaoğlu Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s.146; Antalya, s.335.

³² Jaggi, “Art. 6”, s.456.

sin somut olayda yapılan öneriye karşı susmayı kabul etmek olarak değerlendirildiği söylenebiliyorsa susmak, sözleşmenin kabul edilmesine yönelik bir irade beyanı olarak görülmektedir³³. Doktrinde bir görüş sözleşmenin susma ile kurulabilmesi için susan kişinin, sessizliğinin güven teorisine göre irade beyanı olarak değerlendirilebileceğinin farkında olması gerekliliğini öne sürmektedir³⁴. Eğer susan kişi susmasının irade beyanı olarak görüleceği ve sözleşmenin kabul anlamına geldiğine ilişkin muhatabın varsayımını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, sözleşmenin kurulmasından söz edilebilir. Buna karşılık üstün tutulması gereken daha yeni görüşler, susmanın kişinin beyan bilincinden bağımsız ve güven teorisine göre objektif olarak verilecek anlamından yola çıkarak, kişinin davranışının, bir irade beyanı olarak anlaşılabilirliğinin farkında olmasına dahi gerekmesizin, irade beyanı olarak ona isnad edilebileceği sonucuna ulaşmaktadır³⁵.

c-Örtülü Kabulün Kaynakları

Örtülü kabul olarak nitelendirilebilecek hareketlerin, hem sözleşmenin kabulü yönünde bazı davranışlarda bulunmakla aktif, hem de öneriye cevap vermeyerek susmakla pasif davranışları içermesi mümkündür. Bir sözleşmenin örtülü kabul ile kurulduğundan söz edebilmek için, işin özel niteliğinin açıkça kabul edilmesini zorunlu kılmaması gerekmektedir. Susmanın da TBK md.6'de belirtilen şartlarının kapsamında dar anlamda örtülü kabul olarak sayıldığı göz önüne alınırsa dikkat edilmesi gereken husus, vekilin yaptığı öneriye karşılık vekalet verenin susması halinde sözleşmeyi kabul ettiği anlamının çıkarılmayacağıdır. Bu noktada temelini dürüstlük kuralında bulan güven teorisinden yararlanmak gerekmektedir³⁶.

aa-Vekalet sözleşmesinden ve görülecek işin niteliğinden kaynaklanan örtülü kabul

Vekalet sözleşmesinin vekalet verenin örtülü kabulü ile kurulabilmesinin kaynağı, sözleşmenin niteliğiyle ilgili olabilir. Vekalet sözleşmesinin ücretli

³³ Müller, "Art. 6", s.355.

³⁴ Esener/Gündoğdu, s.66; Antalya, s.335.

³⁵ Aral, Fahrettin, Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.441; Fellmann, "art 395", s.243; Kramer/ Schmidlin, "Art 6", s.277; Müller, "Art. 6", s.372.

³⁶ Fellmann, "art 395", s.236; Esener/ Gündoğdu, s.63.

veya ücretsiz olmasına göre yapılacak ayırmada özellikle ücretsiz vekalet sözleşmesinde, vekalet verenin menfaatine iş görülürken, vekalet verenin bilgisi dahilinde olmasına rağmen müdahale etmemesi, kendisinin kabul yönündeki örtülü iradesi olarak değerlendirilir. Bu halde vekalet sözleşmesinde ücret ödenmeyeceği için niteliğinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması sebebiyle, vekalet verenin kendi menfaatine görülen işi örtülü olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılır. Başka deyişle yapılan önerinin karşı taraf için yararlı ve kendisinin menfaatine olduğunda ve onun için herhangi bir yükümlülük ya da ücret ödeme borcu gerektirmediği takdirde TBK md.6 hükmü uygulama alanı bulacaktır³⁷. Burada, vekalet verenin kabul etmeye yönelik iradesini vekil veya kendi öneri veya davranışı değil, eksik iki tarafa borç yüklediği için kabul eden tarafın özel bir menfaatinin olduğu vekalet sözleşmesinin içeriği belirlemektedir³⁸. Ancak yine de öneri yapan kişinin iradesinin dikkate alınması gerekmektedir; şöyle ki öneren açık bir şekilde kabul edilme zorunluluğunu bildirdiği takdirde, kimin menfaatine olduğuna bakılmaksızın sözleşmenin örtülü olarak kurulması mümkün olmayacaktır³⁹.

Vekalet sözleşmesinin ücretli olması halinde ise doğrudan bu sonuca ulaşmak yerine yapılan davranışın veya susmanın sözleşmenin kabulüne yol açıp açmadığının tespiti için yoruma başvurulmalıdır. TBK md.6'ya göre kanun hükmü, işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabul beyanında bulunmayı gerektirmediği takdirde, öneri uygun bir süre içinde vekalet veren tarafından reddedilmediği sürece kurulmuş sayılacaktır. Ancak kural olarak tarafların birbirine uygun irade beyanı ile kurulan sözleşmenin, taraflarından birinin iradesinin açıkça belli olmadığı takdirde güven teorisi çerçevesinde yorumlanarak sözleşme kurma iradesine sahip olup olmadığı belirlenecektir. Başka deyişle vekalet sözleşmesinin niteliği ile sözleşmenin konusunu oluşturan görülen işin özellikleri birbirleriyle yakın bağlantı içinde oldukları için değerlendirme yapılırken, güven teorisi kapsamında ele alınması gerekmektedir. Söz gelimi ücretli vekalet sözleşmesinde sözleşmenin ücretli olduğunu bilmesine rağmen vekalet verenin, kabul iradesini açıkça ortaya koymayarak çekimser kalması ancak ve-

³⁷ İsviçre Federal Mahkemesi'nin 4A_231/2010 sayılı, 10.08.2010 tarihli kararı.

³⁸ Bu kural sadece eksik iki tarafa borç yükleyen vekalet sözleşmesinde değil, tek tarafa borç yükleyen başlatma gibi sözleşmeler için de geçerlidir.

³⁹ Jäggi, Peter, "Art. 6", Obligationenrecht Art. 1-17 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), (ed. Wilhelm Schönenberger, Peter Jäggi), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973, s.463.

kilin gördüğü işin sonunda elde edilenleri teslim alması veya vekilin gördüğü işin tamamlanmasıyla birlikte ona ücret ödenmesinde bulunması fiilleri yorumlanarak, vekalet sözleşmesinin vekalet verenin örtülü kabulü ile kurulduğu sonucuna ulaşılabilir. Bununla birlikte vekalet sözleşmesinin ücretli⁴⁰ olduğu halde vekalet verenin sadece susması, sözleşmeyi kabul ettiği anlamına gelmeyecektir. Başka deyişle güven teorisine göre susma ile veya aktif olarak gerçekleştirilen davranışların kabul iradesini açıkça barındırmaması halinde vekalet verenin örtülü kabulünden söz edebilmek için, dürüstlük kuralı uyarınca niyetinin vekalet sözleşmesinin kurulmasından yana olduğu ortaya koyulduğu takdirde vekilin yaptığı öneriyi, vekalet verenin açıkça kabul etmemesine rağmen, sözleşmenin kurulduğundan bahsedilebilir. Gerçekleştirilen davranışlar, sözleşmenin kurulmasından sonra işin sonuçlarından yararlanmak gibi sözleşmeye örtülü icazet vermek şeklinde de olabilecektir⁴¹. Bu noktada susma ile sözleşmenin kurulmasının, istisnai hüküm olduğu için kapsamının dar tutulması zorunluluğuna dikkat edilmesi gerekmektedir⁴².

Bununla birlikte vekalet sözleşmesi ücretli olsun veya olmasın bazen vekalet verenin menfaatine görülmemesi de mümkündür⁴³. Kendi menfaatine olmayan işe müdahale etmeyen ve susan vekalet verenin davranışı ise örtülü kabul olarak değerlendirilemeyecektir⁴⁴. Zira TBK md.6'da "kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse" kişinin susmasının örtülü kabul olarak düşünülebileceği belirtilmektedir. Başka deyişle hükümde dürüstlük kuralından yola çıkılarak, kişinin sözleşmeyi kur-

⁴⁰ Roma Hukuku'ndan ücretsiz olduğu için vekalet sözleşmesinde vekile ücret ödenmesi, tarafların kararlaştırmaları, özel kanun hükümlerle öngörülmesi veya teamül icabı olan hallerde gerekmektedir. Werro, (Art.394), s.2031; Bühler, Roland, "Art. 394", OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 3. Baskı, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, s.1093; Corday, Carole Gehrler, Gion Giger, "Art. 394", Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, (ed. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016, s.454; Chappuis Benoît, "De l'Interdiction de la Multidisciplinarité au Pactum de Palmario en Passant par l'Instigation à un Acte Illicite : la Jurisprudence Récente sur la Profession d'Avocat", Symposium en Droit des Contrats, (ed. Pascal Pichonnaz, Franz Werro), Schulthess Editions Romandes, Genève, 2018, s.99.

⁴¹ Tandoğan, s.212

⁴² İsviçre Federal Mahkemesinin 2009 9C_157 sayılı 06.07.2009 tarihli kararı

⁴³ Sadece vekilin menfaatine olacak şekilde vekalet sözleşmesi kurulamayacaktır. Ancak vekile ücret ödenmesi veya görülecek işde vekilin de menfaatinin olması sözleşmenin geçersizliğini doğurmayacaktır. Aral/ Ayrancı, s.441.

⁴⁴ Özdemir, s.32; Tandoğan, s.212.

mak istemediği takdirde bu iradesini aktif bir davranışta bulunarak karşı tarafa yansıtması gerekliliği⁴⁵, aksi halde sözleşmenin susma ile kurulmuş sayılabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Dürüstlük kuralına göre kişilerin menfaatlerine aykırı sözleşmelerin yapılması için açıkça reddetmelerinin gerekli olacağı göz önüne alındığında vekalet sözleşmesinde de vekalet verenin, kendi menfaatine olmayan bir öneriyi reddetmek üzere aktif bir davranışta bulunması şartı aranarak, müdahale etmeksizin susması halinde bu durumun sözleşmenin kabulü yönünde değerlendirilemeyeceği söylenebilir.

Buna karşılık vekalet veren susmanın dışında ve açıkça kabul olmaksızın, çeşitli davranışlarda bulunarak, kendi menfaatine olmasa dahi işin görülmesini örtülü olarak kabul edebilecektir⁴⁶. Örneğin vekalet verenin bir yakınının tedavi edilmesi için doktorun yaptığı önerinin, vekalet veren tarafından açıkça kabul edildiği belirtilmemesine rağmen muayenehanesine gidilmesi, vekalet sözleşmesinin örtülü olarak kurulduğunun kabulünü gerektirmektedir. Bu durumda üçüncü kişi yararına yapılan vekalet sözleşmelerinde olduğu gibi, vekalet verenin kendi menfaatine olmamasına rağmen sözleşmeyi kurmak yönündeki iradesini açık olarak beyan etmesine gerek kalmaksızın, iradesini gösteren davranışlarda bulunması, sözleşmenin kurulması için yeterli olacaktır.

bb-İçinde bulunulan şartlardan kaynaklanan örtülü kabul

Vekilin yaptığı öneriyi vekalet verenin TBK md.6'ya göre açıkça kabul etmesi zorunlu olmadığı sürece örtülü kabulünün mümkün olması, sadece sözleşmenin ve görülecek işin niteliği açısından değil, taraflar arasındaki ilişkiler yönünden de değerlendirilmesi gerekmektedir. Vekalet sözleşmesi, kişisel bir nitelik taşıdığından ve vekilin göreceği iş ile kişiliğinin ve kişisel niteliklerinin yakın ilişki içinde olduğu düşünüldüğünde, sözleşmede tarafların kişiliği önemli rol oynamaktadır⁴⁷. Ayrıca vekalet sözleşmesinin çoğunlukla uzun süreye yayılması⁴⁸ ve taraflar arasında bu süre içinde etkileşimin yoğun olması ve genel-

⁴⁵ Antalya, s.335.

⁴⁶ Özdemir, s.32; Tandoğan, s.212; Zevkliler, Aydın, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s.643; Yavuz/ Acar/ Özen, s.650.

⁴⁷ Eren, s.719.

⁴⁸ Doktrinde vekalet sözleşmesinin sürekli sözleşme olup olmadığı tartışmalıdır. Hakim görüşü, vekalet sözleşmesinde görülecek işin niteliğine göre ani edimli veya sürekli sözleşme olarak değerlendirilebileceği yönündedir. Huguenin, s.885; Eren, s.717; Zevkliler/ Gökyayla, s.635; Buna karşılık her zaman için sürekli bir borç ilişkisi oluşturduğu yönünde bkz: Gümüş, s.123.

likle konusunda uzman vekil ile sözleşmenin sona ermesinden sonra da başka işler için vekalet sözleşmesi kurulduğu göz önüne alınmalıdır. Bunların sonucunda özellikle taraflar arasında aynı türden sürekli tekrarlanan işlemler için yapılmakta olan vekalet sözleşmesi varsa, vekilin önerisine karşılık vekalet verenin ses çıkarmayarak kayıtsız kalması halinde davranışının, iradesinin bu işlemlerin devam etmesi yönünde olduğu şeklinde değerlendirilmesi mümkündür⁴⁹. Buna karşılık taraflar arasında önceden var olan iş ilişkisi zamanla birbirlerine karşı dava açmaları gibi hallerde ortadan kalkmışsa, artık özel güven sebebiyle sözleşmenin kurulacağından söz edilemez⁵⁰. Başka deyişle içinde bulunan şartlar güven teorisi kapsamında yorumlanarak, tarafların açık kabulüne veya aktif bir davranış gerçekleştirmelerine ihtiyaç duyulmadığı tespit edildiği takdirde, sözleşmenin kurulduğundan bahsedilebilir. Böylece sadece vekalet sözleşmesinin niteliği sebebiyle değil, taraflar arasındaki ilişkilerin de niteliği, örtülü kabulün tespiti hakkında rol oynayacaktır.

3- Vekalet Sözleşmesinin Vekilin Örtülü Kabulüyle Kurulması

a-Vekilin örtülü kabulü

Rızai bir sözleşme olan vekalet sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini beyan etmeleri gerekmektedir. Vekalet sözleşmesinde de diğer sözleşmelerde olduğu gibi açık veya örtülü irade beyanlarının hukuki sonuçları, öneri ve kabule ilişkin genel hükümler çerçevesinde uygulanacaktır. Buna göre vekil kendisine yapılan öneriyi TBK md.1 vd. hükümlerince kabul edebilecek, kabul beyanı açık olabileceği gibi dar veya geniş anlamda örtülü olarak da yapılabilecektir. Örtülü kabul geniş anlamda ele alındığında kendisine gelen öneriyi açıkça kabul ettiğini söylememesine rağmen, vekilin kabul iradesinin varlığına delalet eden davranışlarda bulunarak işi görmeye yönelmesiyle, mevcut durum ve şartlar çerçevesinde işi kabul ettiği düşünülerek, vekalet sözleşmesi vekilin örtülü kabulüyle genel hükümler uyarınca kurulacaktır. Söz gelimi vekilin kendisine öneri yapılmasıyla birlikte açıkça kabul beyanında bulunmaksızın kafasını olumlu anlamda sallayarak hemen oturduğu masadan kalkıp önerilen işi görmeye başlaması veya doktor vekilin

⁴⁹ Fellmann, s.236.

⁵⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin 4A_144 / 2012 sayılı, 11.09.2012 tarihli kararı; Kostkiewicz, Jolanta Kren, "Art. 6", OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, s.120.

kendisine gelen hastanın önerisine açıkça kabul ettiğini söylememesine rağmen yardımcısına ameliyathanenin hazırlanması talimatını vermesi gibi hazırlık faaliyetlerine girişmesiyle sözleşme kurulacaktır. Vekilin geniş anlamda örtülü kabulünden söz edebilmek için vekalet sözleşmesiyle ilgili herhangi bir özel şartın gerçekleşmesi aranmamakta ve içinde bulunulan koşullar, genel hükümler çerçevesinde değerlendirilmektedir.

b-TBK Md.503'e Göre Vekalet Sözleşmesinin Vekilin Derhal Reddetmemesiyle Kurulması

Vekalet sözleşmesinde dar anlamda örtülü irade beyanıyla kabul anlamına gelen susmaya ilişkin özel düzenleme getirilerek, vekilin kendisine yapılan öneriyi derhal reddetmemesi halinde, vekalet sözleşmesinin kurulmuş sayılacağını belirtmektedir. TBK md.503 "*Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sığata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılır.*" hükmü ile vekilin derhal reddetmemesi halinde, kendisine yapılan öneriyi açıkça kabul etmesine ihtiyaç bulunmaksızın, sözleşmenin kurulacağından bahsetmektedir.

TBK md.503 hükmü, susmaya hukuki sonuç bağlanan TBK md.6'nın uygulama alanlarından biri olan, öneride bulunanın "durumun gereği açık kabulü beklemek zorunda olmadığı" hallere örnek oluşturmaktadır⁵¹. Böylece vekilin öneriyi derhal reddetmemesiyle, yani çekimser kalarak sözleşmenin kabulü yönünde herhangi bir aktif harekette bulunmamasıyla sözleşme kurulacaktır. Buna karşılık vekalet sözleşmesine ilişkin özel hükmün dışında, söz gelimi vekile herhangi bir şekilde yapılan öneriyi vekilin açıkça reddetmesi veya açıkça kabul etmesi, TBK md.503 kapsamında değil, genel hükümlere göre değerlendirilecektir.

aa-TBK md.503'ün Hukuki Niteliği

Vekilin, yapılan öneriyi hemen reddetmemesi halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağına ilişkin TBK md.503 hükmünün hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Öncelikle TBK md.503'ün kural olarak kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu olarak değerlendirilemeyeceği ortaya koyul-

⁵¹ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s.537.

malıdır⁵². Sözleşme özgürlüğünün sınırlarından olan ve kamu hukuku veya özel hukuktan kaynaklanan kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu, tarafları sözleşme yapmaya zorlamakta, çoğu zaman ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmeyi kurmaktan kaçınmaya imkan tanımaktadır. Oysa vekilin kendisine yapılan öneriyi, herhangi bir sebep göstermeksizin hemen reddetmesi halinde, sözleşme kurulmayacaktır. Bununla birlikte söz gelimi Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan kaynaklanan avukatın zorunlu müdafî olarak görevlendirilmesi veya hastanedeki doktorun acil durumda kendisine getirilen bir hastaya bakması örneklerinde olduğu gibi kanundan veya sözleşmenin kurulmasının gereksiz olarak reddedilmesinin, kişinin hayati menfaatlerinin ihlaline veya tehlikeye atılmasından kaynaklanan durumlarda vekilin, vekalet sözleşmesi yapma zorunluluğu söz konusu olabilecektir. Şüphesiz ki kanuna, ahlaka aykırı bir işin görülmesi isteniyorsa ya da başka haklı nedenlerin bulunması halinde vekil, öneriyi reddedebilecektir⁵³.

Vekilin kendisine yapılan öneriyi hemen reddetmemesi halinde, vekalet sözleşmesinin “*kurulmuş sayılacağı*” ifadesine ilişkin doktrinde iki görüş bulunmaktadır. İlk görüş, TBK md.503'de bir faraziye (varsayım, kanuni kesin karine) yer verildiğini öne sürmektedir⁵⁴. Bu görüşe göre faraziyenin, belirli bir olaya kanunen kesin bir sonuç bağlanması sebebiyle, vekilin öneriyi derhal reddetmemesi, sözleşmenin kurulduğunu göstermekte ve bu sonuç kesin olduğu için, aksinin iddia ve ispatı söz konusu olamayacaktır⁵⁵. Kanun bu durumlarda bir hareket tarzına irade beyanı değeri vererek, meydana gelen sonucun tarafların gerçek iradelerine uygun olup olmadığını araştırmaya gerek kalmaksızın, hüküm ve sonuçların meydana geleceğini kabul etmektedir⁵⁶. Böylece susma da pasif bir hareket tarzı olduğundan TBK md.530'a göre vekil uygun süreyi susarak geçirdiğinde, sözleşmenin kurulmadığını iddia edemeyecektir. Bunun sonucunda vekilin susmasının, kabul etmek yönündeki iradesinden gelip gelmediği araştırılmaksızın sözleşme kurulmuş olacaktır.

⁵² Fellmann, “art.395”, s.244. Cordey/ Giger s.462.

⁵³ Aydoğdu, Murat, Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.792.

⁵⁴ Yavuz/ Acar/ Özen, s.535; Oğuzman/ Öz, s.70; Tandoğan, s.210; Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.194.

⁵⁵ Oğuzman, Kemal, Nami Barlas, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s.346.

⁵⁶ Tuhr, Andreas von, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, (çev. Cevat EDEGE), Yeni Matbaa, İstanbul, 1952, s.166.

Buna karşılık diğer görüş ise TBK md.503 hükmünün aksi ispatlanabilir bir karine olduğunu ortaya koymaktadır⁵⁷. Bu görüşe göre vekilin susması ile sözleşme kurulmuş sayılmakla birlikte, karineye dayanan taraf olan vekalet veren, sözleşmenin kurulduğunu ispatlama yükünden kurtulmuş olacak ancak vekilin sözleşmenin kurulmadığını ispatlayarak karinenin aksini çürütmesi imkanı bulunacaktır. Üstün tutulması gereken bu görüşte TBK md.503'ün, sözleşmenin örtülü kabul ile kurulabilmesi için dayanılabilecek bir temel sağladığı ortaya koyulmaktadır⁵⁸. Bu görüşün temsilcilerinden Fellmann⁵⁹, eğer TBK md.503'ün aksi ispatlanamayacak faraziye olarak değerlendirilmesi halinde özellikle sınırlı ehliyetsizlere veya ayırt etme gücü olmayan kişilere yapılacak önerilerle vekalet sözleşmesinin kurulması, çözümü güç sorunlara yol açacağını belirtmektedir. Ayrıca TBK md.503 hükmü, sözleşmenin kurulması için irade beyanına gerek olması genel kuralına rağmen bazı durumlarda susmaya hukuki sonuç bağlayan TBK md.6'ya göre özel hüküm olup, aksinin ispatlanması halinde sözleşme kurulamayacaktır. TBK md.6'ya göre sözleşmenin susma ile kurulduğundan söz edebilmek için, susan kişinin bu pasif davranışının, güven teorisine göre böyle bir fikri olmasa dahi davranışına objektif olarak verilecek anlamın irade beyanı olarak değerlendirilebileceği göz önüne alınmalıdır⁶⁰. Bunun sonucunda TBK md.6'yı somutlaştıran TBK md.503'ün, aksinin ispatlanabileceği karine olduğu sonucuna ulaşılabilecektir.

bb- TBK md.503'ün Uygulanmasına İlişkin Şartlar

Vekalet sözleşmesinin TBK md.503'e göre kurulmasından söz edebilmek için önkoşul, vekalet veren tarafından vekile yapılacak bir önerinin bulunmasıdır. Bunun ardından önerinin yapılacağı vekilin sıfatı önem arz etmektedir. Vekilin bu işi görme konusunda resmi sığata sahip veya işin yapılmasının mesleğinin gereğı olması ya da bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmesi halinde yapılan öneri vekil tarafından hemen reddedilmediğı sürece vekalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır.

⁵⁷ Gümüş, s.138; Fellmann, "art.395", s.243; Aral/ Ayrancı, s.441; Özdemir, s.28; Müller, "Art 6", s.365; "Art 6", Jäggi, "Art.6", s.463.

⁵⁸ Özdemir, s.28; Aral/ Ayrancı, s.441; Kramer/ Schmidlin, "Art 6", s.284.

⁵⁹ Fellmann, "art.395", s.243.

⁶⁰ Fellmann, "Art.395", s.243; Aral/ Ayrancı, s.441; bkz; 2-VEKALET SÖZLEŞMESİNİN, VEKALET VERENİN ÖRTÜLÜ KABULÜYLE KURULMASI/ b-TBK md.6'nın uygulanması.

aaa-Vekalet veren tarafından öneri yapılması

TBK md.503 hükmüyle vekilin susması, hukuki bir işlemin meydana gelmesi sonucunu doğurmaktadır⁶¹. TBK md.503'ün çıkış noktasının, çeşitli işleri görmeye hazır olduğunu duyuran vekilin, bunu yapmaya istekli ve yapabilecek kabiliyete sahip olduğuna dair korunmaya değer bir güven uyandırması ve kendisine iş gördürecek vekalet verenin yaptığı öneriyi formaliteler ve uzun kabul süresi olmaksızın kabul edeceği ve işi gecikmeksizin yerine getireceği konusunda beklentilerinin korunması olduğu ifade edilmektedir⁶². Bunun sonucunda belirli şartları taşıyan vekilin kendisine yapılan öneriyi açıkça kabulüne ilişkin beyanına gerek kalmaksızın, özellikle hızlıca karar verilmesini gerektiren durumlarda, vekilin susmasına sonuç bağlanarak, sözleşmenin örtülü olarak kurulduğu karinesi TBK md.503'de somutlaşmaktadır.

Sözleşmenin kurulduğundan bahsedebilmek için önerinin vekile (veya onun adına kabule yetkili temsilcisine) herhangi bir şekilde yapılması önemsizdir. Doktrinde genel kabul önerinin sadece hazır olmayanlar arasında yapılması halinde TBK md.503 hükmünün uygulanabileceği, buna karşılık hazırlar arasında hükmün uygulanamayacağı yolundadır⁶³. “Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse; öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur” (TBK md.4/I) hükmünden yola çıkılarak, hazır olanlar arasındaki süresiz önerinin hemen kabul edilmemesi sözleşmenin kurulmadığı anlamına gelmekte, başka deyişle susmak bu durumda (tarafarca susmanın, örtülü kabul olduğuna ilişkin anlaşmalarının dışında) sözleşmenin reddedilmesi anlamına gelmektedir. Bu fikri kabul eden yazarlar da telefonla veya bilgisayar gibi iletişim araçlarıyla yapılan önerilerde (TBK md.4/II⁶⁴) bu araçların doğrudan iletişim sağlaması sebebiyle öneriye anında karşılık verilebilmesi sebebiyle TBK md.503'ün hiçbir şekilde uygulanamayacağı⁶⁵ veya hükmün uygulanması-

⁶¹ Engel, s.480. Yazar, Latince sessiz kalmanın haykırarak anlamına geldiği “*Cum tacent clamant*” söz öbeğinin bazı Federal Mahkeme Kararlarında da yer aldığını ortaya koymaktadır.

⁶² Fellmann, “art.395”, s.240.

⁶³ Tandoğan, s.210; Aral/ Ayrancı, s.441; Eren, s.722; Özdemir, s.29; Fellmann, “Art.395”, s.245.

⁶⁴ TBK md.4/II “*Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır.*”

⁶⁵ Aral/ Ayrancı, s.441.

nın mümkün olacağı ancak bunun için önerinin hemen reddedilmemesi gerekliliği⁶⁶ konularında görüş ayrılığındadırlar.

Öte yandan TBK md.6'ya göre açıkça kabulün beklenmesi zorunlu değilse, “*uygun bir sürede*” reddedilmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılacaktır. TBK md.503'de ise önerinin “*hemen*” reddedilmemesi halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağından bahsedilmektedir. Bu iki hüküm arasındaki temel fark, vekilin öneriyi kabul etmek istememesi halinde öneriyi uygun bir süre bekletmesi değil, derhal reddetmesi gerekliliğidir. Böylece önerinin vekil tarafından reddedilmesi, sözleşmenin yapılmamasına ilişkin irade beyanı yerine geçerek, sözleşmenin örtülü olarak kabul edildiği karinesini çürütmektedir. Oysa TBK md.6'da açıkça kabul zorunlu değilse öneriyi reddetmek için makul ve uygun bir sürenin beklenebilmesi mümkündür. TBK md.503'ün amacının özellikle iş hayatında örneğin bankaya para yatırmak, seyahat için bilet rezervasyonu yapmak gibi bazı işlemler için sözleşmenin hızlı şekilde kurulmasına imkan tanımak olduğu için bekleme süresi kısaltılmıştır. TBK md.503 hükmü, reddetme için uygun süre beklenmesini mümkün kılan TBK md.6'nın istisnasını oluşturduğundan, vekilin red süresinin daha kısa olması da uygun görünmektedir⁶⁷. Başka deyişle özel hüküm olan TBK md.503, genel hükümlerde yer alan TBK md.6'daki “*uygun süre*” ifadesini, “*hemen*” tepki verme yükümlülüğü ile değiştirmektedir⁶⁸.

Bununla birlikte TBK md.503'de geçen “*hemen*” ifadesinin de somut duruma göre değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁹. Örneğin kapsamlı bir dosya gönderilen avukat olan vekilin aynı gün cevap vermesi istenemeyeceği için⁷⁰ en azından genel bir çalışma yapması için işin gereğinden kaynaklı sürelerin tanınması, “*hemen*” ifadesine aykırılık oluşturmayacaktır. Zira kanunun lafzına (sözüne) rağmen korumaya yöneldiği yarar (özüne) da göz önüne alınarak, vekilin reddetme hakkını kullanabilmesi için kendisine kısa bir süre tanınması mümkündür.

⁶⁶ Özdemir, s.29; Tandoğan, s.210.

⁶⁷ Burgat, Sabrina, La Télémédecine et le Droit Suisse, Analyse au Regard du Droit Contractuel, de la Loi Fédérale sur la Protection des Données, de la Responsabilité Civile et des Assurances Sociales, Helbing Lichtenhahn, Neuchâtel, 2012, s.85.

⁶⁸ Buehler, “Art.395”, s.1095.

⁶⁹ Zevkliler/ Gökyayla, s.643; Yavuz/ Acar/ Özen, s.535.

⁷⁰ Huguenin, s.887.

bbb-Vekilin bazı niteliklere sahip olması

Belirli meslekleri yapan kişiler, vekalet sözleşmesine ilişkin görev alanlarına giren bir işi görmek üzere kendilerine kabul etmek istemedikleri bir öneri yapıldığı takdirde hemen reddetmekle yükümlüdürler. TBK md.503’de işi görme konusunda resmi sığata sahip olan, işin yapılmasının mesleğinin gereğinden kaynaklanan veya bu gibi işleri kabul edeceklerini duyuran kişilerin bu sıfatları sebebiyle kendilerine yapılan öneriyle sözleşmeyi kurmak konusunda, bu sıfatla sahip olmayan sıradan vekillerden farklı olarak, susmalarına hukuki sonuç bağlanmıştır.

aaaa- Vekilin resmi sıfatı olması

Vekalet sözleşmesinde vekil veya vekalet veren gerçek kişi olabileceği gibi özel veya kamu hukuku tüzel kişisi de olabilecektir⁷¹. Vekalet sözleşmesinin taraflarının kamu tüzel kişisi olmaları, her zaman kamu hukuku kurallarına tabi olmalarını gerektirmemektedir. Kamu tüzel kişilerinin kamu gücüne dayanmak yerine eşit ilişkideki kişiler arasında giriştiği hukuki ilişkilere, özel hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu sebeple vekalet sözleşmesinin taraflarının gerek gerçek kişi gerek özel hukuk tüzel kişisi gerekse de kamu hukuku tüzel kişisi olmaları arasında, özel hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin fark bulunmamaktadır. Fakat kamu tüzel kişilerinin resmi sıfatlarından kaynaklanan kamu gücünün kullanılmasına ve kamu hizmetinin görülmesine yönelik vekil konumundaki ilişkilerine vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanamayacaktır⁷². Bu açıklamaların ışığında devlet memurlarının görevleri gereği yapacakları kamu hizmetlerinde, iş sahipleriyle özel hukuk kapsamındaki vekalet sözleşmesine taraf olamayacakları için, TBK md.503’ün de uygulanması mümkün değildir.

TBK md.503’ün uygulanabilmesi için gerekli şartlardan vekilin “*resmi sıfatının*” tanımı, kanunda yapılmamıştır. Doktrinde sadece bazı örnekler verilerek, vekilin sahip olması gereken resmi sıfatın tespiti için bu örneklerden yola çıkılması prensibi benimsenmiştir. Söz gelimi, adli yardım dolayısıyla mahke-

⁷¹ Thévenoz, Luc, Franz Werro, Commentaire Romand Code des Obligations I, Code des Obligations art 1-529, Editions Helbing& Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2012, s. 2035.

⁷² Gümüş, s.122.

me tarafından atanan avukatlar⁷³ (Avukatlık Kanunu md.176), vasiyeti yerine getirme görevlisi⁷⁴ (TMK md.550 vd.), mahkemenin belirlediği bilirkişiler⁷⁵ doktrinde resmi sığata sahip olduğu belirtilen kişilerdendir.

Kanunda tanımı yapılamayan bu örneklerin ortak noktası, kamuya hizmet etmek amacıyla devlet tarafından, vekalet sözleşmesi kapsamına giren işleri görmeleri için belirlenmiş farklı meslek gruplarındaki kişilerdir⁷⁶. Ancak doktrindeki örneklerde sayılan işlerin genellikle aşağıda incelenecek mesleki faaliyetlerin kapsamına girdiği görülmektedir⁷⁷. Söz gelimi resmi sığata sahip kişiler arasında gösterilen avukatlık veya bilirkişilik aynı zamanda, bu kişilerin mesleki faaliyeti olarak da değerlendirilebilir. Bununla birlikte, bazı yazarlar tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisinin de resmi sıfatı bulunduğu ve kıyasen TBK md.503'in uygulanması gerekliliği belirtilmektedir⁷⁸. Kanaatimizce mirasbırakan tarafından atanan vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevi, sulh hakimi tarafından kendisine bildirildikten onbeş gün içinde reddetmediği takdirde kabul etmiş sayılması (TMK md.550/III), vekalet sözleşmesinin örtülü olarak kabulünden değil, TBK md.6 kapsamında susma ile sözleşmenin kurulmasından kaynaklanmaktadır.

Böylece gerçek anlamı tespit edilemeyen ve sadece bazı örneklerden yola çıkılarak açıklanmaya çalışılan “*resmi sıfata*” ilişkin doktrinde verilen örneklerdeki kişilerin faaliyetleri, devlet tarafından atanmış olsalar dahi “*resmi sıfat*” terimine başvurmaya gerek kalmaksızın, zaten mesleki faaliyetleri gereği yürüttükleri veya adli yardım vs. görevleri yapmayı kabul ettikleri için (bazen

⁷³ Huguenin “Art. 395”, s.887; Guhl/ Schnyder, “Art. 395”, s.548; Kramer/ Schmidlin, “Art. 6”, s.282; Erzurumluoğlu, s.194; Tandoğan, s.211; Özdemir, s.30; Yavuz/ Acar/ Özen, s.650; Gümüş, s. 138; Zevkliler/ Gökyayla, s.642.

⁷⁴ Özdemir, s.30; Gümüş, s. 138;

⁷⁵ Tandoğan, s.211; Özdemir, s.30; Yavuz/ Acar/ Özen, s.650; Gümüş, s. 138; Zevkliler/ Gökyayla, s.642.

⁷⁶ Fellmann, “art.395”, s.254. Yazar, baca temizleyicileri, elektrik santralleri tesisatçıları, lisanslı kayak hocaları gibi mesleklerin resmi sıfatla olan ilişkisini değerlendirmekte, İsviçre Borçlar Kanunu'nda ne tarihsel (1881 taslağında devlet tarafından atanan kişileri kasteden terimin, devlet memurlarının vekalet sözleşmesine taraf olamayacakları gözden kaçırılarak, getirilen hüküm yasama hatası olarak ifade edilir), ne de çağdaş bir yorumla kavramın anlaşılmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

⁷⁷ Bkz: 3-VEKALET SÖZLEŞMESİNİN VEKİLİN ÖRTÜLÜ KABULÜYLE KURULMASI/ bbbb-Görülecek işin vekilin mesleki faaliyeti olması

⁷⁸ Schuler-Buche, Caroline, “L'exécuteur Testamentaire, l'administrateur Officiel et le Liquidateur Officiel Étude et Comparaison”, RJI - Recherches Juridiques Lausannoises Band/Nr. 11, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2003, s.39.

de kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğundan kaynaklanan⁷⁹⁾ TBK md.503 kapsamında değerlendirilecektir. Buna ilaveten kamu hizmeti gören devlet memurlarının da vekalet sözleşmesine taraf olamayacakları dikkate alındığında, uygulaması son derece sınırlı “*resmi sıfat*” teriminin TBK md.503’de yer almasının gerekli olmadığı söylenebilir.

bbbb-Görülecek işin vekilin mesleki faaliyeti olması

Hemen reddetmediği takdirde kabul etmiş sayılacak vekile yapılan öneriyle görülmesi istenen işin, vekilin mesleki faaliyetinden kaynaklanması gerekmektedir. Mesleki faaliyet, kişilerin kazanç elde etmek için yürüttükleri ekonomik faaliyetler olduğu için vekilin de vekalet sözleşmesi kapsamında göreceği iş, mesleğinin kapsamında bulunmalıdır. Mesleğin ticaret hukuku anlamında esnaf veya ticari işletme olması önemli değildir. Fakat TBK md.503’ün uygulanması için sadece mesleğe sahip olmak yetmemekte, ayrıca bu mesleğin devlet tarafından tanınması ve verilen bir ruhsata istinaden yürütülmesi gerekmektedir⁸⁰⁾. Doktorlar⁸¹⁾, varlık yönetimi şirketleri⁸²⁾, avukatlar⁸³⁾, mimarlar⁸⁴⁾, bankacılar⁸⁵⁾, özellikle İsviçre için son derece önemli olan devlet lisanslı dağ veya kayak rehberleri⁸⁶⁾ gibi kişilerin hizmetlerini kamuya sunmaları ve devletin izni ve bilgisi dahilinde mesleklerini yapmaları sebebiyle, mesleklerine ilişkin kendilerine yapılan tüm önerilerle ilgilendikleri varsayılmaktadır. Bu sebeple kendilerine yapılan öneriyi kabul etmek istemiyorlarsa açıkça reddetmeleri, aksi halde kamuya arz ettikleri işleri üstlenecekleri kendilerinden beklendiği için sözleşmenin örtülü olarak kurulduğundan söz edilir.

⁷⁹⁾ Cordey/ Giger, “Art. 395”, s.462.

⁸⁰⁾ Özdemir, s.30; Tandoğan, s.211; Yavuz/ Acar/ Özen, s.650.

⁸¹⁾ Thevenoz/ Werro, “Art. 395”, s.2386; Huguenin, “Art. 395”, s.887; Guhl/ Schnyder, s.548; Buehler, “Art.395”, s.1095; Cordey/ Giger, “Art. 395”, s. 462; Özdemir, s.30; Tandoğan, s.211; Gümüş, s. 138.

⁸²⁾ Adjadj, Malek, Le mandat de gestion de fortune, Schulthess Editions Romandes, Genève, 2017, s.107.

⁸³⁾ Thevenoz/ Werro, “Art. 395”, s.2386; Huguenin, “Art. 395”, s.887; Guhl/ Schnyder, s.548; Buehler, “Art.395”, s.1095; Cordey/ Giger, “Art. 395”, s. 462; Özdemir, s.30; Tandoğan, s.211; Gümüş, s. 138.

⁸⁴⁾ Guhl/ Schnyder, s.548; Buehler, “Art.395”, s.1095; Cordey/ Giger, “Art. 395”, s. 462; Tandoğan, s.211.

⁸⁵⁾ Guhl/ Schnyder, s.548; Cordey/ Giger, “Art. 395”, s. 462; Özdemir, s.30; Tandoğan, s.211; Gümüş, s. 138

⁸⁶⁾ Kramer/ Schmidlin, “Art. 6”, s.283.

Kendi özel muayenehanesi olan doktora öneride bulunmak üzere gelen hasta sorununu açıkladıktan sonra doktor hemen reddetmediği takdirde, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılarak tedaviye başlanması gerekmektedir⁸⁷. TBK md.503'de yer alan "hemen" ifadesi bu durumda teşhis koyup tedaviye geçebilmesi için kısa bir düşünme süresini kapsamaktadır. Devlet memuru olarak kamu görevi yapan doktorun aksine, özel muayenehanesi olan doktorun, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde hastanın yaptığı öneriyi kabul etmek zorunluluğu olmadığından, hemen tedaviyi yapmayı reddederek sözleşmenin kurulmasına engelleyebilir, ancak acil bir hastalık durumunda bu kuralın dışına da çıkılabilir⁸⁸.

Serbest çalışan avukatların da kendilerine herhangi bir şekilde yapılan öneriyi kabul etme zorunlulukları bulunmamaktadır. Ancak kurulmasını istemedikleri vekalet sözleşmesini hemen reddetmeleri gerekmele birlikte, red sebeplerini karşı tarafa açıklamakla yükümlü tutulamazlar. Red sebepleri kişisel, manevi, zaman yokluğu, konunun hukuki ilgi alanına girmemesi olabileceği gibi, ücret konusunda anlaşamamaktan da kaynaklanabilir⁸⁹.

Bir yapıyı kontrol etmesi işi için kendisine öneride bulunulan mimarın bu işi görmesi eğer TBK md.502 kapsamında vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilebiliyorsa, TBK md.503'de yer alan hükümlere göre hemen reddetmediği takdirde sözleşme kurulacaktır⁹⁰. Buna karşılık mimar tarafından özgün bir projenin çizilmesi gibi eser sözleşmesi kapsamındaki sözleşmelere veya konsorsiyum, joint venture gibi adi ortaklık temelli oluşumlardaki projelere vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanamayacaktır⁹¹.

⁸⁷ Hirsig-Vouilloz, Madeleine, La Responsabilité du Médecin, Aspects de Droit Civil, Pénal et Administratif, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2017, s.15.

⁸⁸ Müller, Christoph, La responsabilité civile du médecin, cemaş - Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel, 2008, s.103.

⁸⁹ Châtelain, Mathieu, L'indépendance de l'avocat et les modes d'exercice de la profession, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne Band/Nr. 100, 210-235, 2017, s.211.

⁹⁰ Aebi-Mabillard, Jessica C. L., La Rémunération de l'architecte, AISUF - Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 350, (ed. Peter Gauch), 57-72, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2015, s.58.

⁹¹ Niteliği tartışmalı olmakla birlikte mimari proje çizim sözleşmesinin isimsiz sözleşme olarak değerlendirilmesi halinde de kıyasen TBK md.503 uygulanabilecektir. Ayrıca mimarlık sözleşmeleri hakkında bkz: KAPLAN, İbrahim, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi

cccc-Vekilin işi göreceğini ilan etmesi

Vekilin susmasına hukuki sonuç bağlanan hallerden bir diğeri de vekilin, belirsiz sayıda kişiye vekalet sözleşmesinin kapsamındaki veya benzer türdeki işleri göreceğini, bunları üstlenmeye hazır olduğunu önceden ilan etmiş olmasıdır. Vekil, önceden yapacağını kamuya açıkladığı bir işe dair öneri gelmesi durumunda eğer öneriyi kabul etmek istemiyorsa açıkça hemen reddetmediği takdirde, sözleşme TBK md.503'e göre kurulmuş sayılacaktır. Yapılan ilan herhangi bir iletişim aracıyla radyoda, televizyonda, gazetede özellikle reklam yoluyla⁹² olabileceği gibi tabela asmak⁹³ veya bilirkişilik⁹⁴, özel ders vermek⁹⁵ gibi işleri yapacağını halka duyurmak şeklinde de gerçekleştirilebilir. Yapılan duyurunun herkese ulaşması zorunluluğu bulunmamaktadır. Söz gelimi özel ders verileceğine ilişkin reklamın ulusal bir gazetede yayınlanması yerine o bölgede basılan yerel bir gazetede çıkması mümkündür. Önemli olan ilanın, vekalet ilişkisini kurmak isteyen kişilerin öğrenebileceği yeterlilikte olmasıdır.

Vekilin sözleşmenin konusu işi göreceğine ilişkin ilanı, öneri olarak değerlendirilemeyecektir. Yapılan ilan, TBK md.8/I-II⁹⁶ anlamında öneriye davet niteliği taşımaktadır⁹⁷. Çünkü işin özelliği gereği vekil, her ne kadar vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan veya benzer işleri göreceğini duyurmuş olsa da kişisel veya maddi çeşitli sebeplerden dolayı sözleşmeyi reddedebilecektir. Böylece vekalet veren tarafından, ilanın görülmesi üzerine vekile öneri yapılması beklenmekte ancak vekilin açıkça kabul beyanında bulunması zorunlu değildir. Eğer öneri vekil tarafından kabul edilmek istenmiyorsa hemen reddedilmesi gerekmekte olup, aksi halde TBK md.503'e göre sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1983.

⁹² Müller, "Art. 6", s.364.

⁹³ Gümüş, s.138; Aral/ Ayrancı, s.441.

⁹⁴ Özdemir, s.32

⁹⁵ Zevkiler/ Gökyayla, s.642

⁹⁶ TBK md.8 "*Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz.*

Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır."

⁹⁷ Cordey/ Giger, "Art. 395", s.462; Fellmann, "Art. 395", s.257; Özdemir, s.31.

cc-Vekilin işi derhal reddetmemesinin bazı hukuki işlemlere etkisi

Türk Borçlar Kanunu'nun Dokuzuncu Bölümünün Birinci Ayrımında vekalet ilişkileri başlığı altında TBK md.502-514 arasındaki hükümlerin, vekalet sözleşmesinin genel hükümleri niteliğinde olduğu söylenebilir. Şöyle ki hem sayısız belirsiz olarak düzenlenebilecek isimsiz sözleşmelere (örneğin karma sözleşme olarak apartmanda çalışmak karşılığında kendisine bir daire verilen kapıcılık sözleşmesi veya dersane sözleşmesi⁹⁸), hem Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan TBK md.514'ün ardından gelen kredi mektubu, kredi emri (TBK md.515 vd.), simsarlık sözleşmesi (TBK md.520) ve evlenme simsarlığı (TBK md.524) gibi diğer iş görme sözleşmelerine, hem de avukatlıkta olduğu gibi özel kanunda düzenlenen hukuki ilişkilere, niteliklerine uygun düştüğü takdirde TBK md.502-514 hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Vekalet sözleşmesinin vekilin derhal reddetmemesiyle kurulmasına ilişkin TBK md.503 hükmü ise, tüm vekalet ilişkilerine uygulanamayacaktır. Öncelikle bu hüküm sadece TBK md.502/I'de belirtilen "vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmeler" için geçerli olmaktadır. Buna karşılık TBK md.502/II'de vekaletle ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanacağına ilişkin hükmüne rağmen TBK md.503, TBK md.502/I'de belirtilen sözleşmelerin dışındaki vekalet ilişkilerine uygulanamayacaktır. Çünkü sözleşmenin susma ile kurulması, genel hükümlere kıyasla istisnai bir durum getirdiği için sınırlı olarak yorumlanması gerekmektedir ve kapsamının genişletilmesi mümkün değildir. Ayrıca TBK md.503 hükmü, TBK md.526 vd.'da düzenlenen vekaletsiz işgörme durumlarında da uygulanamayacaktır. Bunun sebebi vekaletsiz işgörmenin gerçek bir sözleşme olarak değerlendirilememesinde yatmaktadır⁹⁹.

Öte yandan TBK md.503, vekilin susmasının sözleşmeyi kabulü anlamına gelerek sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran diğer hukuki işlemlerden olan komisyon sözleşmelerine (TBK md.532/II) ve alacaklı olan havale alıcısının havaleyi kabul etmek istemediği takdirde durumu borçlu olan havale

⁹⁸ Huguenin, s.1134. Dersane sözleşmesi, dershaneye giden öğrencinin ücret ödeme borcuna karşılık, dershanenin öğrenciye çeşitli ders materyallerini vererek ve dersin anlatılmasını sağlayarak, uygun bilgi ve becerilerin kazandırılmasını taahhüt edilmesiyle kurulmaktadır. Ders materyallerinin öğrencinin geçici olarak kullanımına sunulması kira sözleşmesini, öğretimin uzaktan yapılması uzaktan eğitime ilişkin hükümlerin gündeme gelmesini gerektirmektedir.

⁹⁹ Huguenin, s.884.

edene gecikmeksizin bildirmekle yükümlü olduğu (TBK md.556/III) havale ilişkisine uygulanabilecektir¹⁰⁰.

SONUÇ

Vekalet sözleşmesi vekilin ve vekalet verenin bir işin veya hizmetin görülmesi hususunda karşılıklı, birbirine uygun iradelerini beyan etmeleriyle kurulmaktadır. Sözleşme özgürlüğü kapsamında vekalet sözleşmesini kurma zorunluluğu bulunmadığı gibi, sözleşmeyi kurmaya ilişkin irade beyanının da genel hükümlerden farklılık göstermeyerek açık veya örtülü olarak muhataba ulaştırılması mümkündür. Genellikle önerinin vekalet veren tarafından getirildiği görülmekle birlikte, aksi de mümkündür. Eğer vekil tarafından vekalet verene öneri yapılmışsa, vekalet veren sözleşmeyi açık olarak kabul edebileceği gibi örtülü olarak da kabul edebilir. Vekalet verenin sözleşmeyi örtülü olarak kabul etmesine ilişkin vekalet sözleşmesiyle ilgili hükümlerde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri uyarınca vekalet verenin geniş anlamda kabul iradesinin bulunduğuyla ilişkin davranışlarıyla veya dar anlamda pasif bir davranış olan susması ile TBK md.6'da yer alan şartlar doğrultusunda sözleşmenin akıbeti belirlenecektir.

Önerinin vekalet veren tarafından yapılması halinde ise geniş anlamda örtülü kabul için genel hükümlere başvurulacaktır. Ancak vekilin örtülü kabul olarak değerlendirilebilecek davranışlarda bulunmak yerine, sözleşmesi derhal reddetmemesi diğer bir deyişle susması halinde sözleşmenin kurulacağına ilişkin vekalet sözleşmesine özel bir düzenleme, TBK md.503'de yer almaktadır. Kural olarak susma bir irade beyanı olarak kabul edilmemesine rağmen, TBK md.6'nın uygulama alanlarından biri olan TBK md.503'de susmaya hukuki sonuç bağlanmıştır.

Vekalet veren tarafından yapılan önerinin, TBK md.503'de belirtilen özelliklerdeki vekil tarafından hemen reddedilmediği takdirde, açıkça kabul etmesine ihtiyaç bulunmaksızın, sözleşmenin kurulmuş sayılacağı düzenlenmiştir. TBK md.503 hükmü bir faraziye değil, karine olarak aksi ispatlanabilmekte ve sözleşmenin kurulmuş sayılması için kendisine öneri yapılan vekilin bazı

¹⁰⁰ Engel, Pierre, *Traité des Obligations en Droit Suisse Dispositions Générales du CO*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997, s.204.

özelliklere sahip olması beklenmektedir. Vekilin ilk özelliği, “resmi sığata sahip olması” iken bu kavram kanunda tanımlanmayarak, doktrinde bazı örnekler verilmekle yetinilip, resmi sıfatın tespiti için bu örneklerden yola çıkılması prensibi benimsenmiştir. Kanaatimizce resmi sığata ilişkin doktrinde verilen örnekler, vekilin sahip olması gereken diğer iki özellikten yani görülmesi istenen işin, vekilin mesleki faaliyetinden kaynaklanması veya vekilin işi görebileceğini önceden ilan etmiş olması özellikleri arasında değerlendirilebileceği için, kanunda zaten diğer durumların içinde yer alan resmi sıfat sahipliği ifadesinin kaldırılması mümkündür. Bu özelliklerden herhangi birine sahip olan vekil, sözleşmeyi kurmak istemiyorsa, öneriyi derhal reddetmesi gerekmektedir. Bununla birlikte vekalet sözleşmesinin vekilin susmasıyla kurulması, genel hükümlere kıyasla istisnai bir durum getirdiği için kapsamı genişletilmeyerek, sınırlı olarak yorumlanmalı ve her türlü vekalet ilişkisine uygulanmamalıdır.

KAYNAKÇA

ADJADJ, Malek, *Le Mandat de Gestion de Fortune*, Schulthess Editions Romandes, Genève, 2017.

AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “Madde 502”, *Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi*, (ed. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınevi Yayınları, İstanbul, 2017.

AEBI-MABILLARD, Jessica C. L., “La Rémunération de l'architecte”, *Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 350*, (ed. Peter Gauch), 57-72, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2015.

ANTALYA, Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019.

ARAL, Fahrettin, Hasan AYRANCI, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

AYDOĞDU, Murat, Nalan KAHVECİ, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

BAŞPINAR, Veysel, *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

BECKER, Hermann, “Art 6”, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrech, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1945.

BURGAT, Sabrina, La Télémédecine et le Droit Suisse, Analyse au Regard du Droit Contractuel, de la Loi Fédérale sur la Protection des Données, de la Responsabilité Civile et des Assurances Sociales, Helbing Lichtenhahn, Neuchâtel, 2012.

BÜHLER, Roland, “Art. 394, 395”, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.

CHAPPUIS Benoît, “De l’Interdiction de la Multidisciplinarité au Pactum de Palmario en Passant par l’Instigation à un Acte Illicite : la Jurisprudence Récente sur la Profession d’Avocat”, Symposium en Droit des Contrats, (ed. Pascal Pichonnaz, Franz Werro), Schulthess Editions Romandes, Genève, 2018.

CHÂTELAÏN, Mathieu, “L’indépendance de l’avocat et les modes d’exercice de la profession”, Centre du Droit de l’entreprise de l’Université de Lausanne Band/Nr. 100, 210-235, Lausanne 2017.

CORDEY, Carole Gehrler, Gion GIGER, “Art. 394, 395”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, (ed. Claire Huguenin, Markus Müller-Chen), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

DÜRR, Charles, Du Mandat, Commentaire Jurisprudentiel des art. 394 ss. Du Code Suisse des Obligations, Editions Dürr, Cugnasco, 1972.

ENGEL, Pierre, Traité des Obligations en Droit Suisse Dispositions Générales du CO, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ESENER, Turhan, Fatih GÜNDOĞDU, Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m.1-48), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

ENGEL, Pierre, *Traité des Obligations en Droit Suisse Dispositions Générales du CO*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997.

ENGEL, Pierre, *Contrats de Droit Suisse Traité des Contrats de la Partie Spéciale du Code des Obligations, de la Vente au Contrat de Société Simple, Articles 184 à 551 CO, Ainsi Que Quelques Contrats Innommés*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2000.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

FELLMANN, Walter, “Art. 395”, *Berner Kommentar, Der Einfache Auftrag, Art. 394-406 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse*, (ed. Heinz Hausheer), Stämpfli Verlag AG, Berne, 1992.

GEÏSER, Thomas, “Art. 364”, *FamKomm*, (ed. Audrey Leuba, Martin Stettler, Andrea Büchler, Christoph Häfeli), Stämpfli Verlag AG, Berne, 2013

GUHL, Theo, Anton K. SCHNYDER, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2000.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

HİRSİG-VOUÏLLOZ, Madeleine, *La Responsabilité du Médecin, Aspects de Droit Civil, Pénal et Administratif*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 2017.

HUGUENIN, Claire, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2012.

KAPLAN, İbrahim, *Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1983.

KRAMER, Ernst A., Bruno SCHMİDLİN, “Art. 6”, *Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, (ed. Arthur Meier-Hayoz), Stämpfli Verlag AG, Berne, 1986.

JAGGI, Peter, “Art. 6”, Obligationenrecht Art. 1-17 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), (ed. Wilhelm Schönenberger, Peter Jäggi), Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, 1973.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.

KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren, “Art. 6”, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.

KORKMAZ, Yakup, “Madde 504”, Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, (ed. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınevi Yayınları, İstanbul, 2017.

KRAMER, Ernst A., Bruno SCHMIDLİN, “Art. 1” Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Berner Kommentar, (ed. Arthur Meier-Hayoz), Stämpfli Verlag AG, Berne, 1986.

KRAUSKOPF, Frédéric, “Art. 394”, Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), (ed. Peter Gauch, Viktor Aepli, Hubert Stöckli), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

KUT, Ahmet, “Art. 6”, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, (ed. Andreas Furrer, Anton K. Schnyder), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2016.

MORIN, Ariane, “La Conclusion du Mandat”, L'évolution Récente du Droit des Obligations Travaux de la Journée d'Etude Organisée à l'Université de Lausanne le 10 Février 2004, (ed. Mathieu Blanc), s.131-138, Centre du Droit de l'Entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2004.

MÜLLER, Christoph, La Responsabilité Civile du Médecin, - Centre de Recherche sur les Modes Amiables et Juridictionnels de Gestion des Conflits, Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel 2008.

MÜLLER, Christoph, “Art. 6”, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit Allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, (ed. Regina E. Aebi-Müller, Christoph Müller), Stämpfli Verlag AG, Berne, 2018.

OĞUZMAN, Kemal, Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.

OĞUZMAN, Kemal, Nami BARLAS, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Madde 503”, Vekalet Sözleşmeleri Kısa Şerhi, (ed. Hakan Tokbaş), Aristo Yayınevi Yayınları, İstanbul, 2017.

ROBERT-TISSOT, Fabrice, “Les Effets du Concordat sur les Obligations, Analyse en Particulier des Effets du Concordat sur les Contrats”, Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 293, (ed. Peter Gauch), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2010.

SCHULER-BUCHE, Caroline, “L'exécuteur Testamentaire, l'administrateur Officiel et le Liquidateur Officiel Étude et Comparaison”, RJL - Recherches Juridiques Lausannoises Band/Nr. 11, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2003.

STOFFEL, Bertrand, La Forme Comme Objet du Contrat, La Forme Conventiionelle et Ses Effets, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2017.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982.

THEVENOZ, Luc, Franz WERRO, Commentaire Romand du Code des Obligations I, art 1-529, Editions Helbing& Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2012.

TUHR, Andreas von, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Birinci Cilt, (çev. Cevat EDEGE), Yeni Matbaa, İstanbul, 1952.

YAVUZ, Cevdet, Faruk ACAR, Burak ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

ZEVKLİLER, Aydın, Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

**MİLLETLERARASI TİCARÎ SÖZLEŞMELERDE HUKUK
SEÇİMİNE DAİR LAHEY PRENSİPLERİNİN
YAPISI VE KAPSAMI**

*Nature and Scope of The Hague Principles on Choice of Law
in International Commercial Contracts*

Dr. Öğr. Üyesi Lâle AYHAN İZMİRLİ*

Özet

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Prensipleri 2015 yılında kabul etmiştir. Lahey Konferansının daha önce ortaya koyduğu metinlere kıyasen Prensipler, Konferans tarafından ortaya konulan bağlayıcı olmayan ilk hukuk aracıdır. Prensipler birden fazla ülkeyle bağlantılı ticarî sözleşmelerde hukuk seçimine dair kuralları içermektedir. Birkaç husus dışında, prensipler büyük ölçüde hukuk seçimi konusundaki ortak yaklaşımı yansıtmaktadır. Bununla birlikte, uygulanacak hukuk olarak anasyonel kuralların seçimine imkân vermesiyle benzer nitelikteki metinlerden farklı bir özellik göstermektedir. Bu çalışma Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin amaçlarını, genel yapısını ve kapsamını inceleyerek, bu konuda bilgi vermeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası ticari sözleşmeler, hukuk seçimi, Lahey Prensipleri, esnek hukuk aracı, anasyonel kurallar.

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, lale.ayhan@hbv.edu.tr. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8838-455X>.

Abstract

Hague Conference on Private International Law approved the final version of Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in 2015. In comparison with the former texts of Hague Conference, Principles are the first soft law instrument of the Hague Conference. The Principles include choice of law rules in commercial contracts which are linked to more than one country. With the exception of some points, principles mostly reflect the common approach to the choice of law. However it shows a different feature from similar texts by allowing the choice of anational rules as applicable law. This paper aims to examine and introduce the purposes, nature and scope of the Hague Principles on Choice of Law.

Key Words: International commercial contracts, choice of law, Lahey Principles, soft law, anational rules.

GİRİŞ

Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Prensipler (çalışmada 'Prensipler' veya 'Lahey Prensipleri' olarak anılacaktır),¹ Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın (Lahey Konferansı) bir ürünüdür². Lahey Konferansı, milletlerarası özel hukuk alanında çeşitli çalışmalar yapmış ve bu çalışmaların bazılarının neticesinde birçok konvansiyon ortaya çıkarmıştır³.

¹ Prensiplerin İngilizce tam metni için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (28.8.2020).

² Türkiye, 1955 yılından beri Lahey Konferansı'na taraftır. Bkz. <https://www.hcch.net/en/statutes/hcch-members/details1/?sid=74> (04.02.2020).

³ Evlat Edinmeye İlişkin Kararların Tanınması, Uygulanacak Hukuk ve Yetkiye Dair Sözleşme, Yetkili Mahkeme Seçimine İlişkin Sözleşme, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Sözleşmesi, İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Nikah ve Evlenmenin Geçerliliğinin Tanınmasına Dair Sözleşme, Aracılık Akitlerine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Uluslararası Satış Sözleşmelerinde Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Tröstlerin Tanınmasına ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, Yetişkinlerin Uluslararası Korunmasına Dair Sözleşme Lahey Konferansı tarafından hazırlanan milletlerarası sözleşmelerden bazılarıdır. Lahey Konferansı tarafından hazırlanan diğer sözleşmelerden Hukuk Usulüne Dair Sözleşme, Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Dair Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme, Küçüklerin Korunması ve Makamların Yetkisine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanmasına Dair Sözleşme, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme, Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme gibi bir kısım sözleşmeye Türkiye de taraftır. Türkiye'nin taraf olduğu Lahey Sözleşmeleri

Buna karşılık Prensipler, konvansiyonlardan farklı olarak Lahey Konferansı'nın ortaya koyduğu bağlayıcı olmayan ilk hukuk aracıdır⁴. Lahey Konferansı, Prensipleri, ülkeler arasında bir uzlaşma sağlanamamasının bir sonucu olarak geleneksel uygulamasından farklı şekilde bağlayıcı olmayan bir metin olarak hazırlamıştır⁵.

Prensiplerin bazı hükümleri, milletlerarası alanda üzerinde uzlaşılan hükümler olmakla birlikte, diğer bir kısım hükümleri üzerinde uzlaşılmayan ancak Lahey Konferansının en iyi uygulamalar arasında addettiği yaklaşımlara işaret etmektedir⁶.

Prensipler, 12 maddeden oluşan oldukça kısa bir metin olarak hazırlanmıştır. Bununla birlikte prensiplerin detaylı yorumuyla ve içeriğinde barındırdığı yeniliklerle birlikte göreceli olarak detaylı bir doküman olduğunu söyleyememiz mümkündür.

I. PRENSİPLERİN ORTAYA ÇIKIŞI

Hukuk seçimine ilişkin yeknesak kurallar oluşturma çabası Roma I Tüzüğü, Inter-Amerikan Konvansiyonu gibi farklı çalışmalarda söz konusu olmakla birlikte, sadece Roma I Tüzüğü⁷ gibi bölgesel çalışmalar düzeyinde başarı sağlanmıştır⁸.

için bkz. Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Lahey Sözleşmeleri, erişim adresi: <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktarafliisoz/lahey.html> (28.08.2020).

⁴ BASEDOW, 304.

⁵ Dimitrios K. STAMATIADIS, "The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", *Studia Universitatis Moldaviae*, 2016, nr.8 (98), S: 262-276, 263; Brooke MARSHALL, "The Hague Choice of Law Principles, CISG and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.66, 2018, S: 175-217, 177.

⁶ Marta PERTEGÁS / Brooke Adele MARSHALL, "Party Autonomy and Its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", 39 *Brook. J. Int'l. L.*, 2014, S: 975-1003, 979. Benzer yönde bkz. Gilles LHUILIER, "The Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts of the Hague Conference: The Rise of 'Best Practice?' ", *IBLJ*, N.2, 2016, S: 103-108, 106.

⁷ Avrupa Birliği'nde sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi'nde yer almaktaydı. Sözleşmenin birlik düzenlemesi halinde getirilmesi ve üye ülkeler bakımından sözleşmenin yerine geçmek üzere Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü çıkarılmıştır. Tüzük, medeni ve ticarî hayata

Lahey Prensipleri, diğer esnek hukuk araçlarından farklı olarak Milletlerarası Ticaret Odası gibi özel bir organizasyon tarafından değil, devletlerarası bir kuruluş tarafından ortaya çıkarılmıştır⁹. Lahey Konferansı, farklı konularda hazırladığı metinlerin milletlerarası alanda başarılı anlaşmaların hazırlanmasında oynadığı rol sebebiyle, hukuk seçimine dair yeknesak kuralların hazırlanmasına da öncülük etmiştir. Ancak hukuk seçimine ilişkin kuralların uyumlaştırılmasına ilişkin daha önce yapılan çalışmalar, bu konuda bağlayıcı olmayan bir hukuk aracının daha fazla etkinlik kazanabileceğini göstermiştir ki, bu öngörü yukarıda belirttiğimiz gibi Prensiplerin bağlayıcı olmayan esnek hukuk (*soft law*) aracı veya yenilikçi hukukî danışma aracı şeklinde hazırlanması sonucunu ortaya çıkarmıştır¹⁰. Günümüzde milletlerarası ticarî ilişkilerde güncel bir trend olarak görülen¹¹ anasyonel nitelikteki bu kurallar, bu yönüyle UNIDROIT Prensipleri¹², Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (ASHP)¹³ ve diğer esnek hukuk araçlarını tamamlayıcı niteliktedir¹⁴.

ilişkin konularda yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerde uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkindir. Roma I Tüzüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı BAYATA CANYAŞ, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012; Zeynep Derya TARMAN, "Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl 2009, C.XXV Sa.2, S: 299-332. Tüzüğün İngilizce metni için ayrıca bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN> (31.08.2020).

- ⁸ Genevieve SAUMIER, "The Hague Principles and the Choice of Non-State "Rules of Law" to Govern an International Commercial Contract", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol.40, Issue 1, 2014, S: 1-30, 5.
- ⁹ Jürgen BASEDOW, "The Hague Principles on Choice of Law: Their Adress and Impact", *Unif. L. Rev.*, Vol.22, 2017, S: 304-315, 306.
- ¹⁰ SAUMIER (*Hague*), 6; Marianna A. KALASHYAN, "The Main Characteristics of the Hague Principles", *Journal of Siberian Federal University, Humanities&Social Sciences* 8 (2016 9), S: 1910-1915, 1911. Benzer yönde bkz. LHUILIER, 104, 106.
- ¹¹ KALASHYAN, 1911; BASEDOW, 305.
- ¹² Milletlerarası Ticarî Sözleşmeler İçin UNIDROIT Prensipleri (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*), Özel Hukukun Birleştirilmesine İlişkin Milletlerarası Enstitü (*International Institute for the Unification of Private*) tarafından hazırlanan ve milletlerarası ticarî sözleşmelere uygulanmak üzere ortaya konulan bağlayıcı olmayan kurallardan oluşmaktadır. UNIDROIT Prensipleri ilk kez 1994 yılında yayınlanmış, daha sonra ilki 2004, ikincisi 2010 ve son olarak 2016 yıllarında olmak üzere üç kez revize edilerek yeniden yayımlanmıştır. Prensiplerin en güncel hali olan 2016 yılındaki metni için bkz. <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (25.3.2020). UNIDROIT Prensipleri, milletlerarası ticarî sözleşmelere ilişkin genel kabul gören anlayışı ve ortak uygulamaları yansıtan genel kurallar ortaya koymaktadır. Bkz. William F. FOX, *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 4th Edition, Wolters&Kluwer, 2009, 34; Marlene WETHMAR-

Prensipelerin hazırlık çalışmaları 2006 yılında başlamış¹⁵, 2009 yılında Lahey Konferansı bünyesinde Milletlerarası Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Prensipler Çalışma Grubu oluşturulmuş ve 2012 yılında ise özel komisyon oluşturulmuştur¹⁶. Çalışma grubunu oluşturan kişiler farklı üye ülkelerden olmakla birlikte, ülkelerin hükümet temsilcileri olmayıp, bireysel olarak çalışma grubuna dâhil olmuşlardır¹⁷. Bunun dışında Prensiplerin hazırlanması sırasında bir kısım organizasyonlardan da görüş alınmıştır¹⁸. Çalışma grubundaki uzmanlar, Prensiplerin metninde yenilikçi bir kısım hükümlere yer vermiş olsa da, esasen hukuk seçimi anlamındaki en iyi uygulamaları aktarmayı amaçlamışlar-

LEMMER, "The Development of the Modern Lex Mercatoria: A Historical Perspective", *Fundamina*, 11, 2005, S: 183-199, 195-196. UNIDROIT Prensipleri tarafların bu kuralların uygulanmasını kararlaştırdıkları yahut *lex mercatoria* veya genel hukuk prensiplerinin uygulanmasını kararlaştırdıkları hallerde uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu kurallar herhangi bir ülkenin iç hukuku baz alınarak hazırlanmamış, Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuklarındaki yaklaşımların sentezi olacak şekilde oluşturulmuştur. Bkz. Henry GABRIEL, *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004, 10; Sandeep GOPALAN, *Transnational Commercial Law*, William S. Hein&Co. Inc., Buffalo, New York, 2004, 91; Katharina BOELE WOELKI, "Principles and Private International Law", 1 *Uniform Law Review* 1996-4, 652-678. Prensiplerin İngilizce metni için bkz. Erişim: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (17.02.2020).

¹³ ASHP özellikle Avrupa Birliği'nde ortak bir sözleşme hukuku oluşturmak amacıyla ortaya konmuş kurallardan oluşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Vijay KAMATH, "Analysis of Principles of European Contract Law as an Autonomous Lex Mercatoria", May 2010, erişim: <https://www.ssrn.com/abstract=1613142> (17.02.2020), 34-35. Bu prensipler de herhangi bir ülkenin iç hukuku baz alınmaksızın birlik üyesi Kara Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuklarındaki en uygun kuralların derlenmesi ile ortaya çıkarılmıştır. Bkz. Maria del Pilar Perales VISCASILLAS, "The Formation of Contracts & The Principles of European Contract Law", *Pace International Law Review*, Vol. 13, 2001, 371-397, 371 vd.

¹⁴ KALASHYAN, 1911.

¹⁵ Bazı yazarlar aslında köklerinin 1972'de ABD hükümeti tarafından yapılan teklife dayandığını, fakat bu projenin ancak 2006'da ilgi görmeye başladığını belirtmektedir. Bkz. MARS-HALL, 182.

¹⁶ Prensiplerin hazırlık çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HCCH, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Hague Prensipleri Önsöz, 9-12.

¹⁷ SAUMIER (Hague), 7; PERTEGÁS/MARSHALL, 980-981.

¹⁸ Örneğin; Milletlerarası Ticaret Odası üyeleri, tahkim merkezleri ve benzeri organizasyonlara gönderilen formlar ile hukuk seçiminin hâlihazırdaki kullanımı, gelecekte hazırlanacak bir metinde hangi hususların yer almasının faydalı olacağı gibi konularda görüşlerini belirtmeleri istenmiştir. Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 980.

dır¹⁹. 2015 yılında ise Prensipler, Lahey Konferansı'na üye ülkeler tarafından resmen kabul edilmiştir.

II. PRENSİPLERİN AMACI

Prensipler, ilk olarak milletlerarası sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin evrensel bir model oluşturmak amacıyla ortaya çıkarılmıştır²⁰. Başka bir deyişle, milletlerarası ticarî sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarının uyumlaştırılması amacıyla hazırlanmıştır²¹. Kanunlar ihtilâfî kurallarının uyumlaştırılması yanında, milletlerarası özel hukuk kurallarının gelişimine de katkıda bulunmaktadır²². Prensipler, irade muhtariyetinin geliştirilmesi ve genişletilmesi amacıyla da taşınmaktadır²³. Bu amaç doğrultusunda, tarafların seçtiği hukukun, taraflar arasındaki ilişkiyi yönetmesi, Prensiplerin temel kuralı olarak benimsenmiştir²⁴.

Prensiplerin bir diğer amacı da milletlerarası ticarî sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda hukukî kesinlik ve öngörülebilirliği güçlendirmektir²⁵. Prensiplerin bağlayıcı nitelikte olmaması hâlihazırdaki duruma daha uygun olmakla birlikte, Lahey Konferansı gelecekte bağlayıcı bir metin hazırlanmasına bütünüyle olumsuz bakmamaktadır²⁶.

¹⁹ Jan L. NEELS, "The Nature, Objective an Purpose of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", TSAR 2015 4, S: 774-783, 782-783; LHUILIER, 103.

²⁰ Jan L. NEELS / Eesa A. FREDERICS, "Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", 2011 De Jure, S: 101-110, 102; KALASHYAN, 1911; NEELS, 783; PERTEGÁS/MARSHALL, 979, 984. Benzer yönde bkz. Symeon C. SYMEONIDES, "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments", American Journal of Comparative Law, Vol.61, No.3, 2013, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256661 (20.5.2020), 4-5; BAsEDOW, 308-309; LHUILIER, 103-104.

²¹ PERTEGÁS/MARSHALL, 978; LHUILIER, 103-104.

²² NEELS, 783; PERTEGÁS/MARSHALL, 982.

²³ HCCH, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Hague Prensipleri Önsöz, 7.

²⁴ MARSHALL, 177.

²⁵ LHUILIER, 103.

²⁶ Commentary, 1.9, 24.

Prensiplerin bir diğer amacının ise dava ve tahkim yolunda eşit şartlar sağlama arayışı olduğu belirtilmektedir²⁷. Hakikaten hukuk sistemlerinde, uyuşmazlık çözüm yöntemlerine yaklaşımlar farklılık gösterdiği gibi, hukuk seçimine ilişkin sınırlamalar da farklılık göstermektedir²⁸. Bu bağlamda prensipler, dava veya tahkim yolu fark etmeksizin, sadece ülke hukuklarını değil anasyonel kuralların seçilmesine de imkân vermektedir.

Bunlar yanında tahkim heyetleri ve millî mahkemeler, milletlerarası özel hukukun hâlihazırdaki kurallarının yorumlanması ve anlaşılması, milletlerarası özel hukuk kurallarının geliştirilmesi, tamamlanması ve yeni kuralların oluşturulması gibi amaçlarla Prensipleri kullanabilirler²⁹. Prensipler klasik kanunlar ihtilâfi kurallarından farklı olarak hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uygulanacak hukukla ilgili hükümler içermemekte, yalnızca hukuk seçimine ilişkin hükümler içermektedir. Bu özelliği nedeniyle, her ne kadar ticaret dünyası, akademisyenler, kanun koyucular, ülke mahkemeleri, tahkim hakemleri ve ilgili organizasyonlar gibi kişi ve kurumlara yönelik olduğu belirtilse de³⁰, Prensiplerin pratik önemi haiz olduğu ve esasen doğrudan taraflar ve bunların yasal danışmanlarınca kullanılabilmesi belirtilmektedir³¹. Bununla birlikte Prensipler, kanunlar ihtilâfi kurallarına sahip olmayan veya çok genel yapıda kanunlar ihtilâfi kurallarına sahip olan devletlerde etkili olabilecekken, AB üyesi devletler gibi detaylı kanunlar ihtilâfi düzenlemelerine sahip hukuk düzenlerinde fazlaca etkili olamayacaktır³². Aynı şekilde hukuk seçimine izin vermeyen hukuklarda da prensipler etkin olamayacaktır³³.

²⁷ PERTEGÁS/MARSHALL, 979; Michael DOUGLAS / Nicholas LOADSMAN, "The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", 19 Melb. J. Int'l L. 1, 2018, 5.

²⁸ PERTEGÁS/MARSHALL, 979.

²⁹ HCCH, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensipleri Önsöz, 8, 28; Commentary, 1.11, 24.

³⁰ MARSHALL, 188

³¹ BASEDOW, 307.

³² BASEDOW, 304, 308. Nitekim irade muhtariyetini tanımayan Paraguay'ın Lahey Prensiplerini yasalaştırarak tümüyle iç hukuka aktarması Basedow'un bu öngörüsünü destekler niteliktedir. Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında 5393 sayılı Kanun (*Ley no 5393 Sobre El Derecho Aplicable a Los Contratos Internacionales*), erişim: https://assets.hcch.net/upload/contractslaw_py_es.pdf (04.02.2020).

³³ Örneğin Uruguay hukukundaki kanunlar ihtilâfi kuralları hukuk seçimine izin vermediğinden, bu ülkelerin kanunlar ihtilâfi kuralları uygulandığında Prensipler anlam ifade etmeyecektir. Bkz. BASEDOW, 309.

III. PRENSİPLERİN YAPISI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Prensip bir milletlerarası sözleşme, konvansiyon veya bir model kanun değildir³⁴. Bağlayıcı olmamakla birlikte, millî kanun koyucuları ve mahkemeleri informal yoldan etkilemesi amaçlanmıştır³⁵. Başka bir deyişle tavsiye niteliği taşımaktadır³⁶. Bu yapıdaki prensipler bağlayıcı olmayan esnek hukuk kuralları³⁷ veya anasyonel hukuk kuralları olarak tanımlanabilir³⁸.

Prensipin bağlayıcı olmaması, etkinliği konusunda soru işareti yaratsa da³⁹, bu şekilde hazırlanmasının en büyük avantajı, devletlerin, bağlayıcı olacak şekilde iç hukuklarının bir parçası haline getirmeksizin, bu kurallardan faydalanma imkânı sağlamasıdır⁴⁰. Prensip UNIDROIT, ASHP ve benzeri diğer esnek hukuk araçlarından farklı olarak, tarafların bu prensiplere atıfta bulunmasıyla uygulanacağını belirten bir hükme yer vermemiştir. Buna karşılık hemen hemen tüm devletlerde kabul edilen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tarafların bu tür kuralları uygulaması kabul edilmektedir. Elbette böyle bir kabul, ancak sözleşme özgürlüğünün çizdiği sınırlar içinde mümkün olmaktadır.

³⁴ Daniel GIRSBERGER / Neil B. COHEN, “Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts”, *Uniform Law Review*, Vol.22 (2) 2017, S: 316-335, 317; *Commentary*, 1.8, 24.

³⁵ Ralf MICHAELS, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, *Studies in European Economic Law and Regulation*, Vol. 3, 2014, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186 (5.3.2020), 10-11. Benzer yönde bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 4-5.

³⁶ Alper Çağrı YILMAZ, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, S: 481-512, 494.

³⁷ GIRSBERGER/COHEN, 318; MICHAELS, 1; SYMEONIDES (*Hague*), 23; MARSHALL, 187-188.

³⁸ Anasyonel hukuk kuralları millî hukuk sistemlerinin dışında bulunan ve doğrudan bağlayıcılığı olmayan kurallardır. Bkz. Meltem Ece OBA, “Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı”, *TBB Dergisi* 2017 (129), S: 297-320, 299. Başka bir ifadeyle bu tür kurallar devletler açısından bağlayıcı nitelikte kurallar olmadığı gibi, herhangi bir devletin pozitif düzenlemelerinde de yer almaz. Milletlerarası alanda bu tür esnek hukuk araçlarının ortaya konması özellikle son yıllarda gittikçe artan bir eğilim olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. BASEDOW, 305; KALASHYAN, 1911. Esnek hukuk araçlarının ortaya konmasının en önemli nedenleri, dekolonizasyon ve bağımsız ülke sayısındaki artış, özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında bağlayıcı bir hukuk aracı oluşturmanın çok zor veya imkânsız olması, hukuk seçimine ilişkin bağlayıcı bir konvansiyonunun başarı vaad etmemesi, buna karşılık uluslararası alanda bağlayıcı olmayan kurallara duyulan ihtiyaç ve benzeri nedenlerdir. Bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. BASEDOW, 306.

³⁹ BASEDOW, 304.

⁴⁰ SAUMIER (*Hague*), 28.

Bununla birlikte esnek hukuk kuralları olması sebebiyle Prensipler ancak forum ülkesi hukukunun izin verdiği ölçüde uygulanabilecektir⁴¹. Burada devlet mahkemeleri ve hakem mahkemeleri açısından da bir ayırım yapmak gerekir. Forum ülkesi hukukunun izin verdiği ölçüde bu kuralların uygulanması millî mahkemeler için geçerli olmakla birlikte, hakem mahkemeleri için bu sınırlama söz konusu olmayacaktır. Birçok ülkede anasyonel kuralların tahkim yargılamasında uygulanması kabul görünürken, mahkemelerde hukuk seçimi olarak kabul görmediğini de belirtmek gerekir⁴².

IV. PRENSİPLERİN UYGULAMA ALANI

Prensiplerin ilk maddesinde, prensiplerin milletlerarası ticarî sözleşmelere uygulanacağı belirtildikten sonra 1. ve 3. maddelerinde kapsam dışı haller tespit edilmiştir. Şu halde Prensiplerin uygulama alanının ortaya çıkabilmesi için 'milletlerarası ticarî sözleşme' kavramının sınırlarının belirlenmesi ve akabinde kapsam dışı tutulan hallerin tespit edilmesi gerekmektedir.

⁴¹ SYMEONIDES (*Hague*), 23.

⁴² Fabio BORTOLOTTI, *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, A Practical Guide, Kluwer Law International, 2009 34-35; Vahit DOĞAN, *Uluslararası Ticarette Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, 147 vd; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, 405-406; SYMEONIDES (*Hague*), 23-24; Aysel ÇELİKEL / B. Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020, 397; Berk DEMİRKOL, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, 145 vd.; BAYATA CANYAŞ, 63. Doktrinde hâkim olan yaklaşıma göre herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kuralların uygulanması devlet mahkemelerinde söz konusu olduğu takdirde, bu yönde bir seçim hukuk seçimi olarak değerlendirilmemekle birlikte bu kuralların aktarım yoluyla sözleşme hükmü haline getirildiği kabul edilmekte ve fakat uygulanacak hukukun çizdiği sınırlar içinde uygulanması mümkün olmaktadır. Buna karşılık tahkim yargılamasında bu tür bir sınırlama olmaksızın, taraflar veya hakemler doğrudan anasyonel kuralların uygulanmasına karar verebilmekte ve bu tür bir seçim geçerli kabul edilmektedir. Bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 406; DOĞAN (*Akreditif*), 149 vd.; Ergin NOMER, *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2018, 240; Ergin NOMER, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017, 320; Cemal ŞANLI / Emre ESEN / İnci ATAMAN-FİGANMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019, 279-280; DEMİRKOL, 145, 154. Benzer yönde bkz. BORTOLOTTI, 62. Buna karşılık *lex mercatoria* veya şerî hukuk gibi belirli bir 'devletin hukuku olma' niteliğini taşımayan bir kurallar grubuna atıf yapılması halinde bunun hukuk seçimi olarak değerlendirileceğini belirten müellifler de bulunmaktadır. Bkz. Jan H. DALHUISEN, *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume: I Introduction - The New Lex Mercatoria and Its Sources*, Hart Publishing, 2013, 268-269. Benzer yönde bkz. Maren HEIDEMANN, *Methodology of Uniform Contract Law, The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, Springer, 2007, 153.

A. MİLLETLERARASI TİCARÎ SÖZLEŞMELER

Prensiplerin 1. maddesi, prensiplerin ‘milletlerarası ticarî sözleşmelerde’ hukuk seçimine uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre Prensiplerin uygulanabilmesi için sözleşmenin ‘milletlerarası’ ve ‘ticarî’ olmak üzere iki niteliği bünyesinde barındırması gerekir. Bu nedenle öncelikle ‘milletlerarası sözleşme’ ve ‘ticarî sözleşme’ kavramlarının incelenmesi yerinde olacaktır.

1. Milletlerarası Sözleşme

Prensiplerin uygulama alanı ‘milletlerarası sözleşmeler’ ile sınırlanmıştır⁴³. Buna göre sadece tek bir ülkeyi ilgilendiren sözleşmeler, prensiplerin kapsamı dışındadır. Bu hüküm, ABD, Kanada gibi federal yapıdaki veya farklı hukuk sistemlerine sahip bölgelere ayrılan ülkeleri de prensiplerin uygulama alanı dışında bırakmaktadır⁴⁴.

‘Milletlerarası’ tabirinden ne anlaşılması gerektiği ise Prensip m.1/2’de belirtilmiştir. Hükümde, Prensiplerin uygulama alanı dışında bırakılan salt millî nitelikteki sözleşmeler belirtilerek negatif şekilde bir tespit yapılmıştır⁴⁵. Buna göre sözleşmenin milletlerarası nitelikte kabul edilmesi için tarafların işyerleri aynı ülkede bulunmamalı ve taraflar arasındaki ilişki birden fazla ülke ile bağlantılı olmalıdır. Yani sözleşmenin milletlerarası nitelikte olduğunun kabul edilebilmesi için her iki kriterin birlikte sağlanması gerekmektedir.

İlk kriter tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunmasıdır. Burada problem yaratabilecek husus, tarafların birden fazla işyeri bulunması halinde hangi işyerinin dikkate alınacağıdır. Bu ihtimal 12. maddede düzenlenmiştir. Buna göre taraflardan birinin birden fazla işyeri varsa, Prensiplerin amacı doğrultusunda, sözleşmenin yapıldığı anda, sözleşme ile en sıkı ilişkili olan işyeri dikkate alınacaktır. Bu halde tarafların esas işyerleri farklı ülkelerde bulunsun bile, aralarındaki sözleşme ilişkisi ile en sıkı ilişkili işyerleri aynı ülkede ise

⁴³ "Milletlerarası sözleşme" kavramı hakkında bkz. Lâle AYHAN İZMİRLİ, *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Adalet, Ankara, 2017, 42 vd.

⁴⁴ GIRSBERGER/COHEN, 318, dn.8. Prensiplerin yorumunda da, aynı ülke içinde farklı hukuklara sahip bölgelerarası ihtilâflarda milletlerarası unsurun bulunmadığı kabul edilmiştir. Bkz. Commentary, 1.22, 33.

⁴⁵ SYMEONIDES (*Hague*), 7.

‘milletlerarası’ olma şartı gerçekleşmemiş sayılacak ve Prensiplerin uygulama alanına girmeyecektir⁴⁶.

Sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıdığı kabulü için öngörülen ikinci kriter ise ilişkinin ilgili diğer unsurlarının birden fazla ülke ile irtibatlı olmasıdır. Başka bir deyişle bir sözleşmenin Prensiplerin uygulama alanına girebilmesi için ilişki, milletlerarası unsur içermelidir. Milletlerarası unsurun tespiti için kesin kriterler vermek mümkün değildir. Somut olayın özelliğine göre bu unsurun varlığı tespit edilecektir⁴⁷. Sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, tarafların işyeri gibi unsurlar birden fazla ülkeyi işaret etmelidir⁴⁸. Bununla birlikte salt yabancı bir ülke hukukunun seçilmesi sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandırmayacaktır. Madde 1/2’de ‘hukuk seçimi dışında’ birden fazla ülke ile irtibatlı olması arandığı için, ilişkinin tüm unsurlarının tek bir ülkeyi ilgilendirmesi halinde, tarafların yabancı bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırarak sözleşmeye ‘milletlerarası’ nitelik kazandırmayacağı kabul edilmiştir⁴⁹. Buna göre tarafların işyerleri aynı ülkede olsa dahi sözleşmenin yabancı bir ülkede yapılması, sözleşmenin ifa yerinin yabancı bir ülke olması, tarafların farklı ülke vatandaşı olması ve benzeri durumlarda sözleşmenin milletlerarası unsur taşıdığı kabul edilecektir⁵⁰. Bununla birlikte sözleşme müzakerelerinin yabancı bir ülkede gerçekleştirilmesi veya sözleşmenin yabancı bir dilde kaleme alınması gibi hallerde, şayet ilişki diğer unsurları itibarıyla tek bir ülkeyi ilgilendiriyorsa, salt bunların varlığı sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıdığı kabulü için yeterli olmayacaktır⁵¹.

⁴⁶ Prensiplerin yorumunda şu örnek verilmiştir;

“(Esas işyeri X ülkesinde bulunan fakat madde 12 anlamında sözleşme ile en sıkı ilişkili işyeri Y ülkesinde bulunan) A, Y ülkesindeki işyeri aracılığıyla, esas işyeri X ülkesinde bulunan B ile bir sözleşme imzalıyor. Taraflar, farklı ülkelerde bulunan işyerleri ile ilişkiyi yönettikleri için (A için Y ülkesi ve B için X ülkesi) sözleşme milletlerarası olarak kabul edilir ve Prensiplerin uygulama alanına girer.” Bkz. Commentary, Illustration 1-2, 32.

⁴⁷ Prensiplerin yorumunda da ‘milletlerarası’ niteliğin tespitinin olay bazında değerlendirileceği açıkça belirtilmiştir. Bkz. Commentary, 1.19, 32.

⁴⁸ Commentary, 1.18, 32.

⁴⁹ Aynı şekilde, ilişki diğer unsurları itibarıyla tek bir ülke ile irtibatlı iken yabancı bir hukukun seçilmesi yanında sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklarda yabancı bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi halinde dahi milletlerarası unsur taşıdığı kabul edilmeyecektir. Bkz. Commentary, 1.21, 33.

⁵⁰ STAMATIADIS, 264.

⁵¹ Commentary, 1.19, 32.

2. Ticarî Sözleşme

Milletlerarası alanda bir sözleşmenin 'ticarî' nitelikte olduğunun kabulü için iki farklı durum dikkate alınmaktadır. Bir işin ticarî nitelik kazanması ya tarafların 'tacir' sıfatına bağlı olarak ortaya çıkmakta yahut yapılan işin 'ticarî nitelikte' olması gerektiği kabul edilmektedir⁵².

Her ne kadar Prensiplerin başlığında 'ticarî sözleşme' kavramı kullanılmış ise de, metinde 'ticarî' terimi açıkça kullanılmamıştır⁵³. Bunun yerine sözleşme taraflarının ticaretini veya mesleğini yerine getirirken yapılan sözleşmelere bu Prensiplerin uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre bir sözleşmenin Prensiplerin uygulama alanına girebilmesi için, sözleşmenin yalnızca bir tarafının değil, iki tarafının da ticareti veya mesleği gereği yaptığı bir sözleşme olmalıdır⁵⁴. Bazı ülkelerde sadece bir tarafın tacir sıfatına sahip olmasının sözleşmeye ticarî nitelik kazandırmak için yeterli olduğu düşünüldüğünde bu hüküm önem kazanmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte burada tarafların sahip olduğu statüden ziyade, sözleşmenin niteliğine bakılarak 'ticaretin veya mesleğinin gereği' yapılan bir sözleşme olup olmadığı değerlendirilecektir⁵⁶. Başka bir deyişle tarafların salt 'tacir' sıfatına sahip olması, sözleşmenin ticarî nitelikte olduğunun kabulü için yeterli değildir.

Prensiplerin en önemli amaçlarından birisi milletlerarası sözleşmelerde irade muhtariyetinin geliştirilmesi olmakla birlikte, bu amacın sadece ticarî sözleşmelerle sınırlanması, irade muhtariyetinin bir tarafın aleyhine olacak şekilde suiistimal edilmesini önlemeye yöneliktir⁵⁷.

⁵² Giuditta CORDERO-MOSS, *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, UK, 2014, 2; Sibel ÖZEL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008, 19.

⁵³ GIRSBERGER/COHEN, 319.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. GIRSBERGER/COHEN, 319; SYMEONIDES (*Hague*), 9-10.

⁵⁵ SYMEONIDES (*Hague*), 9-10.

⁵⁶ Benzer şekilde Girsberger ve Cohen de sözleşmenin, tarafların ticareti veya mesleğinin gereği olup olmadığının, sözleşme şartlarının değerlendirilmesiyle ortaya konulacağını belirtmektedir. Bkz. GIRSBERGER/COHEN, 319. Prensiplerin yorumunda da, Prensipler metninde özellikle 'ticarî sözleşme' kavramı yerine 'ticaretini veya mesleğini yerine getirirken' kurulan sözleşmeler ifadesinin kullanıldığını, böylece tarafların tacir sıfatından bağımsız olarak tacir, zanaatkar, üretici gibi kişiler yanında avukatlar, mimarlar gibi kişilerin de bu kavrama dâhil edildiğinin netleştirildiği ifade edilmiştir. Bkz. Commentary, 1.7, 30.

⁵⁷ Commentary, I.10, 30.

B. UYGULAMA ALANI DIŞINDAKİ HALLER

Prensiplerin hangi hallerde uygulanmayacağı m.1 ve m.3'te tespit edilmiştir. Birinci maddede açıkça tüketici ve iş sözleşmeleri, Prensiplerin kapsamı dışında bırakılmış; üçüncü madde de ise Prensiplerin uygulama alanı dışındaki konular altı başlık halinde sınırlı sayıda olmak üzere sayılmıştır⁵⁸. Özellikle üçüncü maddede sayılan durumların sözleşmesel nitelikte olup olmadığı konusunda uzlaşma yoktur⁵⁹. Bu halde belirtilen konular hakkında uygulanacak hukuk, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilecektir. Aşağıda sayılan haller dışında sözleşme ile ilgili tüm konularda taraflarca seçilen hukuk uygulanacaktır. Bununla birlikte belirtilen istisnaların doğrudan sözleşme statüsüne tâbi tutulması prensip olarak kabul edilmemekle birlikte, bazı hallerde sözleşme statüsünün uygulanmasına da engel teşkil etmemektedir⁶⁰. Bu hallerde belirtilen istisnaların tümünün veya yalnızca bir kısmının sözleşme statüsü dışında tutulması uygulayıcının inisiyatifine bırakılmıştır⁶¹.

1. Tüketici Sözleşmeleri ve İş Sözleşmeleri

Prensipler, taraflardan birinin müzakere gücünün, sözleşmenin diğer tarafına nazaran daha zayıf olduğu belirli tipteki sözleşmeleri kapsam dışı bırakmıştır⁶². Zira tarafların bağımsızlığı ve seçimin serbestçe yapılması prensiplerin temel unsurudur⁶³. Oysa bu tür sosyal içerikli sözleşme ilişkilerinde tarafların güçlerinin eşit olduğunu söylemek zordur⁶⁴. Bu nedenle güçlü taraf, sözleşmenin zayıf tarafına sözleşmenin bazı hükümlerini dayatabilmektedir.

⁵⁸ Bazı yazarlar kapsam dışı olarak sayılan bu hallerin bir kısmının, en azından bazı ülkelerde sözleşme hukukunun kapsamında bulunmadığı için gereksiz olarak görülebileceğini, buna rağmen sözleşmenin kapsamının belirlenmesine yardımcı olduğunu belirtmektedir. Bkz. GIRSBERGER/COHEN, 320. Bazı yazarlar ise kapsam dışı hallerin bir liste şeklinde tespit edilmesinin bağlayıcı olan milletlerarası anlaşmalarda sıkça karşılaşılan ve gerekli olan bir husus olduğunu, buna karşılık bağlayıcılığı bulunmayan esnek hukuk araçlarında bu yöntemin elzem olmadığını vurgulamaktadır. Bkz. BASEDOW, 313.

⁵⁹ STAMATIADIS, 265.

⁶⁰ Commentary, 1.24, 33.

⁶¹ STAMATIADIS, 265.

⁶² LHUILIER, 104.

⁶³ STAMATIADIS, 264-265.

⁶⁴ Bu tür sözleşmelerde taraflar arasında eşitliğin olmaması nedeniyle devlet eliyle de zayıf tarafı koruyucu düzenlemeler getirilmiştir. Bkz. Gözde MURTAZ, "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari

Prensiplerin ilk maddesinde, iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmelerine uygulanmayacağı açık olarak belirtilmiştir. Buna göre sözleşme taraflarından birisinin bir mal veya hizmeti özel amaçla satın alan veya tüketen nihaî kullanıcı olması halinde yapılacak hukuk seçimine Prensipler uygulanmayacaktır. Aynı şekilde taraflar arasında iş ilişkisi bulunması ve iş sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca tespit edilmesi halinde de Prensipler uygulanmaz. Hükmün amacı birçok ülke hukukunda tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinde zayıf taraf olan tüketici veya işçiyi korucuyu nitelikte hükümler bulunması ve sözleşme özgürlüğünün zayıf taraf aleyhine olacak şekilde suiistimal edilmesini önlemek için tarafların bu nitelikteki kuralları iradeleri ile bertaraf edememeleridir⁶⁵.

2. Gerçek Kişilerin Ehliyeti

Prensiplerde ehliyet, hukuk seçiminin kapsamı dışında tutulmuştur (m.1/3-a). Bir sözleşmenin ortaya çıkabilmesi için her şeyden önce tarafların sözleşme yapma ehliyetinin bulunması gerekir. Dolayısıyla bir sözleşmenin geçerli biçimde kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde kişinin ehliyeti ön sorun olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple gerçek kişilerin ehliyeti sözleşmeye ilişkin bir husus gibi görünmekle birlikte, birçok ülkede kişinin şahsi statüsüne tâbidir. Aynı şekilde birçok milletlerarası anlaşmada da bu husus sözleşme statüsünün kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁶.

3. Tahkim Sözleşmesi ve Yetkili Mahkemeye İlişkin Sözleşmeler

Prensipler tahkim veya yetkili mahkeme şartına veya sözleşmesine uygulanmayacaktır (m.1/3-b). Zira bu tür sözleşmeler birçok ülkede usule ilişkin kabul edilmekte ve *lex fori* veya *lex arbitri* tarafından yönetilmektedir⁶⁷. Ülke

Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında"), Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Nisan 2018, S: 157-202, 187.

⁶⁵ Commentary, 1.10, 30.

⁶⁶ STAMATIADIS, 269; Symeon C. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014, 130. Özellikle Kıta Avrupası hukuklarında ehliyet sözleşme statüsünün kapsamı dışında kabul edilerek şahsî statüye tâbi tutulmuştur. Bkz. Peter NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999, 125; Gülören TEKİNALP / Ayfer UYANIK, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 53; ÇELİKEL/ERDEM, 401.

⁶⁷ GIRSBERGER/COHEN, 320; BASEDOW, 312; Commentary, 1.26, 34.

hukuklarındaki bu tür farklılıklar dikkate alınarak tahkim ve yetki sözleşmeleri Prensiplerin kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁸.

4. Şirketler veya Diğer Kolektif Kuruluşlar ve Tröstler

Şirketler, diğer kolektif kuruluşlar ve tröstlere Prensipler uygulanmayacaktır (m.1/3-c). Buna göre sayılan organizasyonların kuruluşu, iç organizasyonu ve yönetimine ilişkin konularda uygulanacak hukuk Prensiplerin kapsamı dışındadır⁶⁹. Bu hüküm tüzel kişiliğe sahip bu organizasyonları kapsadığı gibi, tüzel kişiliğe sahip olmayan organizasyonları da kapsamaktadır⁷⁰.

5. İflâs

Birçok ülkenin iflâs hukukunda ülkesellik prensibi kabul edilmektedir⁷¹. Prensiplerde de bu yaklaşıma uygun düşecek şekilde iflâsa uygulanacak hukuk kapsam dışında tutulmuştur (m.1/3-d). Madde de kullanılan ‘iflâs’ ibaresi tasfiye, tasfiye memurunun müflis adına sözleşme yapma ehliyeti, yeniden yapılandırma ve buna benzer konuları da içine alacak şekilde değerlendirilmiş ve bu konular Prensiplerin kapsamı dışında tutulmuştur⁷².

⁶⁸ Bu yaklaşım bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Eleştirinin temel gerekçesi şu şekilde ortaya konulabilir: İlk olarak hakemler, bir tahkim yargılamasında karar verdiklerinde, verdikleri kararın ileride bir ülke mahkemesinde incelemeye tâbi tutulup tutulmayacağını bilemezler. Ancak belirli şartlar altında bu mümkün olabilmektedir ve hakem heyetinin verdiği karar bir ülke mahkemesinde ele alınacak olduğunda mahkemeler ilk olarak tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını incelemektedir. Zira hakemlere verilen yetki, temelinde geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanmaktadır. Tahkim anlaşmalarının Prensiplerin kapsamını dışında bırakılmasını eleştirenler tam da bu noktada, tahkim anlaşmasının geçerliliğini tespit eden hukukun, tarafların seçtiği hukuk olabildiği hallerde tahkim anlaşmasının Prensipler dışında tutulmasının mantıklı olmayacağını ileri sürmektedir. Bkz. BASEDOW, 312-313.

⁶⁹ GIRSBERGER/COHEN, 320; Commentary, 1.28, 1.29, 34.

⁷⁰ Commentary, 1.27, 34.

⁷¹ İflâs konusunda ülkesellik prensibi, iflâsın hukukî etkilerinin sadece iflâsın açıldığı ülkenin hâkimiyet alanı ile sınırlı olmasını ifade etmektedir. Birçok ülkede iflâs hukuku alanında ülkesellik prensibinin kabul edilmesi, yabancı bir ülkede alınan iflâs kararının ülkede neredeyse hiç bir hukukî etki ortaya çıkarmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum ise tüm alacaklılar karşısında borçlunun tüm varlığının cebri icraya konu edilmesini hedefleyen bir cebri icra yolu olan iflâsın amacıyla ters düşmektedir. Bkz. NOMER (*Devletler*), 598-599. İflâsa uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gülin GÜNGÖR, *Milletlerarası Özel Hukukta İflas*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997; Ali YEŞİLİRMAK, *Uluslararası Hukukta İflas*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, 200 vd.

⁷² GIRSBERGER/COHEN, 321; Commentary, 1.30, 34-35.

6. Sözleşmelerin Mülkiyetle İlgili Etkileri

Sözleşmenin mülkiyet konusundaki etkileri de Prensiplerin kapsamı dışında tutulmuştur (m.1/3-e). Prensipler taraflar arasındaki karşılıklı hak ve borçlara uygulanacak hukuku kapsamına almakla birlikte, bu hak ve borçların aynı etkilerini kapsam dışı tutmuştur. Taşınır veya taşınmaz mülkiyetinin sözleşmenin yapılması ile karşı tarafa intikal edip etmeyeceği, sözleşmenin eşya üzerinde bir teminat hakkı verip vermediği, devralanın hakları gibi konularda uygulanacak hukuka ilişkin kurallar Prensipler kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zira bu konular sözleşme hukukundan ziyade eşya hukuku alanında kabul edilmektedir⁷³. Başka bir deyişle milletlerarası özel hukukta taahhüt işlemleri ile tasarruf işlemleri birbirinden ayrılarak taahhüt işlemi sözleşme statüsüne, aynı hak değişikliği doğuran tasarruf işlemi aynı hak statüsüne tâbi olacaktır⁷⁴.

7. Temsilcinin Yaptığı İşlemlerin Üçüncü Kişilere Karşı Temsil Edileni Bağlayıp Bağlamayacağı

Temsil ilişkisi hususunda ülkelerin gerek kanunlar ihtilâfi kuralları, gerek maddî hukuk kuralları arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır⁷⁵. Bu nedenle Prensipler temsilci ve temsil olunan arasındaki (iç ilişki) sözleşmeleri kapsamına almakla birlikte, üçüncü kişi ile temsil olunan arasındaki ilişki (dış ilişki) uygulama alanı dışında tutulmuştur (m.1/3-f).

V. PRENSİPLERDE İRADE MUHTARİYETİ

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti, tarafların aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku seçebilmeleri iktidarını ifade etmektedir⁷⁶. Modern sözleşme hukukunun temel esaslarından olan⁷⁷ bu serbesti, sözleşme

⁷³ GIRSBERGER/COHEN, 321.

⁷⁴ DOĞAN (*Milletlerarası*), 384.

⁷⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU, “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil*”, BATİDER, C. XXVIII, Sa.1, Yıl 2012.

⁷⁶ Mariell KOPPENOL-LAFORCE / Daan DOKTER / Gerard J. MEIJER / Frank G.M. SME-ELE, *International Contracts: Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*, Sweet&Maxwell, London, 1996, 141; NYGH, 1; SYMEONIDES (*Codifying*), 110-111; Commentary, I.3, 23.

⁷⁷ PERTEGÁS/MARSHALL, 976; John SWAN, "Choice of Law in Contracts", Canadian Business Law Journal, Vol.13, 1991, S: 213-238, 213.

özgürlüğü kapsamında mütalaa edilmekte⁷⁸ ve birçok ülkede sözleşme hukuku alanında kabul edilmektedir⁷⁹. İrade muhtariyeti tarafların kendileri için en uygun olduğunu düşündükleri hukukun uygulanmasını sağladığı gibi, belirlilik ve öngörülebilirlik de sağlamaktadır⁸⁰. Taraflar böyle bir seçim yapmadığı takdirde ise uygulanacak hukuk, taraflar arasındaki ilişkiyi belirli bir ülke ve onun hukuk sistemine bağlayan unsurlar dikkate alınarak tespit edilmektedir⁸¹. Ancak hukuk düzenlerinde taraflar arasındaki ilişkiyi bir ülke ile bağlantılı hale getiren unsurların neler olduğu konusunda yeknesak bir yaklaşım bulunmadığı gibi, mahkemelerin bu konudaki uygulamaları farklılık gösterebildiğinden uygulanacak hukuk konusunda öngörülemezlik yaratmaktadır⁸². Bu çerçevede, tarafların kendilerine tanınan hukuk seçme imkânını kullanarak aralarındaki işlem ve ilişkiye en uygun hukuku seçmeleri öngörülebilirlik sağlamak ve milletlerarası nitelikli ilişkilerde ortaya çıkabilecek riskleri asgarî düzeye indirerek genellikle tarafların menfaatine hizmet etmektedir⁸³. Zira kanunlar ihtilâfının esas amaçlarından birisi de öngörülebilirliği sağlamaktır⁸⁴.

⁷⁸ SYMEONIDES (*Codifying*), 111.

⁷⁹ DOĞAN (*Milletlerarası*), 398; ÇELİKEL/ERDEM, 379; TEKİNALP/UYANIK, 275; NOMER (*Devletler*), 319 dn.154; SYMEONIDES (*Codifying*), 114; BORTOLOTTI, 43; NYGH, 1; CORDERO-MOSS, 135; Ingeborg SCHWENZER / Pascal HACHEM / Christopher KEE, *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012, 52; María Mercedes ALBORNOZ / Nuria Gonzáles MARTÍN, "Towards the Uniform Application of Party Autonomy for Choice of Law in International Commercial Contracts", *Journal of Private International Law*, Vol.12, No.3, 2016, S: 437-465, 437. Her ne kadar birçok ülkede belirli şartların varlığı halinde tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku seçebileceği kabul edilse de, bazı Ortadoğu ve Latin Amerika ülkelerinde irade muhtariyeti henüz kabul görmemektedir. Başka bir ifadeyle az sayıda da olsa, irade muhtariyetini tanımayan hukuk düzenleri bulunmaktadır. Bkz. BASEDOW, 304 dn.2.; SYMEONIDES (*Hague*), 4; MARSHALL, 176 ve dn.2. Brezilya, Bolivya, Kolombiya gibi bazı ülkelerde tarafların yalnızca tahkimde uygulanacak hukuku seçebileceği kabul edilmektedir. İrade muhtariyetini tanımayan veya yalnızca tahkimde bu muhtariyeti tanıyan ülkeler genellikle sözleşme ile coğrafi bağlantıyı dikkate alarak uygulanacak hukuku tespit eden geleneksel milletlerarası özel hukuk kurallarını tercih etmektedir. Bkz. MARSHALL, 176 ve dn.3.

⁸⁰ SWAN, 213; Commentary, 1.3, 23.

⁸¹ SWAN, 214; SAUMIER (*Hague*), 2.

⁸² SAUMIER (*Hague*), 2.

⁸³ SAUMIER (*Hague*), 2. Benzer yönde, Andreas SCHWARTZE, "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective", *University of St. Thomas Journal* Vol.12:1, 2015, S: 87-99, 89; NYGH, 56-57.

⁸⁴ SCHWARTZE, 96.

Prensiplerin ana unsuru irade muhtariyetidir⁸⁵. Prensipler m.2'de milletlerarası ticarî sözleşmelerde uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği kabul edilmiştir. Prensiplerin temelini oluşturan bu hüküm hukuk seçiminde taraf iradesini dikkate alan klasik yaklaşımı yansıtmakta⁸⁶ ve milletlerarası sözleşmelerde uzun zamandır evrensel düzeyde kabul gören⁸⁷ irade muhtariyeti prensibine vurgu yapmaktadır. Elbette bu muhtariyet, her durumda geçerli olmayıp, Lahey Prensiplerinin içeriğini hukukuna aktarmış olan ülke hukuklarında söz konusudur⁸⁸. İrade muhtariyeti istisnalar dışında⁸⁹ hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde belirli sınırlamalar çerçevesinde kabul edilmekle birlikte, bu sınırlamalar konusunda yeknesaklık bulunmamaktadır⁹⁰.

A. HUKUK SEÇİMİ

Prensipler anasyonel kuralların uygulanması imkânı vermesi nedeniyle benzer birçok metinden farklı özelliktedir. Aşağıda, Prensipler çerçevesinde hukuk seçiminin hangi kapsamda yapılabileceği ve anasyonel kuralların seçilmesi üzerinde durulmuştur.

1. Sınırsız Hukuk Seçimi

Hukuk seçiminin hangi sınırlar çerçevesinde yapılacağı ülke hukuklarında farklı şekilde düzenlenmektedir. İrade muhtariyetini kabul eden ülkelerin ekseriyetinde, bu muhtariyet yalnızca 'milletlerarası' sözleşmeler için kabul edilmiştir⁹¹. Bazı ülkelerde tarafların, aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın seçebileceği kabul edilirken,⁹² bazı ülkelerde seçilen hukukla sözleşme ilişkisi arasında makul bir bağ-

⁸⁵ DOUGLAS/LOADSMAN, 6.

⁸⁶ MARSHALL, 184.

⁸⁷ STAMATIADIS, 265; SAUMIER (*Hague*), 1; SYMEONIDES (*Codifying*), 114.

⁸⁸ Andrew DICKINSON, "Oiling the Machine: Overriding Mandatory Provisions and Public Policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", *Unif L. Rev.*, Vol. 22, 2017, S: 402-421, 411.

⁸⁹ Bkz. Dipnot 79.

⁹⁰ STAMATIADIS, 270; SAUMIER (*Hague*), 2. Benzer yönde SCHWARTZE, 88; MARS-HALL, 176.

⁹¹ SYMEONIDES (*Codifying*), 116.

⁹² Türk hukukunda da MÖHUK m. 24'e göre taraflar, diledikleri ülke hukukunun aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmasını kararlaştırabilirler. Doktrinde hâkim görüşe göre bu hüküm, sınırsız hukuk seçimine cevaz vermekte ve taraflara olay veya ilişki ile bağlantısı olmayan herhangi bir ülke hukukunu seçme imkânı sağlamaktadır. Buna karşılık azınlıkta ka-

lantı olması aranmaktadır⁹³. Prensiplere göre ise taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir bağlantı bulunmasına gerek yoktur (m.2/4). Taraflar herhangi bir ülke hukukunun sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırabilirler. Böylece taraflar, olay veya ilişki ile hiç bir bağlantısı bulunmayan tarafsız bir hukukun uygulanmasını veya aralarındaki işlem türüne daha uygun düşecek bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir⁹⁴. Bu yaklaşım, güncel gelişmelere uygun olduğu gibi⁹⁵, tarafların kendi menfaatlerini en iyi tespit edecek kişiler olmasından hareketle taraf menfaatini de ön planda tutmaktadır. Zira taraflar genellikle, aralarındaki hukukî ilişki açısından en yeterli hukukun hangisi olacağını en iyi bilecek kişilerdir⁹⁶.

2. Anasyonel Kuralların Seçilmesi

Modern milletlerarası özel hukuk kuralları tarafların, aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu seçebilmelerine imkan vermektedir⁹⁷. Bununla birlikte bir ülkede pozitif olarak yürürlükte olmayan kuralların seçilmesi, kanunlar ihtilâfi anlamında bir seçim olarak kabul edilmeyip, bu nitelikteki kuralları aktarım yoluyla sözleşme hükmü haline getirdikleri genellikle kabul edilmektedir⁹⁸.

lan bir diğer yaklaşım ise seçilen hukuk ile olay veya ilişki arasında makul bir bağlantı bulunması gerektiğini savunmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 403-404; DOĞAN (*Akreditif*), 139-140; ÇELİKEL/ERDEM, 394 vd; TEKİNALP/UYANIK, 278; NOMER (*Devletler*), 319 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 281; BAYATA CANYAŞ, 60 vd.; DEMİRKOL, 145.

⁹³ SYMEONIDES (*Hague*), 8; PERTEGÁS/MARSHALL, 979; NYGH, 55 vd.; Genevieve SAUMIER, "Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution", 17 Unif. L. Rev., 2012, S: 533-547, 535. Örneğin, Amerikan hukukunda genel eğilim, sözleşme ile seçilen hukuk arasında makul bağlantı aramaktadır. Bkz. SCHWENZER/HACHEM/KEE, 54; PERTEGÁS/MARSHALL, 988-989. Nitekim *Uniform Commercial Code'da* (UCC) bu eğilime uygun olarak tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmesi için seçilen hukuk ile sözleşme ilişkisi arasında makul bağlantı bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. UCC m.1-301.

⁹⁴ SCHWARTZE, 93; PERTEGÁS/MARSHALL, 988; DOUGLAS/LOADSMAN, 6.

⁹⁵ Commentary, 2.14, 39; PERTEGÁS/MARSHALL, 988.

⁹⁶ SCHWARTZE, 93.

⁹⁷ SAUMIER (*Hague*), 26. Benzer yönde bkz. MARSHALL, 176-177.

⁹⁸ Türk hukukunda da aynı yaklaşım hâkimdir. MÖHUK'a göre taraflar aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu seçebilme imkânına sahiptir. Bununla birlikte doktrinde, bir ülke hukuku niteliğinde olmayan kurallara atıf yapılması halinde, bu atıf hukuk seçimi olarak kabul edilmeyip, sadece aktarım olarak kabul edilerek söz konusu

Prensiplere göre taraflar diledikleri bir ülke hukukunu seçebilecekleri gibi, herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kuralları da seçebileceklerdir. Buna göre taraflar ulusal, bölgesel veya milletlerarası kuralların uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Ancak bir devlet hukuku niteliğinde olmayan kuralların hukuk seçimi olarak kabul edilmesi için, hâkimin hukukunda böyle bir seçime izin verilmiş olması gerekir (m.3). Prensiplerde yer alan bu kural, bir devlet hukuku dışında herhangi bir kurallar dizisine atıf yapılması halinde, yapılan bu atfın hukuk seçimi değil, aktarım (*incorporation*) yoluyla sözleşmenin bir parçası haline getirildiğini kabul eden yaklaşımı değiştirmektedir. Prensiplerde uygulanacak hukuk olarak herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kurallar dizisine atıf yapılması halinde bu atfın aktarım değil, hukuk seçimi olarak kabul edileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁹⁹. Bu hüküm ile irade muhtariyetinin kapsamı da genişletilmiştir¹⁰⁰.

a. Genel Olarak Anasyonel Hukuk Kurallarının Seçilmesi

Prensiplerde hukuk kurallarının seçilebileceği belirtilirken hukuk kuralları (*rules of law*) ifadesi kullanılmıştır (m. 3). Ancak hukuk kuralları kavramının tam olarak tanımlanmasının mümkün olmaması nedeniyle ve yapılacak bir sınırlama irade muhtariyetini sınırlama anlamına gelebileceği için kavram tanımlanmamıştır¹⁰¹. Esasen Prensiplerde kullanılan bu ifade tartışmalara neden olmaktadır. Zira ‘hukuk’ (*law*) kavramı tek başına kullanıldığında bir devlet hukukunu ifade ederken, ‘hukuk kuralları’ (*rules of law*) kavramı ise kaynağını tahkim düzenlemeleri veya *lex mercatoriada* bulan daha geniş ve liberal bir

kuralların sözleşmenin bir parçası haline getirildiği kabul edilmektedir. Bu halde seçilen kurallar ancak uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanabilmektedir. Bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 404-406; DOĞAN (*Akreditif*), 147 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, 397-398; NOMER (*Devletler*), 320; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 279-280; BAYATA CANYAŞ, 63-64; OBA, 309; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB Yıl 30, Sayı: 1-2, 2010, S: 27-88, 37. Benzer yönde bkz. TEKİNALP/UYANIK, 280.

⁹⁹ Benzer yönde bkz. Lauro Jr. GAMA / Genevieve SAUMIER, “*Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*”, El Derecho Internacional Privado en los Procesos de Integración Regional, Eds: Diego P. FERNANDEZ ARROYO / Juan Jose OBANDO PERALTA, December 2011, S: 41-66, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971302 (4.5.2020), 50-51; SAUMIER (*Hague*), 14.

¹⁰⁰ PERTEGÁS/MARSHALL, 996. Benzer yönde bkz. SAUMIER (*UNIDROIT*), 542.

¹⁰¹ SAUMIER (*Hague*), 11-12.

kavram olarak görülmektedir¹⁰². Bazı yazarlar, 'hukuk kuralları' denildiğinde yasama sürecinden geçirilen kuralların anlaşıldığını vurgulayarak, madde başlığında kullanılan 'hukuk kuralları' ifadesinin doğru olmadığını belirtmektedir¹⁰³. Bazı yazarlar ise 'hukuk kuralları' ifadesinin geleneksel olarak millî olmayan kuralları ifade etmek için kullanıldığını belirtmektedir¹⁰⁴. Bazı yazarlar ise 'hukuk' ifadesinin bir devlet hukukunu belirtirken, 'hukuk kuralları' ifadesinin 'hukuk' ifadesinin ötesinde daha geniş bir anlama sahip olduğunu belirtmektedir¹⁰⁵. Bize göre 'hukuk kuralları' denildiğinde hem bir devlet hukuku, hem de bir devlet hukuku olarak nitelenmeyen kuralların anlaşılması gerekir. Buna karşılık 3. maddenin ifadesinden, madde başlığındaki 'hukuk kuralları' ifadesi bir devlet hukukunu ifade etmediği, herhangi bir ülkede pozitif geçerliliği olmayan kurallara işaret ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Prensiplerin yorumunda da 'rules of law' ifadesinin, bir devlet kaynağından ortaya çıkmayan kuralları ifade ettiği teyit edilmiştir¹⁰⁶. Bu tür kurallar genellikle milletlerarası ticarî teamülleri de yansıtan kurallardır¹⁰⁷ ve (UNIDROIT veya UNCITRAL gibi) hükümetler arası veya (ASHP'yi hazırlayan Lando komisyonu gibi) akademik yahut (Milletlerarası Ticaret Odası gibi) belirli bir sektörün temsilcileri tarafından hazırlanabilmektedir¹⁰⁸.

Prensiplerin 3. maddesi esasında prensiplerin en çok tartışılan maddelerinden birisidir. Prensiplerin hazırlık çalışmaları sırasında, söz konusu hüküm 'muğlak' nitelikte olduğu ve anasyonel hukuk kurallarına başvurulması halinde

¹⁰² H. Akif KARACA, "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri Madde 3", Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler Sempozyumu, 11 Ekim 2018, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, S: 113-138, 121. Hatta bazı yazarlar 'hukuk kuralları' ifadesinin devlet dışı kuralları ifade ettiğini savunmaktadır. Bkz. Peter MANKOWSKI, "Article of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?", Unif. L. Rev. Vol.22, 2017, S: 369-394, 375.

¹⁰³ SYMEONIDES (*Hague*), 21; SYMEONIDES (*Codifying*), 141-142.

¹⁰⁴ MICHAELS, 2.

¹⁰⁵ MANKOWSKI, 369-370.

¹⁰⁶ Commentary, 3.1, 40. Buna karşılık bazı yazarlara göre, 'hukuk kuralları' ifadesi ülkelerin tahkim mevzuatı, model kanunlar, özel kurumsal tahkim kuralları da dâhil olmak üzere tahkim kaynaklarından doğmuştur. Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 996. Bu yaklaşım, kaynağını devletten alan tahkim mevzuatını da bu kavram kapsamında görmektedir.

¹⁰⁷ Aksi yöndeki görüş için bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 21; SYMEONIDES (*Codifying*), 142. SYMEONIDES'e göre bu tür kurallar yargısal bir karar olmadığı gibi, 'teamül' olarak da nitelenemeyecektir. Oysa kanaatimizece, milletlerarası ticarete genel olarak kabul edildiği ve uygulandığı ölçüde, bu kuralların milletlerarası ticarî teamül olarak kabul edilmesi gerekir.

¹⁰⁸ MICHAELS, 14; SYMEONIDES (*Hague*), 21-22; SYMEONIDES (*Codifying*), 142.

–özellikle *lex mercatoria*¹⁰⁹ gibi kodifiye edilmemiş veya derlenmemiş içeriği belirsiz terimlerle yapılan atıflarda- söz konusu hukuk kurallarının içeriğinin tespitinin güç olabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹⁰. Buna bağlı olarak, uyumsuzluğun çözümünde zaman kaybı ortaya çıkabileceği ve uyumsuzluğun çözümünün daha karmaşık hale gelebileceği de ifade edilmektedir¹¹¹. Bütün bu kaygı ve eleştirilere rağmen, prensiplerin irade muhtariyetini desteklemek ve geliştirmek amacıyla ortaya konulması ve bu muhtariyetin hukuk seçimini içermesine vurgu yapılarak anasyonel hukuk kurallarını seçebilme imkânı korunmuştur¹¹². Bu yöndeki eleştiriler özellikle tarafların tahkimde ticarî açıdan daha uygun olabileceği düşünülen anasyonel kurallardan faydalanma imkânı varken, millî mahkemelerde bu faydadan mahrum bırakılmamaları düşüncesine dayanmaktadır¹¹³. Ayrıca prensiplerde, anasyonel kuralların seçiminin kabul edilmemesinin, hukuk seçimine ilişkin prensipler konusunda uyumlaştırılmış, yeknesak bir hukukun geliştirilmesi ile çelişki yaratacağı da belirtilmektedir¹¹⁴. Bunun yanında irade muhtariyeti prensibi milletlerarası özel hukukun temel prensiplerinden kabul edilmesine rağmen, tarafların bu serbestisine sadece bir 'ülke' hukukunu seçme yönünde sınırlama getirilmesi de eleştirilmektedir¹¹⁵. Gerçekten de tahkimde taraflar veya hakemler, anasyonel hukuk kurallarını seçebilme imkânına sahipken, millî mahkemelerde anasyonel kurallara yapılan bu tür bir atıf hukuk seçimi olarak kabul edilmemektedir¹¹⁶. Bu nedenle anasyonel kuralların seçilmesi tahkim yargılaması için bir farklılık yaratmamakla bir-

¹⁰⁹ *Lex mercatoria* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tolga AYOĞLU, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011; Arzu OĞUZ, *Lex Mercatoria*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

¹¹⁰ GIRSBERGER/COHEN, 326.

¹¹¹ PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹¹² PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹¹³ SAUMIER (*UNIDROIT*), 546; GIRSBERGER/COHEN, 327.

¹¹⁴ Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹¹⁵ KALASHYAN, 1911.

¹¹⁶ STAMATIADIS, 267; SAUMIER (*Hague*), 3-4; PERTEGÁS/MARSHALL, 996-997; MARSHALL, 176-177; OBA, 307 vd.; Commentary, 3.14, 42. Örneğin Japonya ve İsviçre hukukunda yer alan kanunlar ihtilâfi kurallarında bir devlet hukuku olmayan kuralların seçilmesi mahkemelerde kabul görmemektedir. Bkz. SCHWARTZE, 94. Aynı yaklaşım Türk hukukunda da mevcuttur. Doktrinde hâkim olan görüşe göre MÖHUK'ta öngörülen hukuk seçimi, yalnızca bir devlet hukukunun seçimine cevaz vermektedir. Bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 405-406; ÇELİKEL/ERDEM, 397-398; NOMER (*Devletler*), 320; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞANMEŞE, 279; BAYATA CANYAŞ, 62-65; DEMİRKOL, 145.

likte, millî mahkemeler açısından önemli bir yenilik ortaya koymaktadır¹¹⁷. Zira hemen hemen tüm millî hukuk sistemlerinde, millî olmayan kurallara atıfta bulunulması halinde, bu atfın bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyeceği, sadece aktarım yoluyla sözleşme hükmü haline getirilen bu kuralların uygulanacak hukukun izin verdiği sınırlar içinde uygulanabileceği kabul edilmektedir¹¹⁸. Anasyonel kuralların uygulanmasının kabul edilmesinin ilk gerekçesi kaynağı bir devlet olmaksızın bağımsızlığı sağlamak amacıyla özel hukukun 'özel' karakterine uygun olarak gerçek anlamda 'özel'leştirilmesi, ikinci olarak ise uygulamada milletlerarası sözleşmelerde özellikle devletin emredici kurallarından kaçınmak istenmesi olarak açıklanmaktadır¹¹⁹.

b. Anasyonel Kuralların Seçimine İlişkin Sınırlamalar

Prensipier seçilebilecek anasyonel kurallara birkaç açıdan sınırlama getirilmiştir. Bu tür kuralların uygulanabilmesi için 'uluslararası, uluslararası veya bölgesel düzeyde genel olarak tarafsız ve dengeli kabul edilen' kurallar olması gerekmektedir (m.3). Aşağıda kısaca bu unsurlar üzerinde durulacaktır.

aa. Bir Kurallar Dizisinin Seçilmesi

Seçilen anasyonel kuralların bir 'kurallar dizisi' (*set of rules*) olması gerekmektedir. Bu halde *lex mercatoriya* veya milletlerarası ticarî teamüllere atıfta bulunulması halinde bunların bir kurallar dizisi olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce 'kurallar dizisi' ifadesi ile belirli bir sistematik çerçevede bir araya getirilmiş kurallar kast edilmektedir. Bu kritere göre seçilen kuralların geniş kapsamlı olması gerekmemeyle birlikte, asgarî derecede içeriği belirli ve çözüm üretebilecek genişlikte olmalıdır¹²⁰. Dar kapsamlı olsa dahi belli bir konuya yönelik düzenleme içermelidir. Başka bir deyişle milletlerarası alanda genel olarak sözleşmelere ilişkin problemlere çözüm üretebilecek kâbiliyette olmalıdır¹²¹.

¹¹⁷ Benzer yönde bkz. MICHAELS, 2; PERTEGÁS/MARSHALL, 996-997.

¹¹⁸ MICHAELS, 2; OBA, 307.

¹¹⁹ MICHAELS, 2.

¹²⁰ STAMATIADIS, 268; SAUMIER (*Hague*), 17. SYMEONIDES ise bu kriterin geniş kapsamlı ve bütüncül nitelikte kurallara işaret ettiğini belirtmektedir. Bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 23.

¹²¹ Commentary, 3.10, 41.

Bu halde münferit 'ticarî teamüller'in de dışarıda bırakıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira ticarî teamüller, sözleşme ilişkisine dair basit konuları tek başına çözebilecek kapsamda olmadığı için bu şartı karşılamamaktadır¹²². Milletlerarası ticarî teamüller milletlerarası ticaret açısından oldukça önemli olmasına rağmen, genellikle uyumsuzluğa uygulanacak kuralların izin verdiği çerçevede uygulanması söz konusu olmaktadır¹²³. Buna göre dağınık kuralların seçimi dışlandığı gibi, münferit kuralların seçimi de dışlanmıştır¹²⁴. Bu ifade ile *lex mercatoriana*nın seçilmesi de önlenmiştir¹²⁵. Benzer şekilde şer'i hukukun seçimi de dışlanmıştır¹²⁶. Böylece bu gibi hallerde uygulanacak kuralların içeriğinin tespitinde karşılaşılabilecek güçlükler bertaraf edilmiştir. Bazı yazarlar ticarî teamüller konusunda prensiplerin sessiz kaldığını ve ticarî teamüllerin dikkate alınıp alınmayacağını seçilen hukuka veya kurallara bırakıldığını belirtmektedir¹²⁷.

Kurallar dizisi denildiğine göre taraflar, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)¹²⁸ veya Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensiplerinin aralarındaki uyumsuzluğa uygulanmasını kararlaştırabilirler ve böylesi bir seçim geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilir¹²⁹. Nitekim Prensiplerin yorumunda da bu husus belirtilmiştir¹³⁰.

¹²² STAMATIADIS, 269. Nitekim prensiplerin yorumunda, ticarî teamüller konusunda sessiz kaldığı açıkça belirtilmiştir. Yorumda, ticarî teamüllerin, tarafların hakları ve yükümlülükleri üzerindeki etkisinin seçilen hukuk veya uyumsuzluğa uygulanan diğer kurallarda genellikle ele alındığı belirtilerek, UNIDROIT, CISG, UNCITRAL Model Kanun'da yer alan ticarî teamüllerle ilgili maddelere atıf yapılmıştır. Bkz. Commentary, 3.13, 42.

¹²³ MANKOWSKI, 384.

¹²⁴ STAMATIADIS, 268. Benzer yönde bkz. SAUMIER (*Hague*), 17.

¹²⁵ SAUMIER (*Hague*), 17; MANKOWSKI, 381. Bununla birlikte *lex mercatoria*, şeri hukuk gibi bir hukuk seçimine imkân verebileceği belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. DOUGLAS/LOADSMAN, 9; KARACA, 128.

¹²⁶ Benzer şekilde Mankowski de şer'i hukukun tarafsızlık, bütüncül şekilde erişilebilirlik ve genel olarak kabul görme özelliklerinin bulunmaması sebebiyle, Prensipler açıkça bu hususa ele almamış olmasına rağmen de seçilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. MANKOWSKI, 382-383.

¹²⁷ SAUMIER (*Hague*), 17. Benzer yönde bkz. DOUGLAS/LOADSMAN, 9.

¹²⁸ Türkiye 2010 yılında Anlaşmaya katılmıştır. Bkz. 7.5.2010 tarih ve 27545 sayılı Resmî Gazete.

¹²⁹ MARSHALL, 180.

¹³⁰ Commentary 3.5-3.6, 40-41.

Ticarî teamüller söz konusu olduğunda da bir kurallar dizisi bulunup bulunmadığı üzerinde durulması gerekir. Bazı yazarlar, belirli bir sektöre ait düzenlemelerin bu şartı sağlamayacağını belirtmektedir¹³¹. Biz bu yaklaşıma katılmamaktayız. Kanaatimizce taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasından sonra bu tür bir sınırlama yapılması, tanınan muhtariyetin inkârı anlamına gelecektir. Dolayısıyla taraflara bu imkânı tanıdıktan sonra, diğer şartlar da varsa ve taraflar arasındaki ilişki belirli bir sektöre ait kuralların uygulanmasına elverişli ise bu seçim geçerli kabul edilmelidir. Bize göre belli bir sistematik çerçevesinde düzenlenen ve yayınlanan kurallar olması kaydıyla, belirli bir sektöre ait kuralların 'kurallar dizisi' olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim bu tür kurallar genellikle o sektöre ait teamüllerden ortaya çıkmakta ve mahkemelerce de bir başvuru kaynağı olarak dikkate alınmaktadır.

Buna karşılık standart terimlerin seçilmesi halinde bunun bir hukuk seçimi olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre tek bir *Incoterm*'in¹³² kullanılması halinde de 'bir kurallar dizisi' söz konusu olmadığı için, tek bir *Incoterm*'in kullanılması bu kriteri sağlamamaktadır¹³³. Kanaatimizce *Incoterms* kapsamına giren tek bir terim kullanılması halinde dahi, aslında *Incoterms*'e yapılan bu atıf bir kurallar dizisine yapılan atıf olarak kabul edilmelidir¹³⁴. Zira tek bir *Incoterms* terimi kullanılsa bile, kullanılan terim esasen *Incoterms* olarak bilinen kurallar kapsamında mütalaa edildiğinden, bu kuralların tümüne açıkça atıf yapılmış olmasına gerek yoktur.

Bu bağlamda belirli bir ilişkiyi tüm yönleriyle ele almasa dahi, ilişkinin bazı yönlerini asgari düzeyde ve tereddüde mahal bırakmayacak şekilde düzenleyen kurallar, bir kurallar dizisi olarak kabul edilebilir.

¹³¹ KARACA, 127; MANKOWSKI, 378.

¹³² Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından, milletlerarası ticarete kullanılan terimlere bir standart sağlamak amacıyla ilk olarak 1936 yılında *Incoterms* olarak adlandırılan bir dizi kural ortaya konmuş ve bu kurallar milletlerarası ticaretteki güncel gelişmelere bağlı olarak zaman zaman yenilenmiştir. *Incoterms* kurallarının en güncel versiyonu 2020 yılında yayınlanmıştır. Kurallar milletlerarası ticarete taşıma ve teslim şekillerini ele almakta ve bu konuları düzenlemektedir. Hâlihazırda milletlerarası mal satımlarının önemli kısmında bu kurallar uygulanmaktadır. Ancak kuralların herhangi bir devlet tarafından oluşturulmaması ve pozitif geçerliliği bulunmaması nedeniyle bir sözleşmeye uygulanabilmesi için tarafların bu kurallara atıfta bulunması gereklidir. *Incoterms* hakkında bkz. <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/> (31.08.2020).

¹³³ Bkz. SAUMIER (*Hague*), 17.

¹³⁴ Aksi yöndeki görüş için bkz. KARACA, 127.

bb. Kuralların Tarafsız ve Dengeli Olması

Seçilen kuralların genel olarak tarafsız ve dengeli kurallar olarak görülmesi anasyonel hukuk kurallarının seçilmesinin bir diğer şartı olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda tarafsız ve dengeli olma hali kuralların içeriğine yönelik olmayıp, şekline ve kuralların kaynağına yönelik bir kriterdir¹³⁵.

Kuralların dengeli olması, eşit pazarlık gücüne sahip olmayan taraflar arasındaki dengenin korunması olarak anlaşılmalıdır¹³⁶. Başka bir deyişle bu kriter, söz konusu kuralların, ilişkinin yalnızca bir tarafına fayda sağlamamasını ifade etmektedir¹³⁷. Bu hüküm ile eşit pazarlık gücüne sahip olmayan taraflar arasında âdil sonuçlar ortaya çıkarmayacak olan kuralların uygulanması önlenmek istenmiştir¹³⁸. Bu kriterin sağlanması için seçilen kurallar, tarafların hakları ve borçları arasındaki dengeyi gözeten nitelikte olmalıdır¹³⁹.

Kuralların tarafsız olmasından kasıt ise taraflardan birisine üstünlük tanımaması, her iki tarafa da eşit mesafede duran kurallar olmasıdır. Tarafsızlık kriteri, mahkemeleri ve hakem heyetlerini, kuralların nereden doğduğunu dikkate almaya yönelmektedir¹⁴⁰. Nitekim kuralların yorumunda da farklı hukukî, politik ve ekonomik bakış açılarına sahip tarafsız organizasyonlara işaret edilmiştir¹⁴¹. Bu şart, belli bir bölgede veya sektörde diğer tarafın aleyhine olarak sadece bir tarafa avantaj sağlayan kuralların seçilmesine engel olmaktadır. Böyle bir halde milletlerarası organizasyonlarca hazırlanan bağlayıcı olmayan esnek hukuk araçları bu şartı karşılayabilecektir¹⁴².

Bununla birlikte kuralların dengeli olduğunun ne şekilde değerlendirileceğinin belli olmaması¹⁴³, tarafların sözleşme hükümlerini sadece bir tarafın lehine serbestçe düzenleme imkânı varken veya seçilen hukukun bir devlet hu-

¹³⁵ STAMATIADIS, 269. Benzer yönde bkz. MARSHALL, 184-185; MANKOWSKI, 376.

¹³⁶ PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹³⁷ MARSHALL, 185.

¹³⁸ PERTEGÁS/MARSHALL, 997.

¹³⁹ KARACA, 126.

¹⁴⁰ SAUMIER (*Hague*), 16.

¹⁴¹ Commentary, 3.11, 41.

¹⁴² GIRSBERGER/COHEN, 329.

¹⁴³ MANKOWSKI, 376.

kuku olması halinde bu şart aranmazken, seçtikleri anasyonel kuralların dengeli olması ile seçime sınırlama getirmesi eleştirilmektedir¹⁴⁴.

cc. Genel Olarak Kabul Edilen Kurallardan Olması

Tarafların bir devlet hukuku dışında bir kurallar dizisini seçmeleri halinde, bu seçimin geçerli kabul edilebilmesi için, seçilen kuralların 'genel olarak kabul edilen' hukuk kuralları olması gerekmektedir. Bu hüküm ile tarafların, içeriği muğlak veya belirsiz kuralları seçmeleri önlenmek istenmiştir¹⁴⁵.

Bununla birlikte, kurallar dizisi seçiminin geçerliliği için öngörülen bu şartın bizzat kendisi özünde muğlaktır¹⁴⁶. İlk olarak kimin veya kimlerin kabulünün geçerli olacağı ve hangi oranda kabul gördüğü ile bunların neye göre tespit edileceği belirsizdir¹⁴⁷. Örneğin UNIDROIT ve ASHP gibi bu kapsamda potansiyel olarak uygulanması söz konusu olabilecek kurallarda dahi, 'genel kabul'ün nasıl ortaya konulacağı soru işareti yaratabilir¹⁴⁸. Prensiplerin yorumunda tek bir devletin kabul etmesinin bu şartı yerine getirmede yeterli olmadığı belirtilmiştir¹⁴⁹. Böylesi bir hüküm tahkim yargılamasında kullanışlı olma imkânı taşımasına rağmen, millî mahkemeler açısından bu değerlendirmeyi yapmak güçtür. Özellikle 'genel olarak kabul edilme' kriteri mahkemelerce yerine getirecekse, hükmün millî mahkemelerde uygulanması imkânsızlaşacaktır. Zira millî mahkemelerde anasyonel hukuk kurallarının hukuk seçimi olarak değerlendirilmesi kabul edilmediğinden 'genel olarak kabul edilen' kural olma şartı gerçekleşmeyecek ve buna rağmen bu şartın aranması, anasyonel kuralların uygulanmasını imkânsız kılan bir kısır döngü oluşturacaktır¹⁵⁰. İkinci olarak millî mahkemelerde seçilen bir ülke hukuku için 'genel kabul görme' şartı aran-

¹⁴⁴ MICHAELS, 16; GIRSBERGER/COHEN, 329.

¹⁴⁵ PERTEGÁS/MARSHALL, 997-998.

¹⁴⁶ Aynı yönde bkz. MICHAELS, 17; STAMATIADIS, 268.

¹⁴⁷ MICHAELS, 17.

¹⁴⁸ STAMATIADIS, 268. Bazı yazarlar UNCITRAL ve UNIDROIT gibi hükümetler arası organizasyonlar tarafından hazırlanan kuralların 'genel kabul görme' şartını sağladığını belirtirken, Avrupa'nın öne çıkan akademisyenleri tarafından hazırlanan Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri (ASHP) gibi kuralların bu şartı sağladığının kabulünün güç olduğunu belirtmektedir. Bkz. KARACA, 125-126.

¹⁴⁹ Commentary, 3.4, 40.

¹⁵⁰ STAMATIADIS, 268; MANKOWSKI, 375.

mazken, anasyonel kurallarda bu şartın aranması da haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁵¹

dd. Milletlerarası, Milletlerüstü veya Bölgesel Düzeydeki Kurallar Olması

Yukarıda bahsedilen ‘genel kabul’ün milletlerarası, milletlerüstü veya bölgesel düzeyde gerçekleşmesi anasyonel kuralların seçilmesi için bir diğer şart olarak öngörülmüştür. Bu şartın aslında geniş anlamda kabul edilen şekilde anlaşılması gerekir.¹⁵²

ee. Hâkimin Hukukunda Anasyonel Kuralların Seçiminin Kabul Ediliyor Olması

Son olarak ise anasyonel hukuk kurallarının uygulanabilmesi için bu tür kuralların seçimine, davayı görmekte olan hâkimin hukukunda da izin verilmiş olması gerekir. Bu hüküm tahkim yargılaması için değil millî mahkemeler için getirilmiş bir hükümdür.¹⁵³ Esasen bu son şarta prensipler yer vermese de zaten dikkate alınması gerekecekti. Zira Prensiplerin esnek hukuk aracı olması sebebiyle, bu tür esnek hukuk araçlarının uygulanmasına zaten hâkimin hukukunda müsaade ediliyor olması gerekir.¹⁵⁴ Bununla birlikte ortaya çıkabilecek muhtemel tartışmaların önüne geçmek için açıkça bu husus vurgulanmıştır.

c. Anasyonel Kuralların Seçilmesi Halinde Boşlukların Doldurulması

Yukarıda belirttiğimiz kriterler çerçevesinde UNIDROIT Prensipleri, ASHP ve ICC'nin sistematize edilmiş kurallarının uygulanması kanaatimizce mümkün olabilecek iken, münferit ticarî teamüller, *lex mercatoria* gibi kavramlara atıf yapılması halinde bunların tek başına uygulanma imkânı olmayacaktır. Bununla birlikte kriterleri karşılayan anasyonel kurallar dahi ticarî ilişkinin tüm yönlerini düzenlememektedir. Bu halde kriterleri karşılayan kuralların seçiminin kabul edildiği durumlarda sözleşme ilişkisine ilişkin diğer konularda boşlukların ne şekilde doldurulacağını tespit etmek gerekecektir.

¹⁵¹ KARACA, 125; MICHAELS, 17.

¹⁵² MICHAELS, 18.

¹⁵³ BASEDOW, 314.

¹⁵⁴ GIRSBERGER/COHEN, 327.

Anasyonel kuralların millî mahkemelerde kabul görmesinin önündeki en büyük engel, bu tür kuralların bir ülke hukukundaki gibi her konuya ilişkin kurallar içermemesidir. Bu tür kurallar genellikle belirli bir sektör veya belirli bir konuya ilişkin hükümler içermekte, hukukun tüm alanlarına dair kurallar içermemektedir¹⁵⁵. Prensiplerin yorumunda, böyle bir durum için tarafların boşlukları doldurmak amacıyla ek hukuk seçimi yapabileceği belirtilmiştir¹⁵⁶. Başka bir ifadeyle taraflar anasyonel kurallara atıfta buldukları takdirde, bu kuralların düzenlemediği alanlarda uygulanmak üzere ‘tamamlayıcı hukuk seçimi’ olarak ifade edebileceğimiz bir seçim de yapabilirler. Bazı yazarlar bu durumun anasyonel kuralların değerini azaltacağını belirtse de¹⁵⁷, buna katılmamız mümkün değildir. Zira bu halde tamamlayıcı hukuk seçimi sadece kuralların düzenlemediği alanlarda uygulanma kabiliyetine sahip olacak, bunun dışında tamamlayıcı seçimle yetkili kılınan hukuk bir devletin hukuku olsa dahi o hukukun emredici hükümleri, seçilen anasyonel kurallarla çatıştığı takdirde anasyonel kurallar uygulanacaktır. Bu halde tamamlayıcı hukuk seçimi imkânı, anasyonel kuralların boş bıraktığı konuların düzenlenmesini sağlayacağı için kanaatimizce hem taraf iradeleri ön planda tutulmuş olacak, hem de anasyonel kuralların kabul edilmesinin önündeki en büyük problem ortadan kalkmış olacaktır. Bu yönüyle söz konusu hüküm anasyonel kuralların seçilmesini desteklemektedir. Buna ek olarak, tarafların ek hukuk seçimi yapması halinde, taraflarca esasa uygulanmak üzere seçilen hukuk ile boşlukların doldurulmasında uygulanacak hukuk arasındaki ilişki ve hiyerarşinin açıkça belirtilmesi de yerinde olacaktır¹⁵⁸.

Öte yandan, ülkelerin hukuk düzenlerinde anasyonel kuralların seçimi, hukuk seçimi olarak kabul edilmemesine rağmen, prensiplerde anasyonel kuralların seçilmesinde ‘hâkimin hukukunda’ izin verilmesi şartı arandığı için bu hükmün pratikte uygulanma imkânı zayıftır. Zira birçok ülkenin kanunlar ihtilâfi kurallarında, seçilen hukukun 'bir devlet hukuku' olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁹. Gerçekten de normatif açıdan bir ülkenin kanunlar ihtilâfi ku-

¹⁵⁵ MICHAELS, 18; STAMATIADIS, 269.

¹⁵⁶ Commentary 3.15, 42.

¹⁵⁷ MICHAELS, 18.

¹⁵⁸ MARSHALL, 197.

¹⁵⁹ Bkz. V.A.2. ‘Anasyonel Kuralların Seçimi’.

rallarının izin vermediği bir seçime, esnek bir hukuk aracı olan Prensiplerle izin verilmesi ve bunların uygulanmasının sağlanması güçtür¹⁶⁰.

Son olarak esnek bir hukuk aracı olan Prensipler kullanılarak yine esnek bir hukuk aracı olan anasyonel kuralların seçilmesi halinde, bu iki kural grubu arasındaki hiyerarşinin incelenmesi gerekebilir. Örneğin taraflar, Lahey Prensipleri ile birlikte, maddî hukuk hükümleri içeren UNIDROIT Prensiplerinin¹⁶¹ aralarındaki ilişkiye uygulanmasını kabul ettiklerinde, Lahey Prensipleri iç hukuka aktarılmadığı sürece prensiplerin normatif bir etkisi olmayacağından, hangi esnek hukuk aracının diğerine önceliği olacağı veya bu araçların eşit güçte olduğu kabul edilirse hangisinin diğerini yöneteceği, kontrol edeceği veya ona geçerlilik sağlayacağı belirsizdir¹⁶².

Buna karşılık Lahey Prensipleri ile bir milletlerarası anlaşmanın seçilmesi halinde farklı bir sonuca varılabilir. Şayet hâkimin ülkesinin taraf olduğu (örneğin Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Viyana Satım Sözleşmesi (VSS)) gibi bir milletlerarası sözleşmenin uygulanması kabul edilirse, anlaşmanın prensiplere üstünlüğü kabul edilmelidir¹⁶³. Zira bir ülkenin milletlerarası bir anlaşmaya taraf olması hâlinde, söz konusu anlaşma artık o ülkenin pozitif hukukunun bir parçası olarak kabul edileceğinden, bu halde ilgili ülke açısından anlaşmanın anasyonel kural olarak nitelenmesi söz konusu olmaz.

3. Kısmî Hukuk Seçimi

Prensipler, tarafların kısmî hukuk seçimi yapmasına izin vermektedir (m. 2/2-b). Taraflara verilen bu serbesti sadece sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasına ilişkin olmayıp, uygulanacak hukukun içeriği anlamında da serbesti söz konusudur¹⁶⁴. Buna göre taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin yalnızca bir kısmına uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, sözleşmenin kalan kısmı için hukuk seçimi yapılmadığından objektif bağlama kurallarına

¹⁶⁰ Aynı yönde bkz. MARSHALL, 188.

¹⁶¹ Bkz. Dipnot 12.

¹⁶² MARSHALL, 190.

¹⁶³ Aynı yönde MARSHALL da tarafları Hague Prensiplerini kullanarak Viyana Satım Sözleşmesinin (VSS) uygulanmasını kararlaştırmaları halinde VSS'nin normatif olarak Hague prensiplerinden önce uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. MARSHALL, 190.

¹⁶⁴ MARSHALL, 202.

göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir¹⁶⁵. Taraflar seçilen hukukun sözleşmenin yalnızca bir kısmına uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi, sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Ancak kısmî hukuk seçimi yapıldığı takdirde elbette ekonomik ve hukukî bakımdan bölünebilir menfaatler söz konusu olmalıdır. Ayrıca sözleşmenin farklı kısımları için farklı hukukların uygulanması kararlaştırıldığı takdirde yapılan seçimlerin mantıksal olarak tutarlı olması gerekmektedir¹⁶⁶. Başka bir deyişle, tarafların seçtikleri hukuklar ile kısmî seçimin yapıldığı sözleşme bölümlerini açıkça tespit etmeleri gerekmektedir¹⁶⁷. Bunun yanında seçilen hukuk kuralları arasındaki çelişkili hükümlerin yol açabileceği problemlerin önüne geçmek amacıyla, bu kurallar arasındaki hiyerarşinin de açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır¹⁶⁸.

Bu hüküm teorik olarak özellikle uzun süren ve karmaşık yapıdaki sözleşme ilişkileri açısından faydalı bir hükümdür¹⁶⁹. Uygulamada bu imkân, belirli bir ülkede yapılması gereken işlerde, örneğin bir konuda devletin izninin alınması gerektiği konularda belli yükümlülüklerin ifasına ilişkin olarak yapılabilir¹⁷⁰. Belirtmek gerekir ki, birbiriyle çelişen hükümlerle karşılaşılması riski

¹⁶⁵ Benzer yönde bkz. STAMATIADIS, 266; PERTEGÁS/MARSHALL, 995; ÖZDEMİR KOCASAKAL, 41.

¹⁶⁶ PERTEGÁS/MARSHALL, 995.

¹⁶⁷ MURTAZ, 175.

¹⁶⁸ Benzer yönde bkz. MARSHALL, 197. Kısmî hukuk seçiminin ortaya çıkarabileceği problemler hakkında bkz. MARSHALL, 198-203.

¹⁶⁹ STAMATIADIS, 266. Bununla birlikte bazı yazarlar kısmî hukuk seçiminin çelişkili yorum ve uygulamalara yol açabilecek olması nedeniyle hukukî güvenliği tehdit edebilecek bir yöntem olduğunu belirtmektedir. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, 42. Benzer yaklaşım için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 278.

¹⁷⁰ Prensipilerin yorumunda çoklu hukuk seçimine ilişkin aşağıdaki örnekler verilmiştir:

‘Örnek 2-3: Alıcı ve satıcı (hedef şirket) D şirketinin kontrolüne ilişkin bir hisse alım sözleşmesi yapmışlardır. Üçüncü kişi olan C, sözleşmeye göre alıcının ödeme borcunu garanti etmiştir. Alıcı ve satıcı arasındaki sözleşme, fiyat tespiti amacıyla, hedef şirketin mali durum tablolarının hedef şirketin işyerinin bulunduğu X ülkesi hukukuna uygun olması şartını içermektedir. Sözleşme ayrıca alıcı ve satıcının hakları ve yükümlülüklerini Y ülkesi hukukuna tâbi tutmakta ve C'nin verdiği kişisel garantiyi alıcının işyerinin bulunduğu Z ülkesi hukukuna tâbi tutmaktadır. Bu halde X, Y ve Z hukukları sözleşme ilişkisinin farklı yönlerine hâkim olacaktır.

Örnek 2-4: Bir milletlerarası satış sözleşmesinde, taraflar açıkça sözleşmeye ilişkin tüm hususlara X ülkesi hukukunun uygulanacağını, ancak satıcının alması gereken gözetim ve denetim sertifikalarına ilişkin hususların malların varış noktası ülkelerin hukuklarına tâbi olacağını kararlaştırmışlardır. Bu halde, önceki örnekte olduğu gibi, sonuç olarak sözleşmeye birden fazla hukuk uygulanacaktır.’

sebebiyle uygulamada milletlerarası ticarî sözleşmelerde kısmî hukuk seçiminin tercih edilmesine çok nadiren rastlanmaktadır. Bununla birlikte birçok ülkenin kanunlar ihtilâfî kurallarında kısmî hukuk seçimi kabul edildiği gibi bir kısım milletlerarası düzenlemelerde de kabul edilmektedir¹⁷¹.

B. HUKUK SEÇİMİNİN ŞEKLİ

Taraflar hukuk seçimi anlaşmasını, asıl sözleşme içinde bir kloz veya ayrı bir sözleşme olarak düzenleyebilirler¹⁷². Hukuk sistemlerinde genellikle, hukuk seçimi anlaşması için belirli bir şekil şartı öngörülmemektedir¹⁷³. Prensiplerde de hukuk seçiminin şekline ilişkin bir sınırlama getirilmemiştir. Bu yaklaşım hem millî hukuklardaki düzenlemelerle paralellik göstermekte¹⁷⁴, hem de milletlerarası ticareti kolaylaştırıcı nitelik taşımaktadır¹⁷⁵. Hukuk seçimi anlaşmasının şekle tâbi olmamasının tek istisnası tarafların aksi yönde anlaşmış olmalarıdır. Başka bir deyişle taraflar hukuk seçimi anlaşmasının belli bir şekilde (örneğin yazılı) yapılacağını kararlaştırdıkları takdirde, artık seçimin geçerli olması için kararlaştırılan şekilde yapılması gerekir. Aksi halde seçim veya seçimin değiştirilmesi geçerli olmayacaktır. Bu husus özellikle milletlerarası ticarî sözleşmelerde sıkça karşımıza çıkan 'sözlü değişiklik yapmama maddesi'ni (*no oral modification clause*) akla getirmektedir. Milletlerarası nitelik taşıyan birçok sözleşmede, taraflar, sözleşmeye koydukları bu madde ile sözleşmede yapılacak değişikliklerin sözlü olarak yapılamayacağını kararlaştırmaktadırlar¹⁷⁶.

¹⁷¹ Quebec Medeni Kanunu (1994) 3. bölüm madde 3111, Rus Medeni Kanunu (2001) 3. bölüm 6. kısım madde 1210(4), Güney Kore Kanunlar İhtilafı Kanunu (2001) madde 25(2); Roma I Konvansiyonu madde 3(1); Mexico City Konvansiyonu madde 7. Bkz. NEELS, 778.

¹⁷² Commentary, I.6, 29.

¹⁷³ SYMEONIDES (*Hague*), 20; SYMEONIDES (*Codifying*), 120 vd.

¹⁷⁴ Türk hukukunda da hukuk seçimini taraflar açık veya örtülü olarak kararlaştırabilirler. Prensiplerin 4. maddesindeki bu düzenleme MÖHUK m. 24'te yer alan düzenlemeyle benzerlik göstermektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gözde MURTAZ, "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)", Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Nisan 2018, S: 157-202.

¹⁷⁵ STAMATIADIS, 270.

¹⁷⁶ Hukuk sistemlerinde milletlerarası ticarî sözleşmelerin yazılı olarak yapılması veya sözleşmede yapılacak değişikliklerin yazılı olarak yapılmasının bir zorunluluk olarak öngörülmesi sebebiyle, milletlerarası ticaret uygulamasında sıkça karşılaşılan bir sözleşme maddesi olarak ortaya çıkmıştır. Taraflar, aralarındaki sözleşmeye ekledikleri bu madde ile yapılacak değişikliklerin sadece yazılı biçimde yapılmasını şart koşturmaktadır. Bu gibi durumlarda yapı-

Taraflar, açıkça veya zımnen sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilirler. Açık hukuk seçiminde genellikle sıkıntı yaşanmamaktadır. Zımni seçimin yapılıp yapılmadığının nasıl tespit edileceği konusunda ise farklı yaklaşımlarla karşılaşılabilir. Bazı hukuk sistemlerinde zımni seçimin kabulünde sadece sözleşme hükümlerinden faydalanılabileceği kabul edilirken, bazı hukuk sistemlerinde hem sözleşme hükümleri hem de tarafların davranışlarından, bazılarında ise somut olayın şartlarından faydalanılabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁷. Ancak zımni seçim yapılıp yapılmadığının tespitinde sözleşme hükümlerinden hareket edilmesi ve halin şartlarının dikkate alınmasının önünde bir engel yoktur¹⁷⁸. Prensiplerin 4. maddesinde bu husus dikkate alınarak zımni seçimin tespiti için sözleşme hükümleri veya halin şartlarından hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Zımni seçimin kabul edilebilmesi için sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından, tarafların belli bir hukukun uygulanması yönünde ortak iradelerinin olduğu tespit edilebilmelidir¹⁷⁹. Başka bir deyişle zımni seçim yapıldığı kabul edebilmek için, tarafların belli bir ülke hukukunun uygulanması konusunda gerçek iradelerinin bulunması gerekir¹⁸⁰. Aksi halde zımni seçimden bahsedilemeyecektir.

Buna göre tarafların zımnen belirli bir ülke hukukunu seçtiklerini kabul edebilmek için taraflar arasındaki ilişkinin belirli bir ülke hukukuna işaret etmesi gerekir. Zımni hukuk seçiminin yapılıp yapılmadığı değerlendirilirken, sözleşmenin yapıldığı ülke, ifa yeri, sözleşmenin dili, belirli bir ülke parasının kullanılması, belirli bir hukuk düzenine ait terimlerin veya genel işlem şartlarının kullanılması, belirli bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi gibi kriterler dik-

lacak değişiklikler genellikle taraflar veya yetkili vekilleri tarafından imzalandığı takdirde geçerli olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AYHAN İZMİRLİ, 372-374.

¹⁷⁷ NEELS/FREDERICS, 106-107; SYMEONIDES (*Codifying*), 121.

¹⁷⁸ NEELS/FREDERICS, 107.

¹⁷⁹ Prensiplerin 4. maddesinde 'halin şartlarından' ifadesi kullanılmış, ancak bu ifade ile neyin kastedildiği belirtilmemiştir. Bununla birlikte tarafların davranışı ve sözleşme ile bağlantılı diğer unsurlar dikkate alınabilecektir. Bkz. MURTAZ, 163.

¹⁸⁰ GIRSBERGER/COHEN, 322-323. Zımni hukuk seçiminde tarafların gerçek iradelerinden kasıt, açık hukuk seçiminde olduğu gibi, hukuk seçimi konusunda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin bulunmasıdır. Tarafların hukuk seçimi konusunda iradeleri olmakla birlikte, bu yöndeki irade doğrudan açıklanmamıştır. Bkz. BAYATA CANYAŞ, 29; ÖZDEMİR KOCASAKAL, 43-44. Benzer yönde bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 402; NOMER (*Devletler*), 323; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 276-277; DEMİRKOL, 192; PERTEGAS/MARSHALL, 987.

kate alınabilir. Bu kriterlerin birden fazlası belirli bir ülke ile bağlantıyı sağladığı takdirde, o ülke hukuku lehine zımnen seçim yapıldığını kabul etme ihtimali de artacaktır. Bu yaklaşımla aynı zamanda farazî hukuk seçimi¹⁸¹ de dışlanmıştıdır.

Bununla birlikte 4. madde, bir mahkemeyi veya hakem heyetini yetkileyen bir anlaşmanın tek başına hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyeceğini açıkça belirtmiştir. Buna göre uygulanacak hukukun seçimi ile yetkili mahkemenin seçimi birbirinden tamamen bağımsızdır. Taraflar belli bir ülke mahkemesini, o ülkenin iç hukuku sebebiyle değil tarafsızlığı veya uzmanlığı sebebiyle seçmiş olabilirler¹⁸². Dolayısıyla sadece belirli bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi, o mahkemenin hukukunun seçildiği anlamına gelmeyecektir. Bununla birlikte olayın diğer unsurlarıyla birlikte değerlendirildiğinde bu sonuca ulaşılması da tamamen reddedilmemiştir. Başka bir deyişle yetki şartı, diğer unsurlarla desteklendiği takdirde zımni hukuk seçiminin kabulünde dikkate alınan faktörlerden birisi olabilecektir¹⁸³. Buna göre söz konusu yetki anlaşmasının hukuk seçimine delalet edebilmesi için, taraflar arasındaki ilişkinin diğer unsurları da aynı ülkeyi işaret etmelidir.

C. HUKUK SEÇİMİNİN ZAMANI

İrade muhtariyeti, tarafların hukuk seçimi istedikleri zaman yapabilme ve değiştirebilme özgürlüğünü de kapsamaktadır¹⁸⁴. Birçok ülkede üçüncü kişilerin haklarına hâle gelmemesi koşuluyla tarafların istedikleri zaman hukuk seçimi yapabileceği kabul edilmiştir¹⁸⁵. Prensipler hukuk seçiminin zamanına ilişkin herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Aynı şekilde hukuk seçiminde yapılacak değişiklikler konusunda da zaman sınırlaması yoktur. Taraflar, sözleşmenin

¹⁸¹ Farazî hukuk seçimi, tarafların farazî iradelerinden hareketle uygulanacak hukukun tespit edilmesidir. Başka bir ifadeyle uygulanacak hukuku tarafların kendi iradeleri ile açıkça veya zımnen tespit etmediği hallerde, tarafların seçtikleri varsayılan ülke hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlenmesidir. Bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 291; Sema ÇÖRTÖĞLU KOCA, "*Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*", FMR Cilt: 9, Sayı: 2009/3, S: 97-114, 103; İlyas ARSLAN, "*5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi*", MHB, Cilt: 33, Sayı: 2, S: 1-41, 14.

¹⁸² NEELS/FREDERICS, 107-108.

¹⁸³ NEELS, 780-781. Aynı yönde bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 987-989; GIRSBERGER/COHEN, 323; MURTAZ, 165; Commentary, 4.11, 45.

¹⁸⁴ Commentary, 2.10, 38.

¹⁸⁵ SYMEONIDES (*Codifying*), 122-123.

yapılmasından önce veya sonra aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilir veya değiştirebilirler. Hatta mahkeme safhasında dahi seçim yapılması veya değiştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte sözleşmenin kurulmasından sonra hukuk seçiminin yapılması veya değiştirilmesinin sözleşmenin şekli geçerliliğini veya üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyeceği açık olarak belirtilmiştir (m.2/3). Buna göre sonradan yapılan veya değiştirilen hukuk seçimi üçüncü kişilerin haklarını olumsuz etkilediği takdirde, bu kişiler açısından seçilen önceki hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir¹⁸⁶.

D. HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERLİLİĞİ

Hukuk seçiminin geçerliliği hakkında hukuk sistemlerinin yaklaşımını ikiye ayırmamız mümkündür. İlk yöntemde irade muhtariyetine yer verilmeksizin hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen hukuk, hukuk seçiminin geçerliliğini değerlendirmekte, ikinci yöntem ise doğrudan seçilen hukukun, hukuk seçiminin geçerliliği hakkında karar vermesini öngörmektedir¹⁸⁷. Prensiplerde ikinci yöntem kabul edilmiştir.

Taraflarca yapılan hukuk seçiminin geçerli olması için tarafların bu hukukî işlemi yapma yönünde iradelerinin bulunması, ehil olmaları ve işlemin şekli şartlarının yerine getirilmesi gerekir. Hukuk seçiminin şekli ile ilgili hususları önceki başlık altında ele aldığımız için burada, hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin diğer hususlar üzerinde durulacaktır.

İlk olarak prensiplerde ehliyetle ilişkin konular hukuk seçiminin kapsamı dışında tutulmuştur. Dolayısıyla tarafların hukuk seçimi anlaşması yapma ehliyeti, seçtikleri hukuka göre değil, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenecek hukuka göre tespit edilecektir. Türkiye gibi birçok ülkede de kişinin ehliyeti şahsi statüye tâbi tutulmuştur. İkinci olarak tarafların hukuk seçimi anlaşması yapma yönündeki iradelerinin varlığı ve geçerliliği konusunda ise seçilen hukuk ile tarafların işyeri hukukunu kombine eden bir düzenleme getirilmiştir¹⁸⁸.

¹⁸⁶ STAMATIADIS, 266.

¹⁸⁷ STAMATIADIS, 269; SYMEONIDES (*Hague*), 17-18; SYMEONIDES (*Codifying*), 123-124.

¹⁸⁸ SYMEONIDES (*Hague*), 18-19.

Prensipler, hukuk seçiminin geçerliliğine ilişkin problemleri 'çapraz bağlama' (*bootstrap*) prensibine göre çözmüştür¹⁸⁹. Buna göre tarafların hukuk seçimi anlaşması yapıp yapmadığı hakkında seçildiği iddia edilen hukuk uygulanır (m.6/1-a, m.9/1-e). Başka bir deyişle, yapılan hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı hakkında seçildiği iddia edilen hukuk karar verecektir (m.9/1-e). Seçildiği iddia edilen hukuk, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği yanında, geçersizliğin sonuçları hakkında da karar verecektir¹⁹⁰.

Prensiplerin 6. maddesinde ayrıca genel işlem şartlarının çatışması problemi ele alınmıştır. Milletlerarası ticarete bir tarafın, karşı tarafa kendi genel işlem şartlarını göndermesi, karşı tarafın da başka bir belge göndermek suretiyle karşılık vermesi ve böylece sözleşmenin kurulmuş kabul edilmesi oldukça yaygın bir uygulamadır¹⁹¹. Her bir taraf kendi menfaatini öncelediği için, tarafların birbirine gönderdikleri bu belgeler birçok halde çelişkili hükümler içerebilmekte ve söz konusu problem milletlerarası özel hukuk anlamında her iki belgede de hukuk seçiminin yer alması ve fakat bu seçimlerin birbiri ile çelişmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır¹⁹².

Genel işlem şartlarının çatışması konusunda ülke hukukları farklı yaklaşımlara sahip olup, millî hukuk sistemlerinin yaklaşımlarını en azından dört grupta toplamak mümkündür:

Hollanda hukuku gibi bazı hukuk düzenlerinde 'ilk atış kuralı' (*first shot rule*) olarak adlandırılan ilk hazırlanan belgedeki kuralın uygulanması kabul görürken, İngiliz, Çin ve Rus hukukları gibi bir kısım hukuk sisteminde ise 'son atış kuralı' (*last shot rule*) olarak adlandırılan son hazırlanan belgedeki kuralın veya sözleşme müzakerelerinde son atıf yapılan kuralın geçerli sayılması kabul görmekte, Fransız ve Alman hukukunun öncülük ettiği İsviçre, Avusturya, Polonya, Estonya, Litvanya ve Romanya hukuk sistemlerinde ise çatışan hükümlerin her ikisini de geçersiz sayan 'nakavt kuralı' (*knock out rule*), ABD hukukunda ise bu üç yöntemin karması olarak nitelenen hibrit sistem (*hybrid system*)

¹⁸⁹ MARSHALL, 203.

¹⁹⁰ GIRSBERGER/COHEN, 325; MARSHALL, 204-205.

¹⁹¹ YILMAZ, 483. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, tarafların birbirlerine gönderdikleri genel işlem şartları çatışıyor olsa dahi, tarafların edimlerin ifasına başlamaları nedeniyle, taraflar arasında bir sözleşmenin varlığına ilişkin ortak iradeye sahip olduklarının ve dolayısıyla (genel işlem şartlarının çatışmasına rağmen) taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabul edilmesi yönünde bir eğilim görülmektedir. Bkz. YILMAZ, 485-486.

¹⁹² YILMAZ, 483-484.

kabul edilmektedir¹⁹³. Bazı ülkelerde ise böyle bir durum için bir çözüm yolu öngörülmemiştir¹⁹⁴.

Prensiplerin 6. maddesinde, tarafların kendi genel işlem şartlarını karşı tarafa göndererek sözleşmeyi ortaya çıkarması ve gönderilen her iki belgede de hukuk seçimine ilişkin hüküm bulunması ve bunların birbiri ile çelişmesi halinde bu problemin çözümü oldukça âdil biçimde ele alınmıştır. Buna göre şayet her iki tarafın elindeki genel işlem şartı tek bir ülke hukukunu işaret ediyorsa veya çatışan belgelerden sadece birinde hukuk seçimi şartı yer alıyorsa, bu hukuk, hukuk seçimi yapılmış olup olmadığı hakkında karar verecektir¹⁹⁵. Buna karşılık genel işlem şartlarının her ikisinde de hukuk seçimine ilişkin hüküm bulunuyor, ancak bunlar birbiriyle çelişiyorsa hukuk seçiminin yapılmadığı kabul edilecektir. Aynı husus, ilgili hukuklardan en az birisinde nakavt kuralının kabul edilmesi halinde de geçerlidir¹⁹⁶. Bu hüküm, ülke hukuklarındaki farklı yaklaşımlardan kaynaklanan çatışmaya çözüm getirmeye çalışmıştır¹⁹⁷. Başka bir deyişle, taraflarca yetkili kılınan hukuklarda genel işlem şartlarının çatışması sorununa ilişkin farklı yöntemlerin kabul edilmiş olması veya bu hukuklardan en az birisinde nakavt kuralının kabul edilmiş olması halinde, tarafların genel işlem şartlarında yer verdiği her iki hukuk seçimi de devre dışı bırakılmıştır. Bu ihtimalde ise uygulanacak hukuk, hukuk seçimi yapılmaması halinde ne şekilde tespit ediliyorsa aynı şekilde tespit edilecektir¹⁹⁸. Prensiplerin 6. maddesinde ele alınan genel işlem şartlarının çatışmasına ilişkin öngörülen bu çözüm yenilikçi bir düzenleme olarak görülmektedir¹⁹⁹.

Bununla birlikte hukuk seçimine bir tarafın rızasının bulunup bulunmadığı hakkında, ilk fıkraya göre tespit edilen hukukun uygulanması âdil olmayacaksa, seçime, rızası söz konusu olan tarafın işyerinin bulunduğu ülke hukuku

¹⁹³ Genel işlem şartlarının çatışmasına ilişkin maddî hukuklardaki çözüm yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 992-993; Thomas Kadner GRAZIANO, "The Hague Solution on Choice of Law Clauses in Conflicting Standard Terms: Paving the Way to More Legal Certainty in International Commercial Transactions?", *Unif. L. Rev.*, Vol. 22, 2017, S: 351-368, 352 vd.; YILMAZ, 487-490; MARSHALL, 209-210.

¹⁹⁴ PERTEGÁS/MARSHALL, 993. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. YILMAZ, 486-493.

¹⁹⁵ Commentary, 6.13, 6.14, 6.15, 53-54.

¹⁹⁶ YILMAZ, 500-501.

¹⁹⁷ PERTEGÁS/MARSHALL, 993.

¹⁹⁸ YILMAZ, 500; GRAZIANO, 361.

¹⁹⁹ Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 979.

uygulanacaktır (m.6/2). Bu hüküm özellikle susmanın kabul anlamına gelip gelmediği gibi konularda uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan rızası bulunmadığını iddia eden tarafın işyeri hukuku yalnızca rıza hakkında karar verecek, diğer konularda seçildiği iddia edilen hukuk uygulanacaktır.

Tarafların seçtikleri hukukun, asıl sözleşmeyi geçersiz kılması az rastlanan bir durum değildir, zira birçok sözleşmede hukuk seçimi maddesi özensizce hazırlanmaktadır²⁰⁰. Prensipler böylesi bir ihtimali dikkate alarak hukuk seçiminin geçerliliği konusunda, milletlerarası özel hukuk doktrini ve uygulamasında hukuk seçimi ve asıl sözleşmeyi birbirinden ayıran ve geçerliliklerini birbirinden bağımsız olarak değerlendiren geleneksel yaklaşımı benimsemiştir²⁰¹. Buna göre yalnızca sözleşmenin geçersizliği temeline dayanan sebeplerle hukuk seçiminin geçersizliği ileri sürülemeyecektir (m.7). Bu kabul, uygulanacak hukukla ilgili Roma I ve diğer milletlerarası metinlerle de uyumludur²⁰². Bu hüküm hukuk seçimi anlaşmasının hem şeklen hem de esas bakımından asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır²⁰³. Birçok hukuk sisteminde hukuk seçimi anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsız nitelikte olduğu kabul edildiği gibi, Prensiplerde de bu husus vurgulanmış olmaktadır. Bu nedenle sözleşme geçersiz olsa dahi, hukuk seçimi anlaşması salt bu nedenle geçersiz kabul edilmeyecek, asıl sözleşmeden bağımsız olarak değerlendirilecektir. Bununla birlikte somut olayın özelliklerine göre asıl sözleşmenin geçersizliğinin, hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine sebep olması da ihtimal dâhilindedir. Zira madde de ‘yalnızca’ asıl sözleşmenin geçersizliği sebebiyle, hukuk seçimi anlaşmasının geçerli sayılmayacağı belirtilmiştir. Buna göre somut olaydaki diğer koşullarla bir arada değerlendirilerek aksi bir sonuca varılması da mümkün olabilecektir.

E. SEÇİLEN HUKUKUN KAPSAMI

Taraflarca seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri aralarındaki sözleşmeye uygulanacaktır. Prensipler atfi açıkça reddetmiştir. Başka bir deyişle taraflarca belirli bir hukukun aralarındaki sözleşmeye uygulanması kararlaştırıldığı takdirde bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmayacak, seçilen

²⁰⁰ SYMEONIDES (*Hague*), 6.

²⁰¹ Benzer yönde bkz. STAMATIADIS, 269.

²⁰² GIRSBERGER/COHEN, 324-325.

²⁰³ GIRSBERGER/COHEN, 324.

hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır (m.8). Bu hükümle, taraflar arasındaki ilişkinin, tarafların beklemedikleri bir hukuka tâbi kılınması önlenmek istenmiştir. Bununla birlikte taraflar bu hükmün aksini kararlaştırabilirler. Başka bir deyişle seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının da dikkate alınacağını kararlaştırmışlarsa, artık o hukukun doğrudan maddî hukuk hükümlerine müracaat etmeyip, kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmak gerekecektir.

Seçilen hukuk, çalışmanın başında belirttiğimiz konular dışında sözleşme ile ilgili tüm konularda uygulanacaktır. Bu hükümle, sözleşme ilişkisine dair tüm hususlarda uygulanacak hukukta yeknesaklık, başka bir ifadeyle statüde birlik sağlanması amaçlanmıştır²⁰⁴. Prensiplerde sözleşmenin yorumlanması, sözleşmeden doğan haklar ve borçlar, ifa ve zararın tespiti de dâhil ifa etmemenin sonuçları, borcun ıtfası, zamanaşımı ve hak düşürücü süre, sözleşmenin geçerliliği ve geçersizliğin sonuçları, ispat yükü ve kanuni karineler, sözleşme öncesi yükümlülükler gibi sözleşmeye ilişkin tüm hususlarda taraflarca seçilen hukukun uygulanacağı belirtilmiştir (m.9/1). Madde 9'da sayılan bu hususlar örnek kâbilinden belirtilmiştir. Başka bir deyişle maddede sayılan bu hususlarla sınırlı olmaksızın seçilen hukuk sözleşme ilişkisini tüm yönleriyle idare edecektir. Hukuk seçimi hakkında kabul edilen genel yaklaşıma uygun olarak seçilen hukuk, *culpa in contrahendodan* ifaya kadar tüm hususlarda uygulanacaktır. Söz konusu hallerin sözleşme statüsü içinde mütalaa edileceği açıkça kaleme alınmış ve bu hususların sözleşmesel nitelikte olduğu vurgulanarak, sayılan hususların vasıflandırılmasıyla ilgili doğabilecek problemlerin önüne geçilmiştir²⁰⁵.

Seçilen hukukun kapsamıyla ilgili göze çarpan önemli bir diğer özellik ise zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin, sözleşme statüsünün uygulama alanına dâhil edilmiş olmasıdır (m.9). Zamanaşımının, Kıta Avrupası hukuklarında esasa ilişkin olduğu kabul edilirken, Anglo-Amerikan hukuklarında genelde usule ilişkin olduğu kabul edilmektedir²⁰⁶. Hangi yaklaşımın kabul edildiğine bağlı olarak ise zamanaşımına uygulanacak hukuk farklılaşacaktır. Şayet esasa ilişkin olduğu kabul edilirse zamanaşımı sözleşme statüsüne tâbi olacak, usule ilişkin olduğu kabul edilirse hukuk sistemlerinde usule *lex forin*in hakim olmasından hareketle hâkimin hukuku uygulanacaktır. Prensiplerde Kıta Avrupası

²⁰⁴ Benzer yönde bkz. STAMATIADIS, 272.

²⁰⁵ STAMATIADIS, 272.

²⁰⁶ DOĞAN (*Milletlerarası*), 312; ÇELİKEL/ERDEM, 199; TEKİNALP/UYANIK, 116; NOMER (*Devletler*), 214; SYMEONIDES (*Hague*), 26.

yaklaşımı benimsenerek, zamanaşımının sözleşme statüsüne tâbi tutulması kabul edilmiştir. Bununla birlikte esasa ilişkin hususlar ile usule ilişkin hususlar her hukuk sisteminde birbirinden aynı şekilde ayrılmamaktadır. Özellikle esasa uygulanacak hukukta zamanaşımı süresinin çok uzun veya çok kısa olması gibi durumlarda, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir²⁰⁷. Bu nedenle bazı yazarlar, zamanaşımının *sui generis* karakterini kabul eden orta yollu bir çözüm benimsenmesinin daha uygun olacağını savunmakta ve tarafların hukuk seçiminde seçilen hukukun da zamanaşımına uygulanacağı açıkça belirtmedikleri sürece, otomatikman seçilen hukuka tâbi tutulmamasını önermektedir²⁰⁸. Milletlerarası ticaret uygulamasında hukuk seçimi anlaşmasının birçok detay düşünülmeden hazırlandığı dikkate alındığında bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira birçok ticarî sözleşmede taraflar, detayları düzenlemeksizin sadece aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku tespit etmekte ve bu tespiti yaparken genellikle sözleşme statüsünün uygulama alanına ilişkin detaylara yer vermemektedir. Dolayısıyla Prensiplerde bu ihtimale binaen, ortaya çıkabilecek olası tartışmaların önüne geçmek için zamanaşımının sözleşme statüsünün uygulama alanı içinde olduğunun açıkça düzenlenmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Zira taraflar zaten sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, aralarındaki ilişkiye dair birçok hususu düzenleyebilecekleri gibi, diledikleri takdirde bu hususu da farklı şekilde düzenleyebilirler.

Prensipler irade muhtariyetini açıkça taraflar arasındaki sözleşme sorumluluğu ile sınırlarken, sözleşme dışı sorumluluk hakkında yorum yapmamıştır. Bu halde taraflar arasındaki haksız fiil ilişkisine de seçilen hukukun uygulanması ihtimal dâhilinde olsa da, hukuk sistemlerinde sözleşme statüsünün haksız fiile uygulanması konusunda yeknesak bir yaklaşım olmadığından Prensiplerde bu husus sözleşme statüsünün kapsamı dışında bırakılmıştır²⁰⁹.

Prensipler özellikle sözleşmenin şekli geçerliliği konusunda oldukça esnek bir yaklaşım sergilemektedir. M. 9/2'de birçok hukuk sisteminde kabul edilen ve taraf iradesinin geçerliliğini sağlamaya çalışan '*favor validitatis*' prensibine sözleşmenin şekli geçerliliği hakkında yer verilmiştir²¹⁰. Buna göre asıl

²⁰⁷ Benzer yönde bkz. DOĞAN (*Milletlerarası*), 314-315; ÇELİKEL/ERDEM, 202; TEKİNALP/UYANIK, 118-119; NOMER (*Devletler*), 216; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 205; SYMEONIDES (*Hague*), 27.

²⁰⁸ SYMEONIDES (*Hague*), 27.

²⁰⁹ STAMATIADIS, 271.

²¹⁰ STAMATIADIS, 273.

sözleşmenin şekli geçerliliği, seçilen hukuka veya sözleşmeyi şeklen geçerli kabul eden objektif esaslara göre tespit edilen hukuka tâbi tutulabilir²¹¹.

F. SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMADIĞI HALLER

Hukuk sistemlerinde ve milletlerarası anlaşmalarda irade muhtariyetine sınırlama getiren en önemli hal hâkimin hukukunun kamu düzeni iken, buna ek olarak doğrudan uygulanan kurallardan doğan sınırlamalar da hukuk seçimini kısıtlamaktadır²¹².

Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni, irade muhtariyetine getirilen en önemli iki sınırlama olup²¹³, esasında birbirleriyle ilişkili kavramlardır²¹⁴. Her iki kavram da yabancı bir hukukun uygulanmasında, kanun koyucular açısından bir nevi emniyet valfi işlevi görmektedir²¹⁵. Bazı yazarlara göre bu istisnalar hukuk seçimi konusunda çok önemli bir kontrol mekanizması sağlamakta olup, bunların tanınmaması her ülke hukukunun kendine özgü karakteri ve kamu menfaati sebebiyle birçok hukuk sisteminde irade muhtariyetinin reddine neden olabilecektir²¹⁶. Bu yaklaşıma göre 11. madde aslında irade muhtariyetini zayıflatmamakta, bilakis desteklemektedir²¹⁷.

Prensiplerin 11. maddesi, 'Doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni' başlığı altında bu iki hususa ilişkin hükümler getirmiştir. Lahey Konferansı, geleneksel yaklaşımından farklı olarak²¹⁸ bu iki hususu tek bir maddede birlikte ele almıştır²¹⁹. Maddenin ilk fıkrasında hukuk seçiminin, mahkemenin bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına engel olmayacağı, ikinci fıkrasında ise forum ülkesinin başka bir ülke hukukunun doğrudan uygu-

²¹¹ STAMATIADIS, 270.

²¹² STAMATIADIS, 270; PERTEGÁS/MARSHALL, 992; KOPPENOL-LAFORCE vd., 138-139; ALBORNOZ/MARTÍN, 452. Farklı ülkelerin mevzuatlarında kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar hakkında bkz. SYMEONIDES (*Codifying*), 149 vd.

²¹³ GIRSBERGER/COHEN, 330; SYMEONIDES (*Hague*), 13; DICKINSON, 403. Benzer yönde bkz. LHUILIER, 105-106.

²¹⁴ PERTEGÁS/MARSHALL, 998.

²¹⁵ GIRSBERGER/COHEN, 330; STAMATIADIS, 271; Commentary, 11.8, 72.

²¹⁶ STAMATIADIS, 271. Benzer yönde bkz. DICKINSON, 410-411.

²¹⁷ DICKINSON, 410.

²¹⁸ PERTEGÁS/MARSHALL, 999.

²¹⁹ Maddenin son halini almasından önce yaşanan tartışmalar ve geçirdiği aşamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DICKINSON, 404 vd.

lanan kurallarını dikkate alabileceği belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada ise seçilen hukukun somut olaya uygulanmasının hâkimin kamu düzenine açıkça aykırılık taşıması halinde veya üçüncü bir ülkenin kamu düzenini ihlal etmesi halinde ilgili hükmün uygulanmasından vazgeçilebileceği ifade edilmiştir. Dördüncü fıkraya göre ise objektif bağlama kuralına göre yetkili hukukun kamu düzeninin dikkate alınıp alınmayacağına hâkimin hukukunun karar vereceği kabul edilmiştir. Her halükarda kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığını veya kamu düzenini ihlal edip etmediğini forum ülkesi hâkimi takdir edecektir²²⁰. Son fıkrada ise tahkim yargılamasında görev yapan hakemler için aynı husus vurgulanmıştır. Buna göre hakemler, esasa uygulanan hukuk dışındaki bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarını veya kamu düzenini uygulayabilecekler yahut sadece dikkate alabileceklerdir. Zira hakemlerin ilgili ülke hukuklarındaki bir kısım emredici kuralı dikkate almamaları halinde, verecekleri kararın icra edilemezliği söz konusu olabileceği gibi, iptali de gündeme gelebilecektir²²¹.

Maddede doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni birlikte düzenlenmiş olsa da, aşağıda seçilen hukukun uygulanmasını sınırlayan veya engel olan bu iki hal ayrı ayrı kısaca incelenecektir.

1. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

Prensiplerin 11. maddesinde, prensiplerin doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasına engel olmayacağı kabul edilmiştir. Prensiplerde doğrudan uygulanan kuralların bir tanımı yapılmamıştır²²². Doktrine göre doğrudan uygulanan kurallar, hâkimin hukuku veya üçüncü bir ülke hukukunun kamu menfaatinin korunması için esaslı önemi haiz pozitif düzenlemelerdir²²³. Başka bir deyişle

²²⁰ MARSHALL, 197. Buna karşılık bazı yazarlar maddenin ilk dört fıkrasına göre devlet mahkemelerinin kamu düzeni veya doğrudan uygulanan kuralları dikkate almasının zorunlu olduğunu, buna karşılık devlet mahkemelerinden farklı olarak tahkimde, hakemlere doğrudan uygulanan kuralları veya kamu düzenini dikkate alıp almama konusunda takdir hakkı tanındığını belirtmektedir. Bkz. PERTEGÁS/MARSHALL, 1001. Benzer yönde bkz. BASEDOW, 315.

²²¹ BASEDOW, 315; PERTEGÁS/MARSHALL, 1000-1001.

²²² Prensiplerde doğrudan uygulanan kurallar 'overriding mandatory rules' olarak ifade edilmiştir. İngilizce literatürde 'mandatory rules' ifadesi basit şekilde emredici kuralları ifade etmek için kullanılırken, 'overriding mandatory rules' terimi bir ülkenin politik, sosyal, ekonomik organizasyonu ile ilgili olan ve uygulanması gereken hukuktan bağımsız olarak uygulama alanına giren her duruma uygulanan kuralları ifade etmektedir. Bkz. SYMEONIDES, (*Hague*), 15.

²²³ PERTEGÁS/MARSHALL, 999; MARSHALL, 186.

bu tür kurallar doğrudan devletin kamu menfaatlerini koruyan, devletin ekonomik ve sosyal politikalarına hizmet eden kurallardır²²⁴. Bununla birlikte kamu menfaatini koruyan her tür emredici kural bu kapsamda değerlendirilmemekte, ait olduğu hukuk sisteminde ihlali mümkün olmayan değerleri koruma amacı taşıyan kurallar bu kapsamda mütalaa edilmektedir²²⁵.

Doğrudan uygulanan kurallar olarak adlandırılan bu tür kurallar, uygulama alanına giren hallerde, uygulanacak hukuktan bağımsız olarak uygulanırlar. Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olay veya ilişkinin yabancı unsur içerip içermediği dikkate alınmaksızın uygulanacaktır. Sözleşme ile sıkı ilişki bulunması halinde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alınabileceği Birçok ülke hukukunda kabul edilmiştir²²⁶. Bu gibi hallerde ‘sıkı ilişki’ bulunup bulunmadığı hâkimin hukukuna göre değerlendirilecektir. Prensipler de üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabileceğini belirtirken, bunun şartları belirlenmemiş, hangi şartlarda bu kuralların dikkate alınacağı hâkimin hukukuna bırakılmıştır.

2. KAMU DÜZENİ

Kamu düzeni, seçilen hukukun somut olayda uygulanması halinde, forum ülkesinin veya üçüncü bir ülkenin esaslı değerlerinin ihlali durumunda söz konusu olur²²⁷. Doğrudan uygulanan kurallarda olduğu gibi, Prensiplerde kamu düzeninin de bir tanımı yapılmamıştır. Kamu düzeni kavramının temel prensipler, temel değerler, sosyal yapının Anayasalarda teminat altına alınan temel ilkelere atıfta bulunduğu kabul edilmektedir²²⁸. Bununla birlikte kamu düzeni kavramı dar yorumlanması gereken bir istisnadır²²⁹. Bu istisnanın uygulanabilmesi için aykırılığın ‘açık’ olması gerekmektedir²³⁰.

²²⁴ DOĞAN (*Milletlerarası*), 276; ÇELİKEL/ERDEM, 155; TEKİNALP/UYANIK, 297-298; NOMER (*Devletler*), 185; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 314.

²²⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, 80.

²²⁶ SYMEONIDES, (*Hague*), 13.

²²⁷ PERTEGÁS/MARSHALL, 999.

²²⁸ GIRSBERGER/COHEN, 332.

²²⁹ KOPPENOL-LAFORCE vd., 139; GIRSBERGER/COHEN, 332. Benzer yönde bkz. STAMATIADIS, 271.

²³⁰ DOUGLAS/LOADSMAN, 22. Türk hukukunda da kamu düzeninin dar yorumlanması gereken istisnai nitelikte olduğu ve ancak açıkça aykırılık halinde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, 147 vd.;

Bazı yazarlar kamu düzenini ilgilendiren ne tür durumlarda seçilen hukukun uygulanmasının engelleneceğinin belirsiz olduğunu ifade etmiştir²³¹. Buna göre maddenin ifadesindeki belirsizlik durumu, hâkimlerin kamu düzenine dayanarak *lex foriyi* uygulama eğilimine dayanak olabilecektir²³². Bu tespit kısmen doğru olmakla birlikte, sorunun maddenin ifadesinden değil kamu düzeni kavramının muğlaklığından ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Kaldı ki maddede 'esaslı' (*fundamental*) ifadesi kullanılarak, kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilmesine ilişkin eşik yükseltilmiştir. Böylece uygulanacak hukukun salt farklı hükümler içermesi, kamu düzeni müdahalesine sebep olmayacaktır²³³. Yabancı bir hukukun uygulanması adalet düşüncesine dayanan temel prensipleri, kökleri eskiye dayanan kamu yararına yönelik gelenekleri ve benzerlerini ihlal ediyorsa kamu düzenine aykırılıktan söz edilebilir²³⁴.

Madde, *lex forinin* kamu düzeni, *lex causaenin* kamu düzeni ve üçüncü ülkenin kamu düzeni olmak üzere üç ihtimali dikkate almıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında hâkimin hukukunun kamu düzeni üzerinde durulmuştur. Ancak kamu düzeni istisnasının uygulanabilmesi için somut olayda esaslı öneme sahip devlet politikalarının uygulanmasının haklı olması, seçilen hukukun bu politikalarla açıkça çelişmesi ve bu çelişkinin sözleşmeden doğan uyumsuzluğa seçilen hukukun uygulanması nedeniyle ortaya çıkması şeklindeki üç şartın gerçekleşmesi gerekir²³⁵. Bu şartlar, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecektir. Bu noktada aykırılık halinde seçilen hukukun uygulanması noktasında uygulayıcının takdir hakkı bulunmaktadır²³⁶. Dördüncü fıkrada ise hukuk seçimi bulunmaması halinde, objektif esaslara göre yetkili hukukun kamu düzeninin dikkate alınması üzerinde durulmuştur. Buna göre hangi hallerde *lex causaenin* kamu düzeninin dikkate alınacağı veya uygulanacağını tespit etmek *lex foriye* bırakılmıştır.

TEKİNALP/UYANIK, 42 vd.; DOĞAN (*Milletlerarası*), 255 vd.; NOMER (*Devletler*), 162 vd.; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, 74 vd.

²³¹ DOUGLAS/LOADSMAN, 17.

²³² DOUGLAS/LOADSMAN, 22.

²³³ PERTEGÁS/MARSHALL, 999.

²³⁴ MARSHALL, 186-187.

²³⁵ STAMATIADIS, 271.

²³⁶ Aynı yönde bkz. MURTAZ, 193.

SONUÇ

Prensipler millî veya milletlerarası kanun koyucular için model olması amacıyla tasarlanmış ve bu nedenle bağlayıcı olmayan esnek hukuk kuralları olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ancak problemlere çözüm getirebildiği ölçüde etkinlik kazanabilecektir²³⁷. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki bağlayıcı nitelikte olmaması prensiplerin zayıf tarafını da oluşturmaktadır.

Elbette Prensipler irade muhtariyetine ilişkin oldukça gelişmiş bir çalışma ortaya koyması ve bu konudaki akademik tartışmaları zenginleştirmesi gibi faydalar da sağlamıştır²³⁸. Bununla birlikte prensiplerin gerçek değeri, milletlerarası ticaret uygulayıcılarının bu prensipleri dikkate alıp uygulamalarına bağlı olarak ortaya çıkacaktır²³⁹. Nitekim böylesi bir değerlendirme yapabilmek için görece uzun bir zamanın geçmesi gerekmektedir. Prensiplerin birkaç yıl önce hazırlandığı dikkate alındığında, böyle bir değerlendirme yapmak henüz mümkün görünmemektedir.

Prensipler, hukuk sistemlerinde yer verilen irade muhtariyetine ilişkin kurallar hakkında dikkate değer bir yenilik getirmemektedir. Kurallarda göze çarpan en önemli yenilik anasyonel kuralların uygulanma imkânıdır. İkinci olarak ise genel işlem şartlarının çatışmasına ilişkin hüküm getirmesidir.

Prensipler anasyonel kuralların seçimine cevaz vermekle klasik kodifikasyonlar veya kanunlar ihtilâfî metinleri açısından önemli bir yenilik getirmiş olsa da, hükmün uygulanmasının hâkimin hukukunda bu tür bir seçimin kabul edilme şartına bağlanması kanaatimizce hükmü işlevsiz hale getirmektedir. Zira millî mahkemelerde bu tür bir seçim hukuk seçimi olarak değerlendirilmemektedir. Bunun yanında, bu tür bir seçimin geçersiz sayılması ihtimalinde -ki millî mahkemelerde görülen uyuşmazlıklarda ortaya çıkacak muhtemel sonuç olacaktır- taraflar hiç beklemedikleri bir hukukun aralarındaki ilişkiye uygulanması sonucu ile karşılaşacaklardır. Bu durum ise hukukî öngörülebilirliği zedeleyecektir. Bununla birlikte uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden tahkim ve millî

²³⁷ Benzer yönde Stamatiadis de Prensiplerin amacını gerçekleştirebilmesinin, içeriğinin niteliğine ve getirdiği çözümlerin etkililiğine bağlı olduğunu belirtmektedir. Bkz. STAMATIADIS, 274.

²³⁸ STAMATIADIS, 274. Benzer yönde bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 29.

²³⁹ Benzer yönde bkz. SYMEONIDES (*Hague*), 29.

mahkemeler arasındaki fark gözetmeyen bir yaklaşım sergilemesiyle (en azında teoride) daha âdil davrandığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

- ALBORNOZ, María Mercedes / MARTÍN, Nuria Gonzáles: “*Towards the Uniform Application of Party Autonomy for Choice of Law in International Commercial Contracts*”, *Journal of Private International Law*, Vol.12 No.3, 2016, S: 437-465.
- ARSLAN, İlyas: "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi", MHB, Cilt: 33, Sayı: 2, S: 1-41.
- AYHAN İZMİRLİ, Lâle: *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, Adalet, Ankara, 2017.
- AYOĞLU, Tolga: *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- BASEDOW, Jürgen: "The Hague Principles on Choice of Law: Their Adress and Impact", *Unif. L. Rev.*, Vol.22, 2017, S: 304-315.
- BAYATA CANYAŞ, Aslı: *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- BOELE WOELKI, Katharina: "Principles and Private International Law", 1 *Uniform Law Review* 1996-4, 652-678.
- BORTOLOTTI, Fabio: *Drafting and Negotiating International Commercial Contracts*, A Practical Guide, Kluwer Law International, 2009.
- CORDERO-MOSS, Giuditta: *International Commercial Contracts*, Cambridge University Press, UK, 2014.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B.Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020.

- ÇÖRTOĞLU KOCA, Sema: "*Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*", FMR Cilt: 9, Sayı: 2009/3, S: 97-114.
- DEMİRKOL, Berk: *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- DALHUISEN, Jan H.: *Dalhuisen on Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law, Volume: I Introduction - The New Lex Mercatoria and Its Sources*, Hart Publishing, 2013.
- DICKINSON, Andrew: "*Oiling the Machine: Overriding Mandatory Provisions and Public Policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*", Unif L. Rev., Vol. 22, 2017, S: 402-421.
- DOĞAN, Vahit: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020. (*Milletlerarası*)
- DOĞAN, Vahit: *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016. (*Akreditif*)
- DOUGLAS, Michael / LOADSMAN, Nicholas: "*The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*", 19 Melb. J. Int'l L. 1, 2018.
- FOX, William F.: *International Commercial Agreements: A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes*, 4th Edition, Wolters&Kluwer, 2009.
- GABRIEL, Henry: *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Publications, New York, 2004.
- GAMA, Lauro Jr. / SAUMIER, Genevieve: "*Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts*", El Derecho Internacional Privado en los Procesos de Integración Regional, Eds: Diego P. FERNANDEZ ARROYO / Juan Jose OBANDO PERALTA, December 2011, S: 41-66, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1971302 (4.5.2020).

- GIRSBERGER, Daniel / COHEN, Neil B.: “*Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*”, *Uniform Law Review*, Vol.22 (2) 2017, S: 316-335.
- GOPALAN, Sandeep: *Transnational Commercial Law*, William S. Hein&Co. Inc., Buffalo, New York, 2004.
- GRAZIANO, Thomas Kadner: "*The Hague Solution on Choice of Law Clauses in Conflicting Standard Terms: Paving the Way to More Legal Certainty in International Commercial Transactions?*", *Unif. L. Rev.*, Vol. 22, 2017, S: 351-368.
- HCCH: *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts*, 2015. (Commentary)
- HEIDEMANN, Maren: *Methodology of Uniform Contract Law, The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*, Springer, 2007.
- KALASHYAN, Marianna A.: "*The Main Characteristics of the Hague Principles*", *Journal of Siberian Federal University, Humanities&Social Sciences* 8 (2016 9), S: 1910-1915.
- KAMATH, Vijay: "*Analysis of Principles of European Contract Law as an Autonomous Lex Mercatoria*", May 2010, erişim: <https://www.ssrn.com/abstract=1613142> (17.02.2020).
- KARACA, H. Akif: "*Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi: Lahey Prensipleri Madde 3*", *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler Sempozyumu*, 11 Ekim 2018, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, S: 113-138.
- KOPPENOL- LAFORCE, Mariell / DOKTER, Daan / MEIJER, Gerard J. / SMEELE, Frank G.M.: *International Contracts: Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*, Sweet&Maxwell, London, 1996.
- LHUILIER, Gilles: "*The Principles of Chice of Law in International Commercial Contracts of the Hague Conference: The Rise of 'Best Practice?'*", *IBLJ*, N.2, 2016, S: 103-108.

- MANKOWSKI, Peter: "Article of the Hague Principles: the Final Breakthrough for the Choice of Non-State Law?", *Unif. L. Rev.* Vol.22, 2017, S: 369-394.
- MARSHALL, Brooke: "The Hague Choice of Law Principles, CISG and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol.66, 2018, S: 175-217.
- MICHAELS, Ralf: "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", *Studies in European Economic Law and Regulation*, Vol. 3, 2014, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2386186 (5.3.2020).
- MURTAZ, Gözde: "Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler (5718 sayılı MÖHUK m.24 ile Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair İlkeler Kapsamında)", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Nisan 2018, S: 157-202.
- NEELS, Jan L.: "The Nature, Objective and Purpose of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", *TSAR* 2015 4, S: 774-783.
- NEELS, Jan L. / FREDERICS, Eesa A.: "Tacit Choice of Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", 2011 *De Jure*, S: 101-110.
- NOMER, Ergin: *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2018. (Usul)
- NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017. (Devletler)
- NYGH, Peter: *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- OBA, Meltem Ece: "Anasyonel Hukuk Kuralları ve Uygulama Alanı", *TBB Dergisi* 2107 (129), S: 297-320.
- OĞUZ, Arzu: *Lex Mercatoria*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.

- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB Yıl 30, Sayı: 1-2, 2010, S: 27-88.
- ÖZEL, Sibel: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilaflı Meseleleri*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2008.
- ÖZKAN, Işıl: *Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayıncılık, Eylül 2003.
- PERTEGÁS, Marta / MARSHALL, Brooke Adele: 'Party Autonomy and Its Limits: Convergence Through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts', 39 Brook. J. Int'l. L., 2014, S: 975-1003.
- SAUMIER, Genevieve: "The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law" to Govern an International Commercial Contract", Brooklyn Journal of International Law, Vol.40, Issue 1, 2014, S: 1-30. (Hague)
- SAUMIER, Genevieve: "Designating the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution", 17 Unif. L. Rev., 2012, S: 533-547. (UNIDROIT)
- SCHMITTHOFF, Clive M.: "The Limits of Party Autonomy", Clive M. Schmitthoff's Selected Essays on International Trade Law, Ed: Chia-Jui CHENG, Martinuss Nijhoff Publishers, 1988, S: 584-597.
- SCHWARTZE, Andreas: "New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law? The Hague Principles on Choice of Law in International Contracts in a Comparative Perspective", University of St. Thomas Journal Vol.12:1, 2015, S: 87-99.
- SCHWENZER, Ingeborg / HACHEM, Pascal / KEE, Christopher: *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press, 2012.
- STAMATIADIS, Dimitrios K.: "The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Studia Universitatis Moldaviae, 2016, nr.8 (98), S: 262-276.

- SYMEONIDES, Symeon C.: “*The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments*”, American Journal of Comparative Law, Vol.61, No.3, 2013, erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2256661 (20.5.2020). (Hague)
- SYMEONIDES, Symeon C.: *Codifying Choice of Law Around the World, An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014. (Codifying)
- SWAN, John: "Choice of Law in Contracts", Canadian Business Law Journal, Vol.13, 1991, S: 213-238.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 7. Bası, Beta, İstanbul, 2019.
- TARMAN, Zeynep Derya: "Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl 2009, CXXV, Sa.2, S: 299-332.
- TEKİNALP, Gülören / UYANIK, Ayfer: *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer: “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil*”, BATİDER, C. XXVIII, Sa.1, Yıl 2012.
- VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales: "The Formation of Contracts & The Principles of European Contract Law", Pace International Law Review, Vol. 13, 2001, 371-397.
- YILMAZ, Alper Çağrı: “*Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri*”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 11, Haziran 2018, S: 481-512.
- ZAPHIRIOU, George A.: "Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Commercial Agreements", Maryland Journal of International Law, Vol.3, Issue 2, 2013, S: 311-334.
- WETHMAR-LEMMER, Marlene: "The Development of the Modern Lex Mercatoria: A Historical Perspective", Fundamina, 11, 2005, S: 183-199.

www.eur-lex.europa.eu

www.hcch.net

www.iccwbo.org

www.uhdigm.adalet.gov.tr

www.unidroit.org

ROMA HUKUKUNDA BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ (MORA DEBITORIS) KAVRAMININ GENEL ÇİZGİLERİ

*General Lines of Debtor's Default (Mora Debitoris)
in Roman Law*

*Dr. Öğr. Üyesi Sevgi Kayak**

ÖZET

Bu çalışmadaki amacımız, Roma Hukukundan günümüze gelen borçlunun temerrüdü kurumunu kavramsal olarak ve genel bir bakış açısıyla ele almaktır. Bugünkü temerrüt teorisinin temellerinin Roma Hukukundan geldiği bilinen bir gerçektir. Borçlunun temerrüdü, genel olarak, borçlunun ifada gecikmesi olarak tarif edilir ve borca aykırılık hallerinden biridir. Roma Hukukunda borçlunun temerrüdü ile ilgili pek çok hukuki mesele ve buna bağlı olarak da pek çok metin mevcuttur. Ancak bizim bu çalışmadaki amacımız, borçlunun temerrüdüne yönelik ayrıntılı bir çalışma yapmak değil, borçlunun temerrüdü kavramını genel hatlarıyla ortaya koymaktır. Bu sebeple çalışmamızda borçlunun temerrüdüne kavramsal olarak işaret eden sadece çok genel nitelikteki metinler dikkate alınmıştır ve yine bu bağlamda borçlunun temerrüdü hükümlerine de yer verilmemiştir.

Anahtar Kelimeler: temerrüt, borçlu temerrüdü, ifa yokluğu, sorumluluk, Roma Hukuku

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, sevgikayak@istanbul.edu.tr, ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0002-6147-6147>

Conclusion: Dans ce travail notre but est de traiter l'institution de la demeure du débiteur en droit Romain d'une manière générale et notionnelle. Les fondements de la théorie de la mise en demeure viennent du droit Romain. La demeure du débiteur est définie comme un retard injuste du débiteur dans l'exécution de la dette et elle est une des situations illégales et qui produit l'obligation de responsabilité. Il existe plusieurs de problème et naturellement beaucoup de texte concernant la demeure du débiteur dans le droit Romain. Pourtant dans ce travail notre cible n'est pas d'étudier la demeure du débiteur d'une manière détaillée; seulement est de traiter la notion de demeure du débiteur d'une manière générale. Pour cette cause, les textes généraux ont été pris en considération concernant la demeure du débiteur et les conséquences de la demeure du débiteur n'ont pas été examiné dans le cadre de ce travail.

Mots Clés: la mise en demeure, la demeure du débiteur, l'inexécution, la responsabilité, Droit Romain

Giriş

Bilindiği üzere bir borcun ifası alacaklının alacağına kavuşması ve borçlunun da borcundan kurtulması bakımından büyük önem taşımaktadır. Borcun ifa edilmiş sayılması için borç konusu olan edimin yerine getirilmiş olması yetmez, aynı zamanda gereği gibi yerine getirilmiş olması da aranır. Borcun sözleşmede kararlaştırıldığı konu ve miktarda ifası önemli olduğu kadar, kararlaştırılan yer ve zamanda ifası da önemlidir. Sözleşme konusunun kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesi, Roma'dan günümüze nerdeyse aynı hükümlerle taşınmış olan temerrüt kurumuna denk düşer¹.

I. Genel Olarak

Modern hukukumuzda borçlunun temerrüdü, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 117-126 arasında düzenlenmiştir. “*B. Borçlunun temerrüdü- I. Koşulları*” kenar başlığını taşıyan ve borçlunun temerrüdünün ne olduğunu açıklayan madde 117/1 hükmü izleyen şekildedir:

Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.

¹ Roma sorumluluk hukukunun Türk Hukuku üzerindeki etkileri hakkında bkz.: Özlem Söğütü, **Roma Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 345 vd.

Madde düzenlemesinde temerrüdün tam bir tarifi yapılmış değildir. Maddede borçlunun temerrüdü şartları tespit edilmekte olup bir tanıma yer verilmemektedir. Ancak maddeden yorum yoluyla anlaşılan, muaccel hale gelmiş bir borcun alacaklının ihtarına rağmen borçlu tarafından yerine getirilmemesinin borçlu temerrüdü olduğudur. Gerçekten de doktrinde borçlunun temerrüdü, taşınması gereken ve kanun metninde belirtilmiş şartlardan yola çıkarak şu yolda tarif edilmektedir: “*Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa, bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir*”².

Borçlunun temerrüdü borca aykırılık hallerinden biridir, borcun zamanında ifa edilmeyerek geciktirilmesi olayı borçlunun temerrüdünün varlığını ortaya koyar³. Borçlunun temerrüdü, ifası mümkün olduğu halde bir borcun ifa edilmemesi hali demek olduğundan, diğer borca aykırılık hali olan imkansızlık durumundan da ayrılır⁴.

Madde düzenlemesinde borçlunun temerrüdü için iki şartın bir araya gelmesi gerektiği öngörülmüştür: Muacceliyet ve ihtar. Ancak kanunda zikredilmemekle beraber borçlunun temerrüdünün oluşumu için başkaca birtakım şartların da ilavesi gerektiği doktrinde genellikle kabul görmektedir. Kanun koyucunun açıkça bildirmediği, ancak temerrüt kurumunun doğası gereği bulunması gereken şartların başında “ifanın mümkün olması” şartı gelir. İmkansızlık ile temerrüt kural olarak yan yana gelemeyecek kavramlar olduğu için, başlangıçtaki bir imkansızlığın varlığı halinde temerrütten söz edilemeyeceği aşikârdır⁵. Yine, kanunda açıklıkla belirtilmemiş olmakla birlikte, borçlunun henüz bir ifada bulunmamış olması da borçlunun temerrüdü için gerekli bir şarttır. Borçlunun kötü sayılabilecek olsa bile herhangi bir ifada bulunmuş ol-

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 911.

³ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: Rona Serozan, İfa- İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme- Ek: Uygulama Çalışmaları**, Gözden Geçirilmiş 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, § 17 N. 3; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995, s. 23.

⁴ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 17 N. 3.

⁵ Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992, s. 16; Claude Ramoni, **Demeure du Débiteur aux Divers Contrats Du Code des Obligations**, Thèse de Licence et de Doctorat Présentée à la Faculté de Droit de L’Université de Lusanne, Schulthess Zurich, 2002, s. 4.

ması temerrütten değil, borca aykırılık hallerinden bir diğeri olan kötü ifa hallerinden söz ettirir ve ona ilişkin hükümler uygulanır⁶. Borçlunun temerrüdü borcun yerine getirilmemesi şartına bağlı olduğundan, borçlunun temerrütte olup olmadığına dair ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta borcun ifa edilmediğini ispat yükü borçluya aittir⁷. Yine madde düzenlemesine bakıldığında, temerrüt için borçlunun kusurunun aranmadığı da anlaşılmaktadır⁸.

Borçlunun temerrüdünün şartları gerçekleştiğinde temerrütten doğan sorumluluk gündeme gelir. Borçlunun temerrüdündeki sorumluluk Türk Hukuku bakımından TBK (Türk Borçlar Kanunu) m. 118’de genel bir biçimde şu yolda düzenlenmiştir:

Temerrüde düşen borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığı ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

Buna göre temerrüde düşmekte kusuru olan borçlu, bu geç ifanın alacaklıya verdiği zararı da ayrıca tazmin etmek zorundadır⁹. Yine, özellikle para borçları bakımından, temerrüt faizi adı altında bir ödemenin yapılması gereği de TBK m. 120’den çıkarılan bir başka hukuki sonuçtur¹⁰.

II. Roma Hukukunda Borçlunun Temerrüdünün Anlamı

A. Kavram

Roma Hukukunda borcun ifasındaki gecikme “mora/morae” sözcüğü ile ifade edilmiştir¹¹. Bu terim, hem borçlu hem de alacaklı kaynaklı gecikmeleri ifade etmek üzere kullanılmıştır¹². Borcun ifasındaki gecikme borçludan kay-

⁶ Henry Bovay, **Esence De La Demeure**, Lausanne, Librairie Payot, 1934, s. 36 vd.

⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 913.

⁸ Havutçu, s. 23. Temerrüt için kusurun aranmıyor olmasının İsviçre Hukukuna özgü olduğu yolunda bkz. Bovay, s. 13; ayrıca bkz. Barlas, s. 17.

⁹ Borçlu temerrüdünün Türk Hukukundaki sonuçları hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 17 N. 6 vd.; Havutçu, s. 67 vd.

¹⁰ Para borçlarının ifasında temerrüt faizi hakkında bkz. Barlas, s. 124 vd.

¹¹ Nadi Günel, “La Mora del Debitore (mora debitoris), **Fides Hvmantis Ivs, Studi in Onore di Luigi Labruna**, IV, Editoriale Scientifica, t.y. s. 2411.

¹² Bovay, s. 7; Mehmet Üçer, **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, Ankara Turhan Kitabevi, 2007, s. 10; Diler Tamer, “Mora Creditoris”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, Volume 35, No 52, 2003, s. 443.

naklanabileceği gibi alacaklıdan da kaynaklanabilir ve bu nedenle mora kavramı Roma Hukukunda çift boyutlu bir anlama sahiptir. İfadaki gecikme borçludan kaynaklanıyorsa, “mora debitoris” olarak tabir edilen borçlunun temerrüdünden; alacaklıdan kaynaklanıyorsa, “mora creditoris” olarak tabir edilen alacaklının temerrüdünden söz edilir¹³. Uzunca bir dönem Romalılar borçlunun temerrüdü kavramını hukuki bir kurum olarak görüp tanıyamamışlardır¹⁴. Nitekim dar hukuk davaları bakımından, borcun konusu telef olduğunda, borçlu ifayı geciktirmiş olsun veya olmasın, edimi aynen ifa imkanı artık ortadan kalktığı için, alacaklının sözleşmeden doğan davayı açması olanaklı değildir; zira bu durumda borçlunun telef olan şeyi kendisine söz verdiğini iddia ve talep etmesinin bir anlamı olmayacaktır¹⁵. Ancak bu durumun alacaklı için ne büyük bir haksızlık oluşturacağı da ortadadır. Her ne kadar haksız surette borcunu ifa etmeyen borçluyu cezalandırmaya yönelik mekanizmalar¹⁶ mevcut olsa da bu mekanizmalar alacaklıya aynen ifayı sağlamaya elverişli değildi. Alacaklı, sözleşmeden doğan davayı açmanın sağladığı pek çok avantajdan mahrum kalabiliyordu. Bu adaletsizlik, nihayet, ifadaki kusurun borcu daimi kılacağına ilişkin bir tespitle, borçlunun ifayı gerçekleştirememesindeki kusurundan dolayı sorumlu tutulmasıyla belli bir oranda giderilmişti. Daha açık ifadeyle, borçlu sadece ifayı yerine getirmemesindeki kusurundan dolayı değil, ifayı yerine getirmesine engel olan nedenlerin ortaya çıkmasındaki kusurundan da sorumlu tutulmaya başlanmıştı¹⁷. Mesela ödünç aldığı bir malı iade borcu altında olan bir ariyet alanın, ödünç aldığı malı çaldığı ve bu nedenle iade edememesi olayında, ifadaki kusurundan ziyade ifayı yerine getirmesine engel olan nedenin ortaya çıkmasındaki yani hırsızlığın yaşanmasındaki, kusurundan sorumlu tutulması, buna bir örnektir.

¹³ Raymond Monier, **Manuel Elémentaire de Droit Romain**, Tome II, Les Obligations, 4. édition, revue et complétée, Paris, Editions Montchrestien, 1948, s. 221; Üçer, s. 11.

¹⁴ Üçer, s. 14-15.

¹⁵ Edouard Cuq, **Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains**, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928, s. 607.

¹⁶ Bu mekanizmalar çoğu kez actiones ex stipulationes praetoriae olarak karşımıza çıkar. Actiones ex stipulationes praetoriae, praetor'un, edictum'da yer verdiği ve gerekli gördüğü hallerde bir borç ilişkisi doğması için iki tarafı sözleşme yapmaya zorladığı stipulatio'lardır. Bu sayede praetor, imperium yetkisine dayanarak ilgililerden birinin talebi üzerine bir kimseyi diğerine karşı borçlandırmaya, aksi takdirde, meydana gelecek zararları tazmine zorlayabilirdi, (ayrıntı için bkz. Türkân Rado, **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, 11. Basıdan 13. (Tıpkı) Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 83 vd.

¹⁷ Cuq, s. 607.

Klasik Hukuk Devrinden itibaren bu kavram hukuki olarak da yer etmeye başlayarak borcun ifasının haksız bir surette geciktirilmesi mora/temerrüt adı altında ele alınmıştır¹⁸. Borcun ifasındaki gecikme borçlunun davranışlarından ileri gelebileceği gibi alacaklının davranışlarından da ileri gelebilir, her iki halde de temerrüt vardır. Borcun yerine getirilmemesindeki sorumluluğun nedeni, birinci durumda borçlunun temerrüdü (mora debitoris); ikinci durumda, alacaklının temerrüdü (mora creditoris)'dür. Her iki halde de temerrüt gerçekleşmiş sayılarak, kusurlu taraf diğer tarafa geciken ifadan kaynaklanan zararı ödemek zorunda kalır. Bu nedenle Klasik Hukukta ve sonrasında da Ortak Hukukta, gerek mora debitoris gerek mora creditoris, temerrüt kurumunun iki alt türünden başkası olarak kabul edilmemiştir¹⁹. Günümüzde ise her iki temerrüt birbirinden bağımsız olarak ele alınmakta olup farklı hukuki sonuçlara bağlanmış iki ayrı hukuki kurum olarak görülmektedir²⁰.

Roma Hukuku kaynaklarında mora kavramının tam olarak bir tanımına rastlanmadığı gibi mora debitoris kavramının bir tarifine de rastlanmaz. Bu durum Romalıların tanım yapmak ya da kurallaştırmaya gitmek gibi faaliyetlerdeki çekingenliklerinden kaynaklanmaktan çok²¹ temerrüt kurumunun doğasından ileri gelir. Nitekim temerrüde ilişkin oldukça genel bir metin gibi duran D. 22. 1. 32 pr.'da da bu husus açıkça dile getirilmiştir:

D. 22. 1. 32 pr. Marcianus libro 4 Regularum:

Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et pomponius libro duodecimo epistu-

¹⁸ Üçer, s. 14.

¹⁹ Üçer, s. 16.

²⁰ Üçer, s. 15.

²¹ Romalı hukukçular teorik açıklamalara eğilim göstermeyip kazuistik çalışmışlardır (Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, 1. 07. 2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13. 1. 2011'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş İkinci Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 14). Bu sebeple Romalıların hak, hukuki işlem, borç gibi pek çok hukuki kavrama ilişkin uygulama problemlerini etraflıca incelemiş oldukları, ancak bu kavramlara dair genel bir teori oluşturmadıkları fark edilir; teorik temeller, esas olarak Roma Hukuku kaynaklarını tetkik eden Pandekt hukukçuları tarafından atılmıştır (Ziya Umur, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himmeyesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984, s. 414). Pandekt Hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eşref Küçük, "XII. Yüzyıl Rönesans'ı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku", **AÜHFD**, Cilt: 56, Sayı 4, 2007, s. 111 vd.

larum scripsit, difficilis est huius rei definitio. divus quoque pius tullio balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris.

D. 22. 1. 32 pr. Marcianus Kurallar'ın 4 üncü kitabından:

Salt kendiliğinden değil, kişiden dolayı da, eğer borcu ifa etmesi için usulüne uygun bir ihtar yapılmışsa, temerrüdün gerçekleştiği varsayılır. Bu, hakim tarafından incelenecektir. Çünkü, Pomponius'un Mektuplar'ının on ikinci kitabında yazdığı gibi, temerrütte olmayı kesin olarak tarif etmek zordur. İmparator Antonius Pius'un Tullius Balbus'a gönderdiği bir rescriptum'da, bir borçlunun temerrütte olup olmadığına ne emirnameler ne de hukuki otorite tarafından karar verilebileceği yazılıdır; çünkü bu, hukuki olmaktan çok maddi bir meseledir.

Bu metinden anlaşılmaktadır ki Romalılar temerrüdün hukuki bir tarifinin yapılamayacağı fikrindedirler. Borçlunun temerrütte olup olmadığını, kanunlar ya da başkaca hukuki düzenlemeler vasıtasıyla önceden belirlemek mümkün değildir, bu, somut olayın özellikleri göz önünde tutularak hakim tarafından karar verilecek bir meseledir. Zira temerrüt; hukuki değil, maddi bir meseledir²².

Borçlunun temerrüdüne ilişkin bir tanım ortaya konamaması ise, borcunu ifa etmeyen borçlunun hangi hal ve şartlar altında temerrüde düştüğüne karar vermeyi Roma Hukuku için oldukça güç bir mesele haline getirmektedir. Gerçekten de, borcunu zamanında ifa etmeyen borçlu aynı zamanda bir ifa yokluğu içinde de bulunmaktadır. Borçlunun ifa yokluğundan ziyade bir temerrüt durumu içinde olduğuna karar vermek somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmayı gerektirecektir. Borçlunun temerrütte olup olmadığına her somut olayda ayrıca karar verilecek olması, benzer olaylarda farklı sonuçlar ortaya çıkarabileceği gibi, borçlunun temerrüdünün varlığı için hangi şartların aranması gerektiğinin tespitini de güçleştirmektedir. Bu da Roma Hukukunda borçlunun temerrüdü şartları ile ilgili bazı tartışmaları kaçınılmaz kılmaktadır.

²² Monier, s. 222; Bruno Schmidlin / Carlo Augusto Cannata, *Droit Privé Romain, II, Obligations- Successions- Procédure*, Lausanne, 1987, s. 85.

Borçlunun temerrüdünün varlık şartları bakımından öncelikle tartışılan, borçlunun temerrüde düştüğünü kabul için, alacaklının ihtarına gerek duyulmuş olup olmadığının belirlenmesidir. Bu konuda Romanist doktrinde uzunca bir dönem hakim olan kanaat, borçlu temerrüdü için alacaklının ihtarının şart olduğu yolundaydı²³. Bu görüşe göre Roma Hukukunda basit bir gecikme ile temerrüt durumu birbirinden ayırt edilmişti. Borçlu, ancak alacaklının ihtarını (interpellatio) ile temerrüde düşürülebilirdi. Bu görüş gerekçesini D. 22. 1. 32 pr.'daki metinden almaktaydı. Gerçekten de, yukarıda temas ettiğimiz bu metinde alacaklı tarafından borçluya yapılacak usulüne uygun bir ihtarın gerekliliği açıkça vurgulanmaktadır²⁴. Buna göre, Roma Hukukunda her ifade gecikme halinin bir temerrüt olarak nitelenemeyeceği sonucuna varılmaktadır. Esasında temerrüt, borçlunun ifade gecikmesi değil, ifade direnmesidir. Temerrüdün varlığını kabul için, borçlunun ifade gecikmesi değil, ifade direnmesi, yani ifayı yerine getirmemekte ısrar etmesi gereklidir. Borçlunun ifade direndiğini anlamak için ise alacaklının ihtarına ihtiyaç vardır. Hem ifade geciken, hem de alacaklının ihtarına rağmen borcunu ödemeye yanaşmayan borçlu, ifaya direnen bir borçludur; yani temerrüt içindedir. Eğer borçlu ifade geciktiği halde henüz alacaklıdan bir ihtar almamışsa sadece geciken bir borçlu olup direnen, yani temerrüde düşen bir borçlu değildir²⁵.

Bu konuda ortaya çıkan yeni bir kanaate göre ise²⁶, Roma Hukukunda borçlunun temerrütte olduğunun kabulü için ihtar zorunlu bir unsur değildir. Alacaklının ihtarını borçlunun temerrüdünün objektif esaslı unsuru gibi telâkki eden klasik görüşün gözden kaçırdığı husus, yukarıda andığımız ve ihtar zorunluluğundan bahseden D. 22. 1. 32 pr.'da yapılan interpolatio'dur. Metinde geçen "...id est, si interpellatus oportuno loco non solverit..." ifadesi, metne interpolatio ile dahil edilmiştir. Bu görüşe göre Klasik Hukukta borçlunun temerrütte olup olmadığına genel bir biçimde hakim karar verir ve hakim, alacaklının ihtarında bulunup bulunmadığını hiç dikkate almaksızın, gecikmenin borçluya yük-

²³ C. Accarias, **Précis De Droit Romain, Contenant Avec L'Exposé Des Principes Généraux, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes, De Justinien**, Tome II, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891, s. 598; Paul Frédéric Girard, **Manuel Élémentaire De Droit Romain**, 8. édition, Revue Et Mise A Jour, Paris, Librairie Arthur Rousseau Editeur, 1929, s. 689; Cuq, s. 608.

²⁴ Cuq, s. 608.

²⁵ Cuq, s. 608.

²⁶ Monier, s. 222; Salvatore Di Marzo, **Roma Hukuku**, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 367.

lenebilir bir gecikme olup olmadığını araştırır.²⁷ Yine bu görüşe göre, metinde geçen "...id est, si interpellatus oportuno loco non solverit..." şeklindeki interpolatio'lu cümle Iustinianus Hukukuna aittir. Roma Hukukunda borçlu temerrüdü için aranan alacaklının ihtarı şartı Iustinianus Hukukuyla birlikte gelmiştir ve ihtarın ancak bu andan itibaren borçlunun temerrüdünün objektif bir unsuru haline dönüştüğü saptanır.²⁸

Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün varlığı için borçlunun kusurunun şart olup olmadığı hususu da yeterince net değildir. Borçlunun temerrüdünün oluşumu için ihtarı şart gören yazarlar genellikle borçlunun ifadaki kusurunu da şart olarak dikkate alırlar²⁹. Bu görüşe göre, borçlunun ifaya direndiğini kabul için, bu direnişin kusurlu olması da aranmalıdır. Esasında, temerrüt için borçlunun kusurlu olması gereğinden açıkça söz eden bir metin bulunmadığı bu görüş taraftarlarınca da tasdik edilmektedir³⁰. Fakat bazı haklı sebeplerin varlığı halinde borçlunun mazur görülebileceğini öngören birkaç metin³¹, temerrüt için kusurun şart olduğu yolunda bir sonuca varmayı gerektirir³². Kanaatimizce, temerrüt için kusurun şart olup olmadığına karar verebilmek için, ifade gecikmenin borçluya yüklenebilir bir gecikme olduğundan ne anlaşılması gerektiğini belirlemelidir. Nitekim borçlunun temerrüdü, ifanın haksız olarak gecikmesi demektir³³; ancak bu haksız gecikmeden kusur anlamı çıkarılabilir mi, bu husus tartışılmalıdır. Başka deyişle Roma hukukunda bu hususta belirsiz olan nokta, haksız gecikme şartından ne anlaşıldığının belli olmamasıdır. Borçlunun içinde bulunduğu gecikmenin haksız olup olmadığına hakim karar verecektir ve hakim, borçlunun ifadaki gecikmesinin onun kusurundan ileri gelmiş olması şartını arayabileceği gibi, zamanı geldiği halde ifayı yerine getirmemesini başlı başına bir kusur telâkki edip borçluyu temerrüdün ağır sonuçlarıyla karşı karşıya da bırakabilir. Nitekim bu bağlamda kimi yazarlar³⁴, ifanın konusunun alacaklı-

²⁷ Monier, s. 222 ve s. 222 dn. 2.

²⁸ Monier, s. 222; Di Marzo, s. 367-368.

²⁹ Cuq, s. 608; Eugène Petit, **Traité Élémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925, s. 489; Paul Kochaker / Kudret Ayiter, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993, s. 200.

³⁰ Cuq, s. 608.

³¹ Mesela D. 22. 1. 23 pr., D. 22. 1. 21; D. 22. 1. 24 pr.

³² Cuq, s. 608.

³³ Ayrıca bkz. Rado, s. 178-179.

³⁴ Cuq, s. 608.

ya sunulmamış olmasını kusur kabul ederken; kimi yazarlar³⁵, alacalının ihtarına bağlı olarak, ifa zamanını öğrenen borçlunun buna rağmen ifayı yerine getirmemesini bizzat kusur olarak telâkki ederler.

Biz de bu konuda Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün oluşumu için borçlunun kusurunun şart olmayıp, borçlunun içinde bulunduğu gecikmenin haksız bir gecikme olmasının yeterli olmuş olduğu düşüncesini taşımaktayız. Nitekim kaynaklarda borçlunun kusurunu açıkça arayan bir metin mevcut değildir³⁶. Zamanı gelmiş olmasına rağmen borçlunun ifadan kaçınması onun bu davranışının kusurlu olduğunu değil, haksız olduğunu gösterir. İfada gecikmenin haksız olmasıyla kusurdan ileri gelmesi birbirinden farklı kavramlardır. Borcu ifa mecburiyetini ortadan kaldıran haklı bir sebep bulunmadıkça ifadan kaçınılması ifada gecikmenin varlığını gösterir ve bu, başlı başına borca aykırılık nedenidir. Bu borca aykırılıkta, dolayısıyla hukuka aykırılıkta, borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığı ise ayrı bir değerlendirme konusu olup, temerrüdün varlığı için aranması gerekli bir şart değildir.

Borçlunun temerrüdü, bugün olduğu gibi Roma Hukukunda da borca aykırılık hallerinden biridir³⁷. Eğer kendisinden ifa istenen borçlu ifayı haklı bir sebeple yerine getiremiyorsa, mesela devlet görevi nedeniyle uzakta bulunuyorsa ya da tutukluysa, temerrüt durumu da kendiliğinden ortadan kalkacaktır³⁸; zira bu durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haklı bir sebep var demektir³⁹.

B. Borçlunun Temerrüdünün Benzer Hukuki İlişkilerden Farkları

³⁵ Rein Zimmermann, *The Law Of Obligations*, Oxford, 1995, s. 791 vd.

³⁶ Bu hususta bkz. Cuq, s. 608.

³⁷ Koschaker/Ayiter, s. 200.

³⁸ D. 22. 1. 23 pr.; Di Marzo, s. 367.

³⁹ Borçlu temerrüdünü ortadan kaldıran sebepler muhtelif metinlerde dile getirilmiştir. Mesela D. 50. 17. 88'de "*Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est* (Talebin geçerli olmadığı yerde temerrüdün mevcut olması mümkün değildir)" diyerek alacaklının ifa talebinin geçerli olmaması durumunda, mesela borcun vadesi henüz dolmadığı halde talepte bulunulması gibi, temerrüt durumunun da söz konusu olamayacağı kurala bağlanmıştır. Yine, borçlunun alacaklı karşısında bir defa hakkına sahip olduğu durumlarda da hukuka aykırılık ortadan kalkacağı için temerrütten söz edilemeyecektir. Mesela D. 12. 1. 40 buna işaret eder: "...*non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest...* (Bir defa sebebiyle para borcu talep edilemeyen kimse temerrüt halinde değildir)". Ayrıntı için bkz. Di Marzo, s. 367.

1. Borçlunun Temerrüdünün İfa İmkansızlığından Farkı

Borçlunun temerrüdü ile imkansızlık yan yana gelemeyecek kavramlardır. İfa zamanı gelmeden önce borç konusu telef olmuş ve ifa imkansızlaşmışsa, borçlunun temerrüde düştüğünden değil, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık halinden bahsedilebilir⁴⁰. Başka ifadeyle, edimi yerine getirme olasılığının varlığı ya da yokluğu temerrüdü imkansızlıktan ayırıcı bir unsurdur⁴¹. İmkansızlık, borcun ifasına engel bir durumun bulunması sebebiyle borcun kısmen veya tamamen ifa edilememesi halidir. Bu imkansızlık borçluyu ya tamamen borcundan kurtarır ya da borçluyu alacaklıya karşı bir tazminat ödeme yükümlülüğüyle karşı karşıya bırakır. Borçlunun temerrüdünde ise ifa imkanı devam etmekte olup, borçlu, ifayı yerine getirmeye yanaşmamaktadır⁴². İfa imkansızlığında borçlu istese bile ifayı yerine getiremediği halde, temerrüt halinde borçlu istediği an ifayı yerine getirerek temerrütten kurtulabilir.

Yine, ifa imkansızlığında edim konusu borçlunun kusuru olmaksızın, mesela bir yangın ya da fırtına gibi beklenmedik hal sebebiyle, telef olmuşsa kusursuz bir ifa imkansızlığının söz konusu olması nedeniyle borçlu borcundan kurtulur⁴³. Halbuki temerrüt içerisinde olan borçlunun borcu, ifa konusu edim imkansızlaşmış olsa bile aynen devam eder⁴⁴.

İfa imkansızlığı ile temerrüt arasında mevcut diğer bir fark da, imkansızlığın ferdin tayin edilmiş parça borçlarında söz konusu olmasına karşılık, temerrüdün nevi-parça ayrımı yapılmaksızın her türlü borç bakımından gündeme gelebilmesidir. Nevi borçlarında ifa imkansızlığının söz konusu olamayacağı “*genus non perit*” kuralıyla da sabittir. Bir miktar buğday ya da para borçlanmış olan borçlu, borç konusunun telef olması halinde dahi aynı miktar buğday ya da parayı vermekle yükümlüdür⁴⁵. Yine, bir miktar para borcunun söz konusu olduğu haksız fiil borçlarında da ifa imkansızlığı asla gündeme gelemez.

⁴⁰ G. Lepointe/Raymond Monier, **Les Obligations en Droit Romain et dans l’Ancien Droit Français**, Paris, 1954, s. 360.

⁴¹ Lepointe/Monier, s. 360.

⁴² Lepointe/Monier, s. 360.

⁴³ Monier, s. 227; Söğütlü, s. 382.

⁴⁴ Girard, s. 690. Bu durum D. 45. 1. 82. 1’de açıkça ifade edilmiştir: “*Si post moram promissoris decesserit, tenetur nihilo minus, proinde ac si homo viveret* (Borçlunun temerrüdünden sonra köle ölmüşse, borçlu, sanki köle ölmemiş gibi sorumlu olmaya devam eder)”, (Di Marzo, s. 368).

⁴⁵ Monier, s. 226.

Buna karşılık nevi borcu konusu olan tüm bu borç ilişkilerinde ya da haksız fiillerden doğan borçlarda borçlunun temerrüdü daima imkan dahilindedir⁴⁶.

İmkansızlık ile temerrüt birbirinden farklı ve aynı zamanda tezat kuramlar olduğu için genellikle yan yana gelemezler ancak imkansızlık ile temerrüdün birbiriyle örtüştüğü somut olaylar da yok değildir. Mesela sürekli edimli sözleşmelerde ifa zamanının kaçırılmış olması hem imkansızlığa hem de borçlu temerrüdüne yol açar. Mesela bir konser verme borcu altında olan, ancak konse-re yetişemeyen bir müzisyen, hem konser verme borcunda geciken, hem de artık bu borcu o konser saatinde ifa edemeyeceği için edimi imkansızlaşmış bir borç-lu durumundadır⁴⁷.

2. Borçlunun Temerrüdünün Alacaklı Temerrüdünden Farkı

Borçlunun temerrüdünün, alacaklının borcun ifasını engellemesi anlamındaki alacaklı temerrüdünden farklı olduğu da açıktır. Her şeyden önce alacaklının temerrüdünde temerrüde düşen kişi alacaklı olup bundan farklı hukuki sonuçlar doğar. Borçlunun temerrüdü, borca aykırılık hallerinden biri olduğundan, borçlu, bu aykırılığın karşı tarafa verdiği zararı tazmin etmek zorundadır ve bu anlamda borçlunun borcu bir sorumluluk borcu⁴⁸ mahiyetini alır⁴⁹. Buna

⁴⁶ Schmidlin/Cannata, s. 87.

⁴⁷ Ayrıntı için bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 17 N. 1.

⁴⁸ Sorumluluk borcundan kasıt; zararı giderim borcudur. Bilindiği üzere taraflar arasındaki borç ilişkileri sözleşmelerden, haksız fiillerden veya kanun koyucunun tipik olarak düzenlediği bazı olgular dışında kalan olgulardan doğar. (Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Dersleri**, Birinci Fasikül, Hemen Hemen Hiç Değiştirilmemiş 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985, s. 89 vd. ve özellikle s. 95-96). Günlük hayatta olağan olan, taraflar arasında verme, yapma ya da yapmama konulu asli edim yükümleri doğuran bir borç ilişkisinin kurulmasıdır. Sözleşmeden doğan borç dendiği zaman esas olarak verme yapma yapmama konulu tipik bir davranış tarzı kastedilir. Başlangıçtan itibaren verme yapma yapmama asli edim yükümü doğuran borç ilişkileri yükümlülük borç ilişkileridir (Hatemi/Gökyayla, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm**, 4. bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, § 2 N. 1-6 ve N. 8). Asli edim yükümü doğuran borç ilişkileri, yani yükümlülük borç ilişkileri yerine getirilmediği zaman bu ilişkilerden doğan borç artık zararı giderme borcuna, yani sorumluluk borcuna dönüşür. Aynı şekilde son yıllarda dikkatleri üzerinde toplamaya başlayan ve asli edim yükümünden bağımsız kabul edilen özen ve koruma borçları da, bir yan edim gibi, yükümlülük borç ilişkisi kapsamındadır ve bu borçlara aykırılık halinde de sorumluluk borç ilişkisi doğar. Yükümlülük borç ilişkisi sorumluluk borç ilişkisine dönüştüğü andan itibaren verme yapma yapmama tipik konulu davranış artık zararı giderme borcu halini alır (Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, § 1 N. 6). Yükümlülük borç ilişkilerinde zararı giderme borcu, borç ilişkisinin ikincil konusudur; zira borç ilişkisinin birincil (asli) konusu verme yapma yapmama ya da edimden bağımsız özen ve koruma borcu olup, zararı giderme borcu bunların ifa edilmemesi halinde ortaya çıkacaktır, (Kocayusufpaşaoğlu, s. 18 ve ayrıca s. 24). Ancak bazı hallerde zararı giderme borcu başlangıçtan itibaren borç ilişkisinin birincil konusu ola-

karşılık alacaklı temerrüdünde borcun ifasına engel olduğu halde alacaklı sorumluluk borcu altında değildir, sadece hukuk düzeni tarafından öngörülmuş bazı hukuki sonuçlarla karşılaşır. Alacaklının karşısında borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi, temerrütten sonraki masrafların alacaklıya ait olması, hasarın alacaklıya geçmesi gibi neticeler alacaklı temerrüdünün bu bağlamda belli başlı sonuçlarıdır⁵⁰.

C. Borçlunun Temerrüdünün Şartları

Borçlunun temerrüdü için öncelikle tam, ifası mümkün ve muaccel bir borcun varlığı gerektir⁵¹. Bunun dışında borcun zamanında ifa edilmesinin başaramamış olması, net deyişle ifada gecikme de mevcut olmalıdır. Ancak bu gecikmenin borçlunun kusurundan ileri gelmesinin gerekip gerekmediği ve borcun ifasına yönelik alacaklı tarafından yöneltilecek bir ihtarin şart olup olmadığı meselelerinin tartışmalı olduğuna yukarıda değinmiştik.

Borçlu temerrüdünün varlığı için ilk aranan şart⁵², zamanı gelmiş olmasına rağmen borcun ifasının yapılmamasıdır. İfada gecikmenin bulunup bulunmadığının tespiti ise elbette ifa zamanının bilinmesini gerektirir. Taraflar aralarında borcun ifa zamanını kararlaştırmış olabilecekleri gibi ifa zamanından hiç bahsetmemiş de olabilirler. İfada gecikmeden bahsedebilmek için muaccel bir

rak doğmuş olabilir. Haksız fiiller ve zararın tazminine dair anlaşmalar böyledir. Haksız fiillerden doğan borç her zaman bir zararı giderme borcudur. Burada haksız fiilin işlenmesi sonucu ilgililer arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi meydana gelmekte ve borcun konusu da zarar giderimi olmaktadır. Aynı şekilde, zararın meydana gelmeyeceğine veya meydana geldiği takdirde üstlenileceğine dair anlaşmalarda da zararı giderme borcu yine borç ilişkisinin aslı konusudur (Zahit İmre, “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre Hukukları Mukayesesiyle)”, *İÜHFİM*, Cilt: 13, Sayı 1- 4, 1947, s. 1481 vd.).

⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bovay, s. 43; ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, § 17 N. 2.

⁵⁰ Alacaklı temerrüdü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üçer, s. 124 vd.

⁵¹ Tahiroğlu, s. 93.

⁵² Türk Hukukunda da borçlu temerrüdünün kanunda aranan şartların gerçekleşmesiyle meydana gelen bir ifada gecikme hali olduğu belirtilmiş ve ifada gecikmenin borçlu temerrüdünün ön safhası gibi düşünülmesi gereği ifade edilmiştir (Halil Akkanat, “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, *M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 49.

borcun söz konusu olması, muacceliyete rağmen ifanın gerçekleştirilmemesi ve fakat ifa imkanının devam ediyor olması icap eder⁵³.

Taraflar borcun ifa zamanını kararlaştırmışlarsa vadeli borçlardan bahsedilir ve vadeli borçlarda borç, vade günü istenebilir hale gelecek olup alacaklının bu süreden önce alacağını talep etmesi geçerli değildir⁵⁴. Esas olarak, Romalıların anlayışına göre borç için bir vade tespit edilmesinin anlamı, alacaklının o tarihten evvel alacağını talep etmesine mâni olmaktır. Fakat bu durum borçlunun borcunu vadesinden önce ifa etmesine de engel oluşturmaz, zira muacceliyet ile ifa edilebilirlik kavramları birbirinden farklıdır⁵⁵. Vadeli borçlarda alacaklı tarafından vadeden önce bir ihtarda bulunulacak olursa, bu, borçluyu temerrüde düşürmeye yetmeyecektir⁵⁶. Taraflar ifa zamanını kararlaştırmamışlarsa vadesiz borçlardan bahsedilir ve vadesiz borçlarda alacaklı, edimin niteliği gereği ifa mümkün olduğu andan itibaren ifayı talep edebilir⁵⁷. Buna göre vadesiz borçlarda; alacaklı, kural olarak ifayı her zaman talep edebilir ve talep ettiği anda da borç muaccel hale gelir. Bununla birlikte bir binanın inşası, uzak bir yerde ödeme yapılacak olması gibi hallerde ifanın yerine getirilmesi için bir hazırlık süresine ihtiyaç duyulacağından bu süre boyunca borçludan bir ifa talebinde bulunulamaz. O halde ifa zamanının taraflarca kararlaştırılmadığı hallerde borcun ifası, işin doğası itibariyle, ifa mümkün olduğu andan itibaren istenebilir⁵⁸.

Şarta bağlı borçlar bakımından ise alacağın muaccel hale gelmesi ancak şartın gerçekleşmesinden sonra mümkündür. Bilindiği üzere şart, bir hukuki işlemin hüküm doğurmasının ya da doğmuş olan hükümlerinin sona ermesinin gelecekte gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli bir olaya bağlanmasıdır⁵⁹. Şarta

⁵³ Di Marzo, s. 367.

⁵⁴ D. 50. 17. 186: "...cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest (...borcun ifası için kararlaştırılmış olan zaman gelmeden önce talepte bulunulamaz)"; Di Marzo, s. 367 ve s. 385, ; Tahiroğlu, s. 93.

⁵⁵ Rado, s. 178.

⁵⁶ D. 45. 1. 49. 3; D. 50. 17. 88.

⁵⁷ D. 50. 17. 186: "Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam per solvi possit; ... (Hiç kimse, ifa konusunun doğasına göre teslimi mümkün olan zamandan önce ifa talep edemez...)".

⁵⁸ Lepointe/Monier, s. 356; Tahiroğlu, s. 93.

⁵⁹ Söğütü, s. 276; Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku**, Onüçüncü Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2019, s. 195.

bağlı borçlarda şartın tahakkukundan evvel borç doğmayacağından, temerrüdün gerçekleşmesi de beklenemez. Buradan çıkan sonuç; alacaklı, şartın tahakkukundan önce borcun ödenmesi yönünde bir talepte bulunsa bile, borçlu bu talebi reddedip, ifayı şartın gerçekleşmesine kadar geciktirebilir. Böyle bir durumda alacaklı ifada gecikme olduğundan bahisle temerrüt hükümlerini yürütemez⁶⁰.

Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün diğer bir şartı, hakim fikre göre, ihtar (interpellatio)'dur. İhtar, borcun ifa edilmesi yönünde alacaklı tarafından borçluya uygun yer ve zamanda yapılan bir uyarıdır⁶¹. İhtar alacaklı tarafından bizzat yapılabileceği gibi alacaklı tarafından bu konuda yetkilendirilmiş bir kişi tarafından da yapılabilir. İhtar, borçluya ya da borçlunun ehliyetsizliği halinde onun vasisine yapılır⁶². İhtar sözlü veya yazılı olarak yapılabilir ancak tanıklar huzurunda yöneltilmesi şarttır⁶³ ve ayrıca ihtarın, teknik olarak, alacaklının borcun ödenmesi yönündeki isteğini tam olarak kapsamaması da zorunlu bir husustur⁶⁴.

İhtarın en önemli işlevi hiç şüphesiz ifa zamanını borçluya haber vermektir. Özellikle ifa zamanının taraflarca kararlaştırılmadığı durumda ifa zamanının kim tarafından tayin edileceği noktasında bir sorun yaşanacaktır. Bu sorun ancak alacaklının ihtarı ile aşılmış olacaktır⁶⁵; alacaklı tarafından borçluya ifayı gerçekleştirmesi yönünde bir istekte bulunulduğunda her iki taraf da ifa zamanını öğrenmiş olacak ve bu zamana riayet edilmediğinde de temerrüt gündeme gelecektir. Bu düşüncenin etkisi altında yavaş yavaş interpellatio ve mora kavramları neredeyse eş anlamlı kullanılmaya başlanmış ve sonrasında artık, borçluyu temerrüde düşürmek için ihtar yapma geleneği yerleşmiştir⁶⁶. Iustinianus hukukuna gelindiğinde ise ihtar zorunlu hale gelmiştir⁶⁷.

İhtar Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün esaslı unsuru olarak kabul edilse bile bazı istisnalarının olduğu bilinmekteydi. Mesela vadeli borçlar

⁶⁰ Ayrıca bkz. Di Marzo, s. 367.

⁶¹ Girard, s. 689.

⁶² D. 45. 1. 24; ayrıca bkz. Cuq, s. 609.

⁶³ D. 22. 2. 2.

⁶⁴ İhtarın şekli hakkında ayrıntı için bkz. Accarias, s. 598; Di Marzo, s. 367.

⁶⁵ Günal, s. 2413.

⁶⁶ Zimmermann, s. 792.

⁶⁷ İhtarın Klasik devirde de mevcut olduğu ancak bazı istisnalarının bulunduğu yolunda bkz. Girard, s. 689.

ihtar zorunluluğunun istisnalarından biriydi. Bugünkü hukuklarda da geçerli olan ve “*dies interpellat pro homine* (vade insan yerine ihtar eder)” kuralı Roma Hukuku kaynaklarının derlenmesinden çıkan bir sonuçtur⁶⁸. Ancak önemle belirtelim ki doktrinde bu kuralın Roma Hukuku kökenli olmadığı, Ortaçağ hukukçularından Glossatorlarca yaratılmış olduğu fikri hakimdir. Zira Klasik hukukun anlayışına göre ihtar kendiliğinden değil (ex re), ancak bir insan vasıtasıyla (ex persona) gerçekleşebilir⁶⁹. Şu hâlde bu kural Klasik hukukun temerrüt anlayışına terstir. Vadeli borçlarda ihtarın gerekli olmadığı kuralı Roma Hukuku kaynaklarını bu şekilde yorumlayan Glossator’ların bir ürünüdür⁷⁰. İhtar gerekliliğinin ortadan kalktığı bir başka istisna da hırsızlıktan doğan mahkûmiyet borçlarıdır; hırsızın daima temerrütte olduğu kabul edilmiştir⁷¹. Bu iki istisnai durumun dışında borçlunun çok uzakta olması ya da gaipliği gibi bir nedenle ihtarın yapılmasının imkânsız ya da aşırı güç olduğu durumlarda da temerrüdü ex persona olarak değil, ex re olarak gerçekleşeceği kabul edilmiştir⁷².

Sonuç

“Roma Hukukunda Borçlunun Temerrüdü (Mora Debitoris) Kavramının Genel Çizgileri” başlıklı bu çalışmamızda ulaştığımız ilk tespit, borçlunun temerrüdünün Roma Hukukunda hukuki bir mesele olmaktan çok, maddi bir mesele olarak ele alındığıdır. Borçlunun temerrütte olup olmadığına somut olayın özelliklerine göre hakim karar verecektir. Borcunu zamanında ifa etmeyen ve bunda da haklı bir sebebi bulunmayan borçlu genellikle temerrütte kabul edilmiştir. Çalışmamızdaki bir başka tespitimiz, Roma Hukukunda borçlunun temerrüdünün maddi bir mesele olarak kabul edilmesi ve tespitinin hakime bırakılması nedeniyle borçlu temerrüdünün oluşumu için hangi şartların gerektiğinin baştan tespitinin güç olmasıdır. Genellikle kabul edilen, ifası mümkün ve muaccel olan bir borcun alacaklının ihtarına rağmen yerine getirilmemesinin borçlunun temerrütte olduğuna karar verilmesi için yeterli olduğudur.

⁶⁸ Di Marzo, s. 367; Tahiroğlu, s. 94.

⁶⁹ D. 22. 1. 32 pr.

⁷⁰ Di Marzo, s. 367; Tahiroğlu, s. 94.

⁷¹ D. 13. 1. 8. 1: “...*semper enim moram fur facere videtur* (...hırsızın daima temerrütte olduğu kabul edilir)”. Ayrıca bkz. Günel, s. 2413.

⁷² Petit, s. 489.

KAYNAKÇA

Accarias, C.: **Précis De Droit Romain, Contenant Avec L'Exposé Des Principes Généraux**, Le Texte, La Traduction Et L'Explication Des Institutes Tome II, 4. éd., Paris, Librairie Cotillon, 1891.

Akkanat, Halil: "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", **M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınları, 2000, s. 1-49.

Barlas, Nami: **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1992.

Bovay, Henry: **Esence De La Demeure**, Lausanne, Librairie Payot, 1934.

Cuq, Edouard: **Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains**, 2. éd., Revue et Complétée, Paris, Librairie Plon, Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence, 1928.

Di Marzo, Salvatore: **Roma Hukuku**, 5. tabından çeviren: Ziya Umur, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.

Girard, Paul Frédéric: **Manuel Elémentaire De Droit Romain**, 8. édition, Revue Et Mise A Jour, Paris, Librairie Arthur Rousseau Editeur, 1929.

Günel, Nadi: "La Mora del Debitore (mora debitoris)", **Fides Hvmanitas Ivs, Studi in Onore di Luigi Labruna**, IV, Editoriale Scientificat. t.y.

Hatemi/Gökyayla: **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm**, 4. bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Hatemi, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999.

Havutçu, Ayşe: **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1995.

İmre, Zahit: “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İngiliz, Sovyet Rusya, Alman, Fransız ve İsviçre Hukukları Mukayesesiyle)”, **İÜHF**, Cilt: 13, Sayı 1- 4, 1947, s. 1475-1536.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Dersleri**, Birinci Fasikül, Hemen Hemen Hiç Değiştirilmemiş 2. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1985.

Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, **Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: Rona Serozan, İfa- İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme- Ek: Uygulama Çalışmaları**, Gözden Geçirilmiş 7. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Kochaker, Paul/ Ayiter, Kudret: **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1993.

Küçük, Eşref: “XII. Yüzyıl Rönesans’ı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, **AÜHFD**, Cilt: 56, Sayı 4, 2007, s. 111-122.

Lepointe, G. /Raymond Monier, **Les Obligations en Droit Romain et dans l’Ancien Droit Français**, Paris, 1954.

Monier, Raymond: **Manuel Élémentaire de Droit Romain**, Tome II, Les Obligations, 4. édition, revue et complétée, Paris, Editions Montchrestien, 1948.

Petit, Eugène: **Traité Élémentaire de Droit Romain**, 9. éd., Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1925.

Rado, Türkân: **Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku**, 11. Basıdan 13. (Tıpkı) Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Ramoni, Claude: **Demeure du Débiteur aux Divers Contrats Du Code des Obligations**, Thèse de Licence et de Doctorat Présentée à la Faculté de Droit de L’Université de Lusanne, Schulthess Zurich, 2002.

Schmidlin, Bruno / Augusto Cannata, Carlo: **Droit Privé Romain, II, Obligations- Successions- Procédure**, Lausanne, 1987.

Söğütlü, Özlem: **Roma Özel Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Tahiroğlu Bülent / Erdoğmuş, Belgin: **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Hukuk Tarihi- Genel Kavramlar- Usul Hukuku**, Onüçüncü Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2019.

Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, 1. 07. 2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13. 1. 2011’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Düzenlenmiş İkinci Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2016.

Tamer, Diler: “Mora Creditoris”, **Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul**, Volume 35, No 52, 2003, s. 443-453.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Umur, Ziya: **Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar- Umumi Mevhumlar- Hakların Himayesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.

Üçer, Mehmet: **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, Ankara Turhan Kitabevi, 2007.

Zimmermann, Rein: **The Law Of Obligations**, Oxford,1995.

Kamu Hukuku/ Public Law

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI

*Background Check and Right to Respect for Private Life Based on the
Constitutional Court Decisions*

Prof. Dr. Mehmet KAHRAMAN*
Arş. Gör. Muhammed ŞAHİN**

ÖZET

Bilişim teknolojilerinin gelişmesi ve kullanımının yaygınlaşması, kişisel verilerin toplanmasını ve paylaşımını önemli ölçüde kolaylaştırmış ve bunun sonuçları bireylerin temel hak ve özgürlüklerini etkilediği için hukuki düzenlemeler yapma ihtiyacı doğmuştur. Gerek dünya genelinde ve gerekse ülkemizde kişisel verileri korumayı amaçlayan çeşitli hukuksal düzenlemeler yapılmış, bunun doğal bir sonucu olarak, mahkemelerde görülen davalar neticesinde yargı içtihatları oluşmuştur. Nitekim gerek AİHM'nin ve gerekse AYM'nin konu hakkında önemli kararları bulunmaktadır.

* Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, kahraman88@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0003-2086-487X

** Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, muhammed2sahin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9355-2581

Özel hayata saygı hakkı kapsamında yer alan kişisel verilerinin korunması, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda verdiği bireysel başvuru ve norm denetimi kararları artış eğilimi göstermektedir. Mahkemeye bu konuda yapılan başvurulardan bir kısmı, güvenlik soruşturmaları ve arşiv araştırması kapsamındaki bilgilerinin işlenmesinden ve kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine ilişkindir. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamındaki bilgilerin arşivlenerek saklanması, bireylerin özel hayatını olumsuz yönde etkileyeceğinden, bu kapsamdaki verilerin nasıl ve ne kadar süre tutulacağı, ne şekilde kullanılacağı ve bu konuda kişiler için sağlanan güvencelerin neler olduğunun incelenmesi gerekliliğinden hareketle yapılan bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin Fatih Saraman kararı ve 4045 Sayılı Kanun'a ilişkin olarak verdiği iptal kararı ele alınmıştır. Çalışmada Anayasa Mahkemesinin başvuruları incelerken izlediği yöntem, belirlediği ilkeler, hak ihlallerine yaklaşımı ve özel hayata saygı hakkı bağlamında kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin değerlendirmeleri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Güvenlik soruşturması, arşiv araştırması, özel hayata saygı hakkı, kişisel veri, kişisel verilerin korunması.

ABSTRACT

The development and spread of information technologies have significantly facilitated the collection and sharing of personal data with affect to the fundamental rights and freedoms of individuals. Therefore necessity to make legal arrangements to protect individuals has increased. Various legal arrangements have been made to protect personal data both in the world and in Turkey, and judicial jurisprudence has occurred as a result of the cases brought to the courts. As a matter of fact, both the ECHR and the Turkish Constitutional Court have made remarkable decisions on this subject.

The protection of personal data within the scope of the right to respect for private life is regulated in Article 20 of the Turkish Constitution. The number of individual application decisions and norm control decisions made by the Constitutional Court in this context tend to increase. Some of the applications on this matter are related to the violations of rights arising from the process and use of information gathered from background checks and archive researchs. Since archiving and storing information gathered from the background checks and archive researchs will negatively affect the private life of individuals, the necessity of examining how and for how long the data is to be kept, how it will

be used and what the guarantees are provided for individuals in this regard has arisen. Therefore in this study, the decisions of the Constitutional Court regarding the Fatih Saraman and the revocation of Law No. 4045 are discussed. The methods and approaches that the Constitutional Court followed while examining the applications are focused mainly.

Key Words: Security investigation, archive research, the right to respect for private life, personal data, protection of personal data.

GİRİŞ

İçinde bulunduğumuz bilgi çağında iletişim teknolojilerinin gelişmesi ve kullanımının yaygınlaşması, kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve paylaşımını önemli ölçüde kolaylaştırmıştır. Bu sonuç, bireylerin özel hayatlarının gizliliğini etkilemiş ve verilerin korunması için hukuksal düzenlemeler yapma ihtiyacını gündeme getirmiştir.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik ilk düzenlemelerden biri, Avrupa Konseyi tarafından 1981 yılında kabul edilen, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'dir¹. Aynı şekilde, Avrupa Birliği tarafından kabul edilen, Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin 95/46/AT Sayılı Direktifi² ve 2016 tarihinde çıkarılan Genel Veri Koruma Tüzüğü³ de bu konuda önemli kurallar içermektedir. Bu düzenlemelerin genel amacının, devlet organları ve diğer kişiler tarafından bireylerin özel yaşam alanına müdahalelerin önlenmesi ve bireylerin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin hukuksal bir zemin oluşturmak olduğu söylenebilir.

Türkiye'de kişisel verilerin korunması konusunda yapılan ilk düzenleme, 2010 yılında Anayasanın 20. maddesine üçüncü fıkra eklenerek yapılmış-

¹ Sözleşme metni için bkz.; <https://kisiselveri.com/kisisel-verilerin-otomatik-isleme-tabi-tutulmasi-karsisinda-bireylerin-korunmasi-sozlesmesi>; Erişim: 20.05.2020.

² <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:EN:HTML>; Erişim: 22.05.2020.

³ Regulation 2016/679 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, 27/04/2016.

tır⁴. Daha sonra, “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” amacıyla, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) çıkarılmıştır⁵.

Kişisel verilerin korunması konusunda yapılan bu düzenlemeler yanında, Anayasa Mahkemesi kararları da önemli bir kaynak işlevi görmektedir. Mahkemenin kişisel veriler konusundaki gerek norm denetimi ve gerekse hak ihlallerine yönelik bireysel başvuru kararlarının sayısının giderek artması, bu kararların incelenmesini gerekli kılmaktadır. Zira bu tür incelemeler, hem Mahkemenin hak ihlallerine yaklaşımını ve sorunları çözerken belirlediği ilkeleri ortaya koyacak, hem de bu kararlara yönelik eleştirel analizler Mahkemenin gelecekte vereceği kararlarda bakış açısını genişletmesine neden olabilecektir.

Anayasa Mahkemesine yapılan başvurulardan bir kısmı, güvenlik soruşturmaları ve arşiv araştırması kapsamındaki bilgilerinin işlenmesinden ve kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine ilişkindir⁶. Bir devletin suç işlenmesinin önlenmesi, kamu düzeninin sağlanması ve kamu güvenliği gibi nedenlerle bireylerin mahkûmiyet ve yargılamaya ilişkin bilgilerini kaydetmesi ve saklanması birçok devlette var olan olağan bir uygulamadır. AİHM, bir yandan, Sözleşme’ye taraf devletlerin millî güvenliği korumak için, yetkili ulusal makamlarına kişiler hakkında bilgi toplama ve halka açık olmayan siciller tutma ve millî güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken bu bilgiyi kullanma yetkisi veren kurallara sahip ol-

⁴ 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2. Maddesi ile Anayasasının 20 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“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.”

⁵ 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, **Resmî Gazete**, 07.04.2016, S. 29677.

⁶ İlgili AYM kararlarından bazıları için bkz.; AYM, **Fatih Saraman**, B. No: 2014/7256, 27.02.2019; **Turgut Duman**, B. No: 2014/15365, 29.05.2019; **Bülent Kaya**, B. No: 2013/2941, 11.5.2016; E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020.

maları gerektiğini belirtmekte⁷; öte yandan kamu mercilerinin bir bireyin özel hayatıyla ilgili bilgileri toplaması, kaydetmesi ve saklamasının özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturacağını belirtmektedir⁸. AİHM'nin, milli güvenlik ile bireyin özel hayatına saygı hakkı arasında bir denge gözetilmesi gerektiğine işaret ettiği görülmektedir.

Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamındaki bilgilerin arşivlenerek saklanması bireylerin özel hayatını olumsuz yönde etkileyeceği kuşkusuzdur. Dolayısıyla, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamındaki verilerin nasıl ve ne kadar süre tutulduğunun, ne şekilde kullanıldığıının ve kişiler için sağlanan güvencelerin neler olduğunun incelenmesi önem arz etmektedir. Bu gereklilikten hareketle, çalışmamızda Fatih Saraman⁹ kararı ve ilgisi nedeniyle Anayasa Mahkemesinin 4045 Sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli İle Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 1. maddesine eklenen ikinci fıkranın iptaline ilişkin olarak verdiği norm denetimi kararı¹⁰ inceleyecektir. Çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin başvuruları incelerken izlediği yöntem, belirlediği ilkeler ve özel hayata saygı hakkı bağlamında kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin değerlendirmeleri incelenmeye çalışılacaktır.

I. ÖZEL HAYAT VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ

Özel hayata saygı hakkı, hayat (yaşama) hakkı ve mülkiyet hakkı gibi geleneksel haklardan biri değildir; toplumların yaşadığı siyasal, sosyal ve ekonomik gelişmeler sonucu doğup gelişen bir haktır¹¹. Özel hayatın gizliliği hak-

⁷ AİHM, *Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 26.03.1987, § 59.

⁸ AİHM, *Kopp/İsviçre*, B. No: 23224/94, 25.3.1998, § 53 *Amann/İsviçre* [BD], B. No: 27798/95, 16.2.2000, § 69; *Rotaru/Romanya* [BD], B. No: 28341/95, 4.5.2000, §§43, 44, 46.

⁹ AYM, *Fatih Saraman*, B. No: 2014/7256, 27.02.2019.

¹⁰ AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020; *Resmî Gazete*, 28.04.2020, S. 31112.

¹¹ Bu konuda atıf yapılan temel kaynak, *Warren ve Brandeis*'in "Mahremiyet Hakkı" (*The Right to Privacy*) isimli makalesidir. Adı geçen çalışmada kişilerin mahremiyet hakkının salt iftira/hakaret ve karalamaya ilişkin hukuk kuralları ile korunamayacağı üzerinde durulmuş, kişilerin yalnız kalma (*to let be alone*) hakkına sahip olduğu ileri sürülerek bu hakkın kapsamı ve sınırları tartışılmıştır. Samuel D. **Warren**; Louis D. **Brandeis** (1890). "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 5, pp. 193-220; <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>; Erişim: 14.05.2020.

kının temelinde, bireyin devletin ve üçüncü kişilerin müdahalelerine kapalı özel bir yaşam alanına duyduğu ihtiyacı yatmaktadır¹².

Özel hayatın gizliliği hakkı, herkesin kendisi, ailesi ve mesleğiyle ilgili olan, ancak başkaları tarafından öğrenilmesi istenmeyen bilgileri içeren; kişilerin üzeri, eşyası ya da iletişimi vs. ile ilgili olarak, herkese karşı ileri sürülebilen ve anayasal güvence kapsamına alınan mutlak bir haktır¹³. Dolayısıyla hukuk devleti olmanın bir gereği olarak devletin, bireylerin özel hayatını ve bu hayatın gizliliğini tanımak ve korumakla yükümlü olduğu söylenebilir. Aynı şekilde, kişilere maddi ve manevi varlıklarını diledikleri gibi geliştirebilecekleri ve yönlendirebilecekleri bir özel yaşam alanı oluşturmak demokratik hukuk devleti olmanın da bir gereğidir¹⁴.

Özel hayatın korunmasının temel amacı, insanın kişiliğinin serbestçe gelişmesine olanak tanımak ve bu sayede kişiye ne devlet tarafından, ne de başkaları tarafından müdahale edilemeyen özerk bir alan sağlamaktır. Özel hayatın korunması, insanın onurunun korunmasının bir aracıdır¹⁵.

Özel hayatın gizliliği, birçok uluslararası belgede ve modern demokratik devletlerin anayasalarında güvence altına alınmıştır. Batı demokrasilerinde özel hayatın gizliliği ve korunması esastır¹⁶. Modern hukuk devletlerinde, kişi tüm hakları ile bir bütün olarak korunmakta olup, kişinin özel hayatı da bu koruma alanı içinde yer almaktadır.

Özel hayat, tüm boyutları ile tam olarak tanımlanabilmiş bir kavram değildir. Bununla birlikte özel hayatın, kişinin diğer kişilerden gizlediği ve kamu-

¹² Ergun **Özbudun** (1997). Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı**, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 265. Nurdan **Okur** (2010). Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (Yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, s. 21; K. Ahmet **Sevimli** (2006). İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, s. 23; Ergun **Özbudun** (1997). Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, **Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı**, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 265.

¹³ Mahmut **Koca** ve İlhan **Üzülmez** (2016). **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 3. B., Ankara, s. 465.

¹⁴ Veli Özer **Özbek**, Mehmet Nihat **Kanbur**, Koray **Doğan**, Pınar **Bacaksız** ve İlhan **Tepe** (2015). **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, s. 524.

¹⁵ Ergun **Özbudun** (1997), s. 265.

¹⁶ Doğan **Kılınc** (2012). "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", **AÜHFD**, 61 (3) 2012:1089-1169, s. 1091.

ya kapalı olan hayatı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kişinin özel yaşam alanının, sadece yakınları tarafından bilinen ve onlarla paylaşılan etkinlik ve davranışlarını kapsayan alanı olduğu söylenebilir¹⁷.

Özel hayatın üç alanı içerdiği kabul edilmektedir¹⁸. Bu alanlardan ilki, “ortak alan” dır. Bu alan, başkalarının bilmesinde sakınca görülmeyen, kamuya açık olan alandır. Bu alan, kişinin kamuya açık alanlardaki yaşam unsurlarını içerir. Ortak alanın sınırlarının belirlenmesinde kişinin statüsü, kimliği, tanınırlığı gibi unsurlar belirleyici olmaktadır. Kişinin toplumdaki tanınırlığı arttıkça ortak alanın sınırları da genişlemektedir. Dolayısıyla bir film yıldızının, bir politikacının, bir sanatçının özel hayatının sınırları, sıradan bir insana göre daha geniş olmak durumundadır. Zira bu kişilerin özel yaşamı başta medya olmak üzere, kişiler tarafından merak edilecek ve bilinmek istenecektir¹⁹.

Özel hayatın içerdiği ikinci alan, “özel alan” dır. Özel alan, kişinin başta ailesi olmak üzere akrabaları, dostları ve iş arkadaşları ile paylaştığı yaşam alanıdır. Özel alan, ortak alanda olduğu gibi kamuya açık değildir; sadece belirli kişilere açık bir alandır. Bu nedenle kişiler özel alan kapsamındaki konuların başkaları tarafından bilinmesini istemezler.

Nihayet üçüncü alan ise, “gizli alan” dır. Gizli alan, kişinin sırlarından oluşur; bu nedenle “sır alan” olarak da ifade edilir. Gizli alan, kişinin sadece yakınlık hissettiği özel kişilerle paylaştığı sırları, duyguları, düşünceleri, ümitleri, korkuları ve tercihlerinden oluşan gizli yaşam alanıdır. Kişinin gizli alandaki bilgileri kamuya kapalı olduğu için, başkaları tarafından gelebilecek müdahalelere karşı dokunulmazlığa sahip kılınmış ve hukuki koruma altına alınmıştır²⁰.

Gerek iç hukukumuzda ve gerekse uluslararası hukukta özel hayatın kapsamlı bir tanımının yapılmadığı görülmektedir. Doktrin ve özellikle yüksek mahkeme içtihatları ile tanımlama yoluna gidilmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bu yönde bir çaba içinde olmuştur. AİHM’e göre özel hayat, bütün unsurlarını içerecek şekilde tanımlanamayacak nitelikte

¹⁷ Fatih Kanmaz (2015). *Özel Hayata Karşı Suçlar*, Ankara, s. 127.

¹⁸ Sultan Üzeltürk (2004). *1982 Anayasası Ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Beta Yayıncılık, İstanbul, s.4.

¹⁹ Özbudun (1997), s. 266; Kılınç, s. 1102.

²⁰ Muhammet Murat Ülkü (2005). 5237 Sayılı TCK 132-140 Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Samsun, s. 11; Kılınç, s. 1102.

geniş kapsamlı bir yaşam alanıdır. Mahkemeye göre özel hayat, mahremiyet hakkından daha geniş kapsamlıdır ve herkesin özgür bir şekilde kişiliğini geliştirmesini sağlayan bir alanı içerir; kişinin dış dünya ve diğer insanlarla ilişkiler geliştirmesini de içerir²¹. Mahkeme'nin *Niemietz/Almanya*²² kararına göre;

“...[özel hayat] kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir “iç alan” la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.”

Özel hayat, bireyin sadece iç alanı ile sınırlı olmayıp, dış dünya ile ilişkilerini de içerebilmektedir. AİHM'e göre; bireyin cinsel ilişkiler dâhil olmak üzere çeşitli ilişkiler kurabilmesi ve bu ilişkileri geliştirmesi, cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi, yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun, haberleşmesine özel teknik araçlarla müdahale edilmesi, rızası alınmadan devlet tarafından birey hakkında bilgi toplanması, zorunlu tıbbi tedaviler hakkındaki bilgiler özel hayat kapsamında değerlendirilmektedir²³.

AİHM'e göre özel hayat, bireyin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsamaktadır. AİHS'nin 8. maddesindeki teminatın esas amacı, dışarıdan müdahale olmadan, her bireyin diğer insanlarla olan ilişkilerinde kişiliğini geliştirmesini sağlamaktır²⁴. AİHM, *Klass/Almanya*²⁵ kararında kişinin özel hayatı kapsamındaki verilerin kamusal organlar tarafından toplanmasına, depolanmasına ve işlenmesine ilişkin ilkeler belirlemiştir. Buna göre, bireyin özel hayatı kapsamındaki bilgilere ilişkin kamusal müdahaleler, ancak bireyi koruyucu

²¹ Ursula **Kilkelly** (2001). “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”, **İnsan Hakları El Kitapları**, No. 1, Starzbourg, s. 16-17.

²² AİHM, *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16 Aralık 1992, A serisi No: 251-B.

²³ **Kılınç**, s. 1100.

²⁴ AİHM, *Botta/İtalya*, 24 Şubat 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, s. 422, paragraf 32.

²⁵ AİHM, *Klass/Almanya*, , Series A No: 269, 22.09.1993, paragraf 41.

uygun ve etkili garantiler içeren yasal düzenlemeler bulunması halinde mümkündür²⁶.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi bir kararında özel hayatın sınırlarını belirterek tanımlama yoluna gitmiştir. Buna göre özel hayat²⁷;

“... bireyin kendi hayatını en az müdahale ile yaşamasını, özel, aile ve ev hayatı, fiziksel ve moral bütünlüğü, onuru ve şöhreti içeren, gerçeğe aykırı bir pozisyonda gösterilmekten sakınma, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmaması, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmaması, güvenilerek verilen veya alınan enformasyonun açıklanmasının engellenmesi hakkıdır.”

Anayasa Mahkemesi de özel hayatın tam bir tanımının olmadığını kabul ederek, bu kavramı tanımlama yoluna gitmiştir. Anayasa Mahkemesi, özel hayat ile korunan hukuki değerlerin “kişisel bağımsızlık” ve “mahremiyet” hakkı olduğunu belirtmektedir²⁸. Mahkemeye göre;

“Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21.01.2015, § 31).

Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız

²⁶ Oğuz **Şimşek** 2001, “4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve Kanununun 4. Maddesine Göre "Kayıt ve Verilerin İncelenmesi" ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması”; **İzmir Barosu Dergisi**, S. 4.

²⁷ Avrupa Konseyi Parlamentosunun, medya, toplu iletişim ve insan hakları konusunda deklarasyon içeren ilke kararının numarası ve karara erişimi için; No: 428 (1970); <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>; Erişim: 18.03.2020 Mahmut **Erdemli** ve Tolga **Onur** (2014).”Türkiye’de Özel Hayat ve Bilgi Edinme Hakkı İlişkisi: Bilgi Edinme Kurulundan İki Adım İleri Bir Adım Geri”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, s.301.

²⁸ AYM, **Güzide Defne Samyeli**, B. No: 2014/4399, 21.09.2016, §§ 61, 62.

bırakılma hakkından ibaret olmayıp bu hak, bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılmaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır...”

Görüldüğü gibi, özel hayat nedeniyle korunan hukuki değerler Mahkeme tarafından anlaşılmıştır. Buna göre kişisel bağımsızlık, herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olmasıdır. Ancak özel hayat, herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenememektedir.

Mahremiyet hakkı ise, bir yandan bireyin yalnız bırakılmasını, öte yandan bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilmesini içermektedir. Mahremiyet hakkı nedeniyle birey hakkındaki bilgiler, onun rızası olmadan açıklanamaz, yayılamaz ve kullanılamaz. Zira bireyin menfaati, bu bilgilerin mahrem kalmasını gerektirmektedir.

II. KİŞİSEL VERİLER VE VERİ İŞLEME KAVRAMLARI

Kişisel veriler konusunda gerek değişik uluslararası belgelerde ve gerekse yüksek mahkemeler tarafından değişik tanımlar yapıldığı görülmektedir. Genel olarak kişisel veri, “*Belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin tüm bilgiler*” olarak tanımlanmaktadır²⁹.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 108 sayılı, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’nin 2. maddesinde kişisel veri tanımlanmıştır³⁰. Buna göre kişisel veriler; “*Kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi ("ilgili kişi") hakkındaki tüm bilgileri ifade eder.*”

Avrupa Birliği (AB) tarafından kişisel veriler konusunda yapılan ilk düzenleme olan Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bi-

²⁹ Kılınç, s. 1093.

³⁰ <https://kisiselveri.com/kisisel-verilerin-otomatik-isleme-tabi-tutulmasi-karsisinda-bireylerin-korunmasisozlesmesi>; Erişim: 20.05.2020.

reylerin Korunmasına İlişkin 95/46/AT Sayılı Direktife göre kişisel veri; “kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkili her tür veri” olarak tanımlanmıştır³¹.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanununun 3/1-d. maddesine göre kişisel veri ise; “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder.”

AİHM, verdiği kararlarla kişisel verilerin neleri içerdiğini somutlaştırmıştır. Mahkeme, bireylerin nüfus ve aile kayıtlarını, parmak izlerini, DNA yapılarını, tıbbi verilerini, iletişim numaralarını, telefon görüşmelerini, kamera kayıtlarını, inançlarını, özel görüşmelerini, kolluk tarafından tutulan kayıtlarını, kişisel veri olarak değerlendirmiştir³².

AİHM, verdiği kararlarda kişisel verilerin, kişinin rızası olmadan ya da rıza olsa bile bazı yasal hükümlere aykırı olarak toplanmasını, kullanılmasını ve saklanmasını özel hayata müdahale bağlamında değerlendirmiştir. Mahkeme, kişisel veriler konusunda devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir³³.

Anayasa Mahkemesine göre³⁴ kişisel veri, “belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder.” Mahkemeye göre ad, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini orta-

³¹ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:EN:HTML;> Erişim: 22.5.2020. AB Veri Koruma Direktifi, kişisel verilerin korunması alanında tüm dünyada kabul gören bir düzenleme içermektedir. Direktifte kişisel verilerin kaybını, yetkisiz kişilerin eline geçmesini ve bu kişilerce yasadışı bir biçimde imha edilmesini önlemek amacıyla uygun teknik ve kurumsal önlemlerin alınmasına yönelik önemli hükümler yer almaktadır.

³² İlgili kararlar için bakınız; AİHM, *X/United Kingdom*, B. No: 9072/82, 06.10.1982; *Godelli/İtalya*, B. No: 33783/09, 25.09.2012; *S. and Marper/ United Kingdom*, B. No: 30562/04 and 30566/04, 2008, § 67; *M.K./Fransa* B. No: 19522/09, 18.04.2013, § 29; *Malone/United Kingdom*, B. No: 8691/79, 02.08.1984, Series A no 82; *Amann/İsviçre*, B. No: 27798/95, 16.02.2000; *Bărbulescu/Romanya*, B. No: 61496/08, 05.09.2017, § 35-36; *Peck/United Kingdom*, B. No: 44647/98, 28.01.2003; *Köpke/Almanya*, B. No: 420/07, 05.10.2010; *Tsavachidis/Yunanistan*, B. No: 28802/95, 21.01.1999; *Fernandez Martinez/İspanya*, B. No: 56030/07, 12.06.2014; *Wisse/Fransa*, B. No: 71611/01, 22.05.1990; *Szuluk/United Kingdom*, B. No: 36936/05, 02.06.2009; *Murray/United Kingdom*, B. No: 14310/88, 24.10.1988; *M.M./United Kingdom*, B. No: 24029/07, 13.11.2012; *Panteleyenkov/Ukrayna*, B. No: 11901/02, 29.06.2006.

³³ AİHM, *Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 23.03.1987; *Gaskin/United Kingdom*, B. No: 10454/83, 07.07.1989; *M.G./United Kingdom*, App. No: 39393/98, 03.07.2001.

³⁴ AYM, *Güzide Defne Samyeli*, B. No: 2014/4399, 21.09.2016, § 64.

ya koyan bilgilerin değil telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, alışveriş alışkanlıkları, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerdir³⁵. AYM, ceza mahkûmiyetine ilişkin bilgilerin de özel nitelikli kişisel veri olduğunu belirtmiştir³⁶.

Veri işleme ise, kişisel verileri toplama, kullanma, açıklama, uyarılma, değiştirme, düzeltme, alma, birleştirme, engelleme, silme, aktarma, imha etme, kaydetme, düzenleme, saklama ve kullanma dâhil, otomatik araçlarla yapıp yapılmamasına bakılmaksızın kişisel bilgileri içeren herhangi bir işlemler dizisi olarak tanımlanabilir³⁷.

6698 sayılı Kanununun 3/1-e maddesine göre kişisel verilerin işlenmesi tanımlanmıştır. Kanuna göre kişisel verilerin işlenmesi; kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade etmektedir.

6698 sayılı Kanunda, kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği belirtilmiştir. (m.5/1). Bununla birlikte, kanunlarda açıkça öngörülmesi halinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın, verilerin işlenmesi mümkündür.

³⁵ Bu konudaki AYM kararları için bkz.; AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25.12.2014; E.2013/122, K.2014/74, 9.4.2014; E.2014/149, K.2014/151, 2.10.2014; E.2013/84, K.2014/183, 4.12.2014; E.2014/180, K.2015/30, 19.3.2015; *Bülent Kaya* [GK], B. No: 2013/2941, 11.5.2016, § 49; *Güzide Defne Samyeli*, § 64.

³⁶ Bkz.; AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19.03.2015; E.2014/74, K.2014/201, 25.12.2014. 6698 sayılı Kanuna göre, “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*” (m.6).

³⁷ Christopher Millard and W. Kuan Hon (2012). “*Defining Personal Data in e-Social Science*”, Information, Communication and Society, 2012, Vol 15(1) p 66, s. 12; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1809182, Erişim: 23.05.2020.

III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Kişisel verilerin korunması, uluslararası hukukta önem verilen bir konudur. Bu nedenle kişisel verilerin korunması konusunda ulusal ve uluslararası düzeyde çok çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.

Devletler, çeşitli sebeplerle kişisel verilerin korunması hakkında yasal düzenleme yapma yoluna gitmektedirler. Bu nedenlerden ilki, devletlerin özellikle geçmişteki otoriter rejimler dönemlerinde yaşanan mahremiyet ihlallerini gidermek, adaletsiz uygulamaları düzeltmek amacıyla verilerin korunması yoluna gitmek istemeleridir. İkinci neden, gelişen iletişim teknolojileri kullanılarak yapılan elektronik ticareti desteklemektir. Nihayet üçüncü neden ise, Avrupa Konseyi bünyesinde konu hakkında ortak düzenleme yaparak tekdüzeliği sağlamaktır³⁸. Nitekim Avrupa Konseyi üyesi çok sayıda devlet, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan 108 sayılı, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ni³⁹ imzalayarak kabul etmişlerdir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 8. maddesinde kamu makamlarının özel hayata saygı hakkına keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesine ilişkin güvenceler yer almaktadır. Sözleşmenin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlıklı 8. maddesine göre;

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

108 sayılı, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 9. maddesinde

³⁸ Kılınç, s. 1107.

³⁹ <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabiTutulma-siKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf> ; Erişim: 21.05.2020.

kişisel verilerin korunması konusunda getirilecek istisna ve kısıtlamalara yer verilmiştir⁴⁰. Anılan maddeye göre, taraf devletlerin kanunlarında öngörölmüş olması ve demokratik bir toplumda devlet güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri veya suçların önlenmesi ve ilgili kişinin rızası veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunmasının sağlanması için gerekli bir önlem oluşturması halinde bazı istisnalar getirilebilir.

Ülkemizde özel hayata saygı hakkının kapsamı içinde düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkı, Anayasanın 20/3. maddesinde yer almaktadır. Anayasanın 20. maddesinde, herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ve özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmektedir. Anayasanın, “Özel hayatın gizliliği” kenar başlığını taşıyan 20/3. maddesine göre;

“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 öngörölen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Anayasada da özel hayatın gizliliği mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş, bazı istisnalara yer verilmiştir. Anayasanın 20/2. maddesine göre;

“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...”

⁴⁰ Sözleşme metni için bkz.; <https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabiTutulmasiKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf>; Erişim: 27.05.2020.

AYM, kişisel verilerin korunması konusunda yapılan başvurulara ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede, Anayasanın 13. maddesi hükmünün Anayasanın 20. maddesinde yer alan hakların kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiğini belirtmekte ve özel hayata saygı hakkına yapıldığı iddia edilen müdahalelerin incelemesinde kanunilik ve müdahaleyi haklı kılan sebeplerin var olup olmadığını somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kamu mercileri tarafından özel yaşamı ile ilgili sorular sorulması da dâhil olmak üzere bir bireyin özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınmasının, kaydedilmesinin, saklanması ve kullanılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturacağını kabul etmektedir⁴¹. Mahkeme, müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını ise, Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen; kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşulları yönünden incelemektedir.

Anayasa Mahkemesine göre, hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır⁴². Mahkeme, temel hak ve hürriyetleri sınırlandıran bir kanunun şeklen var olmasını yeterli görmemekte, kanunun içerik bakımından niteliğini önemsemektedir. Mahkemeye göre, kanunun yeterince ulaşılabilir olması, vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfiliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir⁴³.

AYM, kanunun uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntılarının düzenleyici işlemlerle yapılabileceğini kabul etmekte, ancak bu durumda da çıkarılan düzenleyici işlemin muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerektiğini belirtmektedir⁴⁴.

⁴¹ AYM, *Bülent Kaya*, B. No: 2013/2941, 11.5.2016, § 51; *Güzide Defne Samyeli*, § 67; *Turgut Duman*, § 60.

⁴² AYM, *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19.12.2013, § 36; *Güzide Defne Samyeli*, § 76.

⁴³ AYM, *Halime Sare Aysal*, B. No: 2013/1789, 11.11.2015, § 62, 63.

⁴⁴ AYM, *Halime Sare Aysal*, § 66; *Turgut Duman*, § 71.

Anayasa Mahkemesi, kanunilik yönünden yaptığı incelemeden sonra, özel hayata müdahale oluşturan kanuni düzenlemelerin Anayasa m. 20. ve AİHS m. 8 çerçevesinde meşru bir amaca dayalı olup olmadığını incelemektedir. Mahkeme, daha sonraki aşamada kamu makamları tarafından özel hayata yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini ve nihayet müdahalenin ölçülülüğünü incelemektedir.

Anayasa Mahkemesine göre, kişisel verilerin korunması hakkı, insan onuru ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkına dayanmaktadır⁴⁵. Özel yaşamına ilişkin tüm kişisel verileri kaydedilen ve mahremiyet alanına giren verilerin gizliliği ortadan kalkan bireyin kişiliğini geliştirmesi mümkün olmayacaktır. Kişisel verileri kayıt altına alınan ya da alındığını düşünen birey kendi özgür kişiliğinin gereği gibi değil kendisinden istenilen veya beklenen davranış tarzıyla hareket edecektir. Özel yaşam faaliyetleri devlet tarafından izleneceği endişesi taşıyan bireyler, bu faaliyetlerini gerçekleştirmekten vazgeçebileceklerdir. Bu durum kişinin özerkliğini etkileyerek yurttaşların özgür iradeleriyle kendi yaşamlarını belirleyebildikleri özgürlükçü demokratik esaslara dayanan bir toplum düzeninin oluşmasını engelleyecektir⁴⁶.

Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi ve hayatını kendi özgür iradesiyle düzenlemesi, ancak kişisel verilerinin korunması ile mümkündür. Anayasa Mahkemesine göre⁴⁷;

“Bireyin kişisel verileri üzerindeki hakkı yeteri kadar korunmazsa kişiliğini serbestçe geliştirmesi zora gireceğinden özgür iradeleriyle yaşamlarını biçimlendiren bireylerden oluşan demokratik bir toplum düzeninin ortaya çıkması ve korunması da güçleşecektir. Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi ancak ve ancak faaliyetlerini özgürce gerçekleştirmesi ile mümkündür. Kişisel verilerin korunmasıyla, kişisel veri toplanması, saklanması ve işlenmesi sırasında bireyin hak ve özgürlüklerinin korunarak demokratik toplum düzeninin oluşmasına katkı yapmak hedeflenmektedir.”

⁴⁵ AYM, E.2014/122, K. 2015/123, 30.12.2015, § 20.

⁴⁶ AYM, *Güzide Defne Samyeli*, B. No: 2014/4399, § 85.

⁴⁷ AYM, *Güzide Defne Samyeli*, § 84.

Anayasa Mahkemesi, bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması gerektiğini belirtmektedir. Anayasanın 13. maddesinde, sözü edilen orantının değerlendirilmesinde demokratik toplumda gereklilik, hakkın özü ve ölçülülük unsurları şeklinde güvence ölçütleri yer almakta olup, ölçülülük yönünden yapılan değerlendirmede bu ölçütlerin dikkate alınması gerekmektedir⁴⁸. Anayasa Mahkemesine göre⁴⁹;

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) içtihatlarında ifade edilen demokratik toplumda zorunluluk kavramı, müdahale teşkil eden eylemin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması ve takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olması unsurlarını içermektedir. Bir müdahalenin orantılı olduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu temel hakka daha az zarar verebilecek ancak aynı zamanda güdülen amacı da yerine getirebilecek nitelikte olan yöntemin tercih edilmiş olması gerekmektedir.”

Ölçülülük ilkesinin amacı, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesinin unsurlarını belirlemiştir⁵⁰. Mahkemeye göre;

“Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olması ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini ifade eden oranlılık unsurlarını içermektedir.

Belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil eden önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin te-

⁴⁸ AYM, *Marcus Frank Cerny*, B. No: 2013/5126, 2.7.2015, § 70; *Güzide Defne Samyeli*, § 90.

⁴⁹ AYM, *Güzide Defne Samyeli*, § 91.

⁵⁰ AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04.07.2013; *Güzide Defne Samyeli*, B. No: 2014/4399, §§ 92, 93.

mel hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, özel hayata saygı hakkının sınırlandırılmasında da göz önünde bulundurulmalıdır”

IV. GÜVENLİK SORUŞTURMASI VE ARŞİV ARAŞTIRMASI KAYITLARINA İLİŞKİN İKİ AYM KARARI

1. Fatih Saraman Kararı (B. No: 2014/7256, 27.02.2019)

Başvurucunun, on sekiz yaşından küçük iken işlemiş olduğu hırsızlık suçu nedeniyle Adana 4. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmedilmiş, ancak hapis cezası ağır para cezasına çevrilmiş ve ceza ertelenmiştir. Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri (CTE) Genel Müdürlüğü tarafından Kocaeli 1 ve 2 No'lu F Tipi ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarına 501 adet sözleşmeli infaz ve koruma memurluğu alımı için, Kocaeli Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu tarafından sınav yapılmış ve başvurucu yazılı ve sözlü sınavlar sonucunda başarı listesinin 300. sırasında yer almıştır.

İnfaz ve koruma memurluğuna yerleştirilmesi düşünülen başvurucu hakkında, Komisyon tarafından güvenlik soruşturması işlemleri başlatılmıştır. Adana Emniyet Müdürlüğü tarafından yapılan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması sonucunda, başvurucu hakkında hırsızlık suçundan işlem yapıldığının tespit edildiği bildirilmiş ve Adana 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 13.3.2002 tarihli kararı gönderilmiştir. Bunun üzerine Kocaeli Adli Yargı İlk Derece Mahkemesi Adalet Komisyonu, başvurucunun hırsızlık suçu nedeniyle devlet memurluğuna atanmak için gerekli şartları taşımadığını ve sözleşmeli infaz ve koruma memuru olarak istihdam edilmesinin uygun olmayacağına ilişkin görüşünü CTE Genel Müdürlüğüne bildirilmiştir. Neticede başvurucunun ataması yapılmamıştır. Başvurucu tarafından, atama işleminin yapılmaması nedeniyle Ankara 4. İdare Mahkemesinde iptal davası açılmış, ancak mahkeme tarafından iptal talebinin reddine karar verilmiştir. İlk derece mahkemesi kararı Danıştay tarafından da onanmış ve hüküm kesinleşmiştir. Nihayet başvurucu bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, başvuruyu Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, kişisel

veri kavramını tanımlayan kararlarına atıfta bulunarak, “belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla- bir kişiye ilişkin bütün bilgilerin kişisel veri” olduğunu yineleyerek, ceza mahkûmiyetine ilişkin verilerin de kişisel veri olduğunu belirtmiştir⁵¹.

Mahkemenin yerleşik kararlarına göre, kamu mercileri tarafından özel yaşamı ile ilgili sorular sorulması dâhil, bir kişinin özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınması, kaydedilmesi, saklanması ve kullanılması özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturur⁵². Bu bağlamda, başvuru hakkında yürütülen ceza yargılamasına dair bilgilerin kişisel veri olduğunu belirten Mahkeme, bu verilerin kamu kurumlarıyla paylaşılması ve güvenlik soruşturmalarında kullanılmasının Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına bir müdahale oluşturduğunu kabul etmiştir.

Müdahalenin varlığını kabul eden Mahkeme, bu müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını incelerken; kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa’nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşulları yönünden değerlendirme yapmıştır. Anayasaya göre, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların öncelikle kanunla öngörülmüş olması gereklidir. AYM, bu konuda bazı genel ilkeler belirlemiştir. Bu ilkeleri şu şekilde sıralayabiliriz⁵³:

(1) Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlaka kanun ile yapılacağını öngörerek, istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul eden AİHS’nden daha geniş bir koruma sağlamaktadır.

(2) Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir; aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmektedir.

(3) Kanunla sınırlama ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfi davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta; bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır. Kanunun bu gerekliliklere uygun

⁵¹ AYM, *Fatih Saraman*, B. No: 2014/7256, 27.02.2019, § 57.

⁵² AYM, *Fatih Saraman*, § 59.

⁵³ AYM, *Fatih Saraman*, B. No: 2014/7256, 27.02.2019, §§ 64-70.

olabilmesi için yeterince ulaşılabilir olması, vatandaşların hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfilğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gereklidir.

(4) Yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamı yeterince açık bir şekilde gösterilmelidir.

(5) Sınırlamaya ilişkin temel çerçevenin kanuni düzenleme ile yapılması zorunlu olmakla birlikte, özellikle uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntıların düzenleyici işlemlerle yapılması mümkündür. Ancak düzenleyici işlemin de muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gereklidir.

Anayasa Mahkemesi, yaptığı inceleme neticesinde başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmış; söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görmemiştir. Mahkemenin gerekçeleri şunlardır⁵⁴:

- Belirli kamu görevlerinde çalıştırılacak personel hakkında uygulanan güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının kanuni dayanağı 4045 sayılı Kanundur. 4045 sayılı Kanunda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusunda sadece bir maddede hangi kamu görevleri bakımından güvenlik soruşturması yaptırılacağı hükmüne yer verilmiş, bunun dışındaki tüm düzenlemelerin bir yönetmelikle yapılacağı belirtilmiştir. Buna istinaden Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği çıkarılarak, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının hangi makamlar tarafından, nasıl yapılacağı; soruşturma ve araştırma sonucunu içeren bilgi ve belgelerin nasıl saklanacağı gibi hususlar açıklanmıştır.

- 4045 sayılı Kanunda güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu edilecek bilgi ve belgelerin neler olduğu, bu bilgilerin nerelerden elde edileceği ve ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağı; kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı; bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu; gizlilik dereceli kamu personeli ile meslek gruplarının tespiti, güvenlik soruşturmasının ve arşiv araştırmasının usul ve esasları ile bunu yapacak mercilerin

⁵⁴ AYM, *Fatih Saraman*, §§ 71-89.

kimler olduğu ile ilgili hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı şekilde, 4045 sayılı Kanunda kesinleşmiş ceza mahkûmiyetlerine ilişkin olarak 5352 sayılı Kanun'a atıf içeren bir düzenleme bulunmadığı gibi, bireyleri keyfiliğe karşı koruyucu hiçbir hükme yer verilmediği görülmektedir.

- Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği'nin de elde edilen bilgilerin saklanma süreleri, bilgilerin bir müddet sonra silinmesinin mümkün olup olmadığı veya silinmesine dair izlenecek usulün ne olduğu, kişilerin söz konusu bilgilere itiraz etme olanağı olup olmadığı hususlarını düzenlemediği, bireylerin özel hayatına saygı hakkının güvencelerini sağlayacak hükümlerden yoksun olduğu anlaşılmaktadır.

- Devletin çocukların korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri kapsamında 5237 sayılı Kanun'un 53. maddesinde, kasten işlediği bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmuş ve fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmuş olanların sürekli bir kamu görevini üstlenmekten mahrum bırakılmayacakları hükmüne yer verilmiştir. Benzer şekilde, 5352 sayılı Kanun'un 10. maddesinde on sekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtlarının ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebileceği düzenlenmiştir⁵⁵. Buna göre kişilerin on sekiz yaşından küçükken işlediği herhangi bir suça ait kayıtların idari makamlara bildirilmesi hukuken mümkün değildir.

- 4045 sayılı Kanunda kişilerin geçmiş ceza mahkûmiyetlerine ilişkin kayıtlardaki hangi suçların kamu görevine girmeye engel olduğu, kişilerin on sekiz yaşından önce işlediği suçlara dair kayıtların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına sebep olup olmayacağı; kesinleşmiş mahkûmiyet niteliğinde sayılmayan kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasının bir sebebi olup olmayacağı hususunda açık düzenlemeler yapılmamıştır. 4045 sayılı Kanunda sadece hangi kamu görevleri bakımından güvenlik soruşturması yaptırılacağı düzenlenmiş, bunun dışındaki tüm düzenlemelerin bir yönetmelikle yapılacağı belirtilmiş; keza Yönetmelik de konuyu soruşturma ve araştırma yapmaya yetkili makamların görev talimatlarına bırakmıştır. Yetkili makamların görev talimatları ise, bireyler tarafından

⁵⁵ 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 10/3. maddesi şu şekildedir; "Onsekiz yaşından küçüklerle ilgili adli sicil ve arşiv kayıtları; ancak soruşturma ve kovuşturma kapsamında değerlendirilmek üzere Cumhuriyet başsavcılıkları, hâkim veya mahkemelerce istenebilir."

önceden bilinmesi ve öngörülmesi mümkün olmayan, idare tarafından istenen her durumda değiştirilebilen işlemlerdir.

- Yönetmelikte, soruşturma ve araştırma sonucunda elde edilen bilgi ve belgelerin ilgilinin güvenlik makamlarındaki dosyasında süresiz olarak saklanacağı, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasında olumsuz durumu saptananlarla ilgili bilgilerin Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne karşılıklı olarak birbirlerine aktarılacağı hükümlerine yer verilmiş; kişilere söz konusu bilgilere itiraz etme imkânı tanınmamıştır. Bu durumda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması objektif, öngörülebilir ve önceden belirlenebilen güvencelere ve usullere tabi kılınmamış, tamamen yetkili makamların talimatlarına bağlı olarak yapılmış ve bu hâliyle de keyfiliğe açık bir durum yaratmıştır.

Sonuç olarak Mahkeme, başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşarak, diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğini ayrıca değerlendirmeye gerek görmemiş ve başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir:

“Bu saptamalar ışığında 4045 sayılı Kanun'un temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını içeren konuyla ilgili temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olduğundan söz etmek mümkün değildir. Kanun'un ve ilgili Yönetmeliğin kişisel verilerin kayıt, muhafaza ve kullanımını içeren tedbirlerin kapsamını ve uygulanmasını düzenleyen ve özellikle, süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği, bütünlüğü ve imhası konusundaki usullere ilişkin, muhataplarının yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak açık ve detaylı kuralları içermediği tespit edilmektedir. Buna göre başvuruya konu müdahalenin dayanağı olan düzenlemenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan somut olayda başvurucunun yazılı ve sözlü sınavı kazandığının ilan edilmiş olduğu, on sekiz yaşından küçükken işlediği suçla ilişkin kaydın 5352 sayılı Kanun'un 10. Maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan hükme açıkça aykırı şekilde idari makamlara verilmiş olduğu dikkate alındığında özel hayata saygı hakkına yönelik müdahalenin bu yönüyle de kanuni dayanaktan yoksun olduğu anlaşılmaktadır.”

2. 4045 Sayılı Kanuna İlişkin İptal Kararı (E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020)

TBMM üyeleri tarafından, 7148 sayılı Kanunun 29. maddesiyle, 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 1. maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen fıkradaki düzenlemenin belirsizliği nedeniyle Anayasa'nın 2., 7., 13., 17., 20. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁵⁶.

Dava konusu kuralda, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli idari makamların güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarının arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden bilgi ve belge almaya, ilgili mevzuat hükümleri⁵⁷ kapsamında tutulan kayıtlara ulaşmaya, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülen soruşturma sonuçlarını, kovuşturmayla yer olmadığına dair kararlar ile kesinleşmiş mahkeme kararlarını almaya yetkili oldukları belirtilmiştir⁵⁸.

İptal isteminde bulunanlar, bu düzenlemenin kamu hizmetine girme hakkına öngörülemeyen bir sınırlama getirdiği için Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir⁵⁹.

⁵⁶ AYM, E.2018/163, K.2020/13, 19.02.2020; Resmi Gazete, 28.04.2020, S. 31112.

⁵⁷ Söz konusu kuralda yollama yapılan CMK'nın 171. maddesi, "Kamu davasını açmada takdir yetkisi" başlığını taşımaktadır. CMK'nın 171/(5). maddesine göre; "Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."

⁵⁸ Dava konusu Kural metni şu şekildedir: "(Ek:18.10.2018-7148/29 md.) Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli birimler, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşları arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden bilgi ve belge almaya, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinin beşinci ve 231 inci maddesinin on üçüncü fıkraları kapsamında tutulan kayıtlara ulaşmaya, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülen soruşturma sonuçlarını, kovuşturmayla yer olmadığına dair kararlar ile kesinleşmiş mahkeme kararlarını almaya yetkilidir."

⁵⁹ Anayasaya aykırılık iddiası şu şekilde belirtilmiştir: "Dava konusu kural, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması faaliyeti kapsamında kamu idarelerine, kamu görevine girme hakkını kullanmak isteyen kişiye ait kişisel verilere sınırsız bir şekilde erişme ve bu verileri toplama, sınıflandırma, işleme ve değerlendirme imkânı vermektedir. Oysa kişisel verilere ilişkin kanunların kişisel veri niteliğindeki bilgilerin teminine, kullanılabilmesine, işlenebilme-

Hukukumuzda Cumhuriyet savcısı, hakkında soruşturma başlatılan failin belirli bir süre iyi hal göstermesi ve öngörülen bir takım başka yükümlülüklere uyması koşuluyla, failin kişisel durumu ve işlediği iddia olunan suçun önemini dikkate alarak kamu davasını açmaktan vazgeçebilmektedir⁶⁰. Kanuna göre Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilmektedir (m.171/2).

CMK, kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için bazı koşullar öngörmüştür. CMK m.171/3'e göre;

“Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.”

Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermesi halinde, bu kararın, özel bir sisteme kaydedilmesi zorunluğu getirilmiş-

sine, ulaşılabilmesine, saklanma süresine, temin edilme gerekçesine, bilgilerin silinmesi ve değiştirilmesine, kötüye kullanımının engellenmesine yönelik birtakım güvenceleri içermesi ve hukuki belirliliğe sahip olması gerekmektedir. Yapılan güvenlik soruşturması sonucunda kişilerin kamu görevine girmesi engellenebileceği gibi mevcut kamu görevinden çıkarılması da mümkün olabilecektir. Bu nedenle düzenleme, kamu hizmetine girme hakkına öngörülemez bir sınırlama getirdiği için Anayasa'nın 2., 7., 12., 13., 17., 20., 38., 40., 70. ve 129. maddelerine aykırıdır.” AYM, E.2018/163, K.2020/13, 19.02.2020, § 8.

⁶⁰ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya (2013). **Ceza Hukuk Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 7. B., Ankara, s. 740.

tir. Adı geçen özel sistemdeki kayıtların ise, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenebilmesi mümkündür. Bu düzenlemeden, söz konusu sistemdeki kayıtların Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme dışındaki idari makamlar tarafından istenemeyeceği anlaşılmaktadır.

Aynı şekilde, CMK'nın "*Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" başlığını taşıyan 231/13. maddesine göre;

"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB), sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün herhangi bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eden bir kurumdur⁶¹. Yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise, mahkeme hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmektedir (CMK m.231/5). Hükmün açıklanmasının geri bırakılması sonucunda sanık, 5 yıl süre ile denetime tabi tutulabilmekte ve denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlememesi halinde hüküm ortadan kaldırılarak dava düşürülmekte; aksi halde hüküm açıklanmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun amacı, cezası infaz edilmeden sanığın ıslah edilmesinin sağlanmasıdır⁶². Bu karar ile sanık, hükümlü sayılmadığı için hapis cezasının olumsuz sonuçlarından etkilenmemekte, aile ve iş çevresindeki ilişkilerini sürdürebilmektedir⁶³. Dolayısıyla, HAGB kararı bir mahkûmiyet kararı olarak değerlendirilmemektedir.

⁶¹ Devrim **Güngör** ve Güneş **Okuyucu** (2016). "*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 65 (4), ss. 1951-1965, s. 1952.

⁶² Nevzat **Toroslu** ve Metin **Feyzioğlu** (2016). **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, s. 311.

⁶³ Bu konuda bkz.; Cumhuriyet **Şahin** ve Neslihan **Göktürk** (2016). **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, Ankara, s. 190; Nurullah **Kunter**, Feridun **Yenisey** ve Ayşe **Nuhoğlu** (2010). **Muhakeme Hukuku Dahil Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, s. 1521; Doğan **Soyaslan** (2014). **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, s. 425.

Anayasa Mahkemesi, yerleşik kararlarında yer alan kişisel veri kavramına atıfta bulunarak, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen verilerin de kişisel veri niteliğinde olduğunu kabul etmiştir⁶⁴.

Mahkeme bu saptamayı yaptıktan sonra, dava konusu 7148 sayılı Kanununun 29. maddesi ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sınırlama getirildiğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre dava konusu kural, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli idari birimlere, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kişilerin kişisel veri niteliğindeki özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerini alma, kişilerin suç işlediğine ilişkin kayıtların yer aldığı Cumhuriyet savcılığı, hâkim veya mahkeme kararlarının tutulduğu kayıtlara ulaşma ve bu kayıtları kullanma yetkisi vermektedir.

AYM, Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen kurallara uyularak kanunla yapılmasını hukuk devleti olmanın bir gereği olarak kabul etmektedir. Mahkeme, bir temel hak ya da özgürlüğe müdahale söz konusu olduğunda öncelikle müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığını araştırmaktadır⁶⁵. Bir temel hak ya da özgürlüğü sınırlamaya yönelik kanuni bir düzenlemenin şeklen var olmasını yeterli görmeyen Mahkeme; yasal düzenlemenin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmasını da gerekli görmektedir⁶⁶. Mahkemeye göre;

“... Hukuk devletinde, kanuni düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Kanunda bulunması gereken bu nitelikler hukuki güvenliğin sağlanması bakımından da zorunludur. Zira bu ilke hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (AYM, E.2015/41, K.2017/98, 4.5.2017, §§ 153, 154). Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 20. maddelerinde sınırlama ölçütü olarak belirtilen kanunilik,

⁶⁴ AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020, § 12.

⁶⁵ AYM, *Sevim Akat Eşki*, § 36; B. No: 2013/6057, 16.12.2015, § 38.

⁶⁶ AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020, § 14.

Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye bağlanan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.”

Kamu görevinde çalıştırılacak kişiler hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması konularında düzenlemeler yapılmasının kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olduğunu belirten AYM, bu tespitini Anayasanın 129/1 maddesi hükmüne dayandırmıştır. Anayasanın bu hükmüne göre, “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyetinde bulunmakla yükümlüdürler.*” Mahkeme bu tespiti yaptıktan sonra, yasa organının konu hakkındaki takdir yetkisinin sınırlarına değinmiştir⁶⁷. Anayasa Mahkemesine göre;

“... Ancak bu alanda düzenleme öngören kuralların kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde tedbirler uygulama ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak göstermesi ve muhtemel kötüye kullanımlara karşı yeterli güvenceleri sağlaması gerekir.”

AYM, İptal davasına konu olan kuralda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli idari birimlere verilen yetkinin sınırlarının açık olarak gösterilmemesini ve yetkinin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik denetimin nasıl yapılacağına düzenlenmemesini kişisel verilerin korunması bakımından yetersiz görmüştür⁶⁸:

“Kuralda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli olanların bu kapsamda kişisel veri niteliğindeki bilgilere ulaşması öngörülmüşken Kanun'da bu bilgilerin ne şekilde kullanılacağına, hangi mercilerin soruşturma ve araştırmayı yapacağına, bu bilgilerin ne suretle ve ne kadar süre ile saklanacağına, ilgililerin söz konusu bilgilere itiraz etme imkânının olup olmadığına, bilgilerin bir müddet sonra silinip silinmeyeceğine, silinecekse bu sırada izlenecek usulün ne olduğuna, yetkinin kötüye kullanımını önlemeye yönelik nasıl bir denetim yapılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının yapılmasına ve elde edilecek verilerin kullanılmasına ilişkin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde

⁶⁷ AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020, § 15.

⁶⁸ AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020, § 16.

belirli ve öngörülebilir kanuni güvenceler belirlenmeksizin, kuralla güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli olanların bu soruşturma ve araştırma kapsamında kişisel veri niteliğindeki bilgileri almakla yetkili oldukları belirtilmiştir.”

Neticede Mahkeme, kişisel veri niteliğindeki bilgilerin, temel ilkelerinin ve güvencelerinin kanun tarafından belirlenmeden alınmasını, işlenmesini ve kullanılmasına izin verilmesini Anayasanın 13. ve 20. maddelerine aykırı göreyerek iptal kararı vermiştir.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi, incelediğimiz her iki kararında da Anayasanın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirme yapmıştır.

AYM, Fatih Saraman kararında gerek özel hayata saygı hakkının kapsamını belirlerken ve gerekse kişisel verileri tanımlarken, daha önce vermiş olduğu kararlara atıf yaparak bu kavramları anlamlandırma yoluna gitmiştir. Mahkemenin yerleşik kararlarına göre, kamu mercileri tarafından özel yaşamı ile ilgili sorular sorulması dâhil, bir kişinin özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerinin alınması, kaydedilmesi, saklanması ve kullanılması özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturmaktadır. Başvurucu hakkında yürütülen ceza yargılamasına ilişkin bilgilerin kişisel veri olduğunu belirten Mahkeme, bu verilerin kamu kurumlarıyla paylaşılması ve güvenlik soruşturmalarında kullanılmasının Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir.

Müdahalenin varlığını kabul eden AYM, bu müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını incelerken; kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşulları yönünden değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, öncelikle müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı incelemiştir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, AİHM kararlarına ve kendisinin önceki kararlarına atıfta bulunarak bazı ilkeler belirlemiştir. Mahkemenin bu yaklaşımı, AİHM kararlarına uyum çabası olarak değerlendirilebilir.

Mahkeme, müdahalenin kanuni dayanağına ilişkin incelemesini yaparken, Anayasadaki düzenlemenin AİHS'den daha güvenceli olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, AİHS'nde yer alan kanunla öngörülmesi olma kavramı ile Anayasa'da yer alan kanunilik ilkesi tam olarak aynı değildir. AİHM, kanunda öngörülen koşulları geniş yorumlayarak, istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken Anayasa, tüm sınırlandırmaların mutlaka kanun ile yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamıştır. Mahkeme bu belirlemeyi yaparken, AİHM'nin istikrar kazanmış kararlarına atıfta bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi 4045 sayılı Kanuna ilişkin iptal davasında da önceki kararlarına atıfta bulunarak, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasıyla elde edilen verilerin de kişisel veri niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu saptamayı yaptıktan sonra, dava konusu kural ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sınırlama getirildiğini tespit etmiştir. Mahkemeye göre dava konusu kural, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli idari birimlere, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması kapsamında kişilerin kişisel veri niteliğindeki özel hayatı, iş ve sosyal yaşamıyla ilgili bilgilerini alma, kişilerin suç işlediğine ilişkin Cumhuriyet savcılığı, hâkim veya mahkeme kararlarının tutulduğu kayıtlara ulaşma ve bu kayıtları kullanma yetkisi vermektedir.

AYM, temel hakları sınırlayan kanunların keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olmasının hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğunu belirttikten sonra, 4045 sayılı Kanuna ilişkin bir değerlendirme yapmıştır. Mahkemeye göre, ilgili kanuni düzenlemenin, söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koyduktan sonra, özellikle uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Mahkemeye göre, bu alanda düzenleme getiren kanun ile diğer alt mevzuatın kişilere, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde bu tür gizli tedbirler uygulama ve potansiyel olarak özel hayatın gizliliğine yönelik müdahalelerde bulunma yetkisi verildiğini yeterince açık olarak gösterecek ve olası kötüye kullanmalara karşı yeterli güvence sağlayacak şekilde kaleme alınmış olması gerekir.

Bununla birlikte Mahkeme, Yönetmeliğin tek başına hukukilik şartını karşılayacağından söz etmemiş, Yönetmelik hükümlerini 4045 sayılı kanunla birlikte değerlendirmiştir.

4045 sayılı Kanunda, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması konusuna sadece bir maddede, hangi kamu görevleri bakımından güvenlik soruşturması yaptırılacağı hükmüne yer verilmiş, bunun dışındaki tüm düzenlemelerin bir yönetmelikle yapılacağı belirtilmiştir. Bu doğrultuda çıkarılan Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliğini inceleyen Mahkeme, Yönetmeliğin de Kanunda olduğu gibi, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nasıl ve ne şekilde yapılacağı konusunda hiçbir düzenleme içermediğini, bu konunun soruşturma ve araştırma yapmaya yetkili makamların görev talimatlarına bırakılmış olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre, yetkili makamların görev talimatlarının neler olduğunu bireyler tarafından önceden bilinmesi ve öngörülmesi mümkün değildir. Mahkeme, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının objektif, öngörülebilir ve önceden belirlenebilir güvencelere ve usullere tabi kılınmadığını, tamamen yetkili makamların talimatlarına bağlı olarak yapıldığını, bu hâliyle de keyfiliğe açık bir durum yarattığını belirtmiştir. Neticede Mahkeme, başvuruya konu müdahalenin dayanağı olan düzenlemenin kanunilik şartını sağlamadığı sonucuna ulaşmış ve diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görmemiştir.

AYM, İptal davasına konu olan kuralda güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmakla görevli idari birimlere verilen yetkinin sınırlarının açık olarak gösterilmemesini ve yetkinin kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik denetimin nasıl yapılacağına düzenlenmemesini kişisel verilerin korunması bakımından yetersiz görmüştür. Mahkemenin bu sonuca ulaşırken, AİHM'in "bireyin özel hayatı kapsamındaki bilgilere ilişkin kamusal müdahalelerin ancak bireyi koruyucu uygun ve etkili garantiler içeren yasal düzenlemeler bulunması halinde mümkündür" şeklindeki yaklaşımını esas aldığı görülmektedir. Sonuçta Mahkeme, kişisel veri niteliğindeki bilgilerin, temel ilkelerinin ve güvencelerinin kanun tarafından belirlenmeden alınmasını, işlenmesini ve kullanılmasına izin verilmesini Anayasanın 13. ve 20. maddelerine aykırı görerek ilgili kuralın iptaline karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin incelediğimiz her iki kararı da, özel hayata saygı hakkına yapılan müdahaleye izin veren kanun bakımından yapılan incelemeye ilişkindir. Her iki kararın konusu da 4045 sayılı kanundur. İlk kararında

hak ihlali kararı veren Mahkeme, neredeyse bir yıl sonraki kararında hak ihlali-ne sebebiyet veren Kanun hükmünü, kanunilik şartını sağlamadığı gerekçesiyle iptal ederek, tutarlılık göstermiştir. Mahkemenin, her iki kararında da hak temelli bir yaklaşım sergileyerek, özel hayata saygı hakkının korunması konusunda önemli bir içtihat oluşturduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

ARTUK Mehmet Emin; **GÖKÇEN** Ahmet ve **YENİDÜNYA** Ahmet Caner, Ceza Hukuk Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 7. B., Ankara, 2013

ERDEMLİ Mahmut ve **ONUR** Tolga. “Türkiye’de Özel Hayat ve Bilgi Edinme Hakkı İlişkisi: Bilgi Edinme Kurulundan İki Adım İleri Bir Adım Geri”, Ankara Barosu Dergisi, S.3. 2014

GÜNGÖR Devrim ve **OKUYUCU** Güneş, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 65 (4), 2016, ss. 1951-1965.

KANMAZ Fatih, Özel Hayata Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

KILINÇ Doğan, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, AÜHFD, 61 (3) 2012, ss. 1089-1169.

KİLKELLY Ursula, “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Sekizinci Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, Strazburg, 2001

KOCA Mahmut ve **ÜZÜLMEZ** İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. B., Ankara, 2016

KUNTER Nurullah; **YENİSEY** Feridun ve **NUHOĞLU** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2010

MİLLARD Christopher and **HON** W. Kuan, “Defining Personal Data in e-Social Science”, Information, Communication and Society, 2012, Vol 15(1) pp. 66-84.

OKUR Nurdan, Anayasa Hukuku Açısından Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (Yayımlanmamış doktora tezi), Ankara, 2010

ÖZBEK Veli Özer; **KANBUR** Mehmet Nihat, **DOĞAN** Koray, **BACAKSIZ** Pınar ve **TEPE** İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015

ÖZBUDUN, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1997

SEVİMLİ Kamil Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2006

SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014

ŞİMŞEK, Oğuz, “4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu ve Kanununun 4. Maddesine Göre "Kayıt ve Verilerin İncelenmesi" ve Kişisel Nitelikli Verilerin Korunması”; İzmir Barosu Dergisi, S. 4, 2001

ŞAHİN Cumhur ve **GÖKTÜRK** Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, Ankara, 2016

TOROSLU Nevzat ve **FEYZİOĞLU** Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2016

ÜZELTÜRK, Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta Yayıncılık, İstanbul

ÜLKÜ, Muhammet Murat, 5237 Sayılı TCK 132-140. Maddelerinde Yer Alan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Samsun, 2005

WARREN Samuel D. and **BRANDEIS** Louis D., “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5, 1890, pp. 193-220.

İNTERNET KAYNAKLARI:

<https://kisiselveri.com/kisisel-verilerin-otomatik-isleme-tabi-tutulmasi-karsisinda-bireylerin-korunmasi-sozlesmesi>; Erişim: 20.05.2020.

<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta70/eres428.htm>; Erişim: 08.03.2020.

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1809182; Erişim: 23.05.2020.

<https://humanrightscenter.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/KisiselVerilerinOtomatikIslemeTabiTutulmasiKarsisindaBireylerinKorunmasiSozlesmesi.pdf>; Erişim: 21.05.2020.

<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:EN:HTML>; Erişim: 22.5.2020.

<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>; 14.05.2020.

AYM KARARLARI:

AYM, E.2012/100, K.2013/84, 04.07.2013.

AYM, E.2013/122, K.2014/74, 09.04.2014.

AYM, E.2014/149, K.2014/151, 02.10.2014.

AYM, E.2013/84, K.2014/183, 04.12.2014.

AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25.12.2014.

AYM, E.2014/180, K.2015/30, 19.03.2015.

AYM, E.2014/122, K. 2015/123, 30.12.2015.

AYM, E. 2018/163, K. 2020/13, 19.02.2020.

AYM, *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19.12.2013.

AYM, *Marcus Frank Cerny*, B. No: 2013/5126, 02.07.2015.

AYM, *Halime Sare Aysal*, B. No: 2013/1789, 11.11.2015.

AYM, *Bülent Kaya*, B. No: 2013/2941, 11.05.2016.

AYM, *Güzide Defne Samyeli*, B. No: 2014/4399, 21.09.2016.

AYM, *Fatih Saraman*, B. No: 2014/7256, 27.02.2019.

AYM, *Turgut Duman*, B. No: 2014/15365, 29.05.2019.

AIHM KARARLARI:

AIHM, *X/United Kingdom*, B. No: 9072/82, 06.10.1982.

AIHM, *Malone/United Kingdom*, B. No: 8691/79, 02.08.1984.

AIHM, *Leander/İsveç*, B. No: 9248/81, 23.03.1987.

AIHM, *Murray/United Kingdom*, B. No: 14310/88, 24.10.1988.

AIHM, *Gaskin/United Kingdom*, B. No: 10454/83, 07.07.1989.

AIHM, *Wisse/Fransa*, B. No: 71611/01, 22.05.1990.

AIHM, *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16.12.1992.

AIHM, *Klass/Almanya*, Series A No: 269, 22.09.1993.

AIHM, *Kopp/İsviçre*, B. No: 23224/94, 25.3.1998.

AIHM, *Botta/İtalya*, 24.02.1998, 1998-1.

AIHM, *Tsavachidis/Yunanistan*, B. No: 28802/95, 21.01.1999.

AIHM, *Amann/İsviçre*, B. No: 27798/95, 16.02.2000.

AIHM, *Rotaru/Romanya* [BD], B. No: 28341/95, 04.05.2000.

AIHM, *M.G./United Kingdom*, B. No: 39393/98, 03.07.2001.

AİHM, **Peck/United Kingdom**, B. No: 44647/98, 28.01.2003.

AİHM, **Panteleyenکو/Ukrayna**, B. No: 11901/02, 29.06.2006.

AİHM, **S. and Marper/ United Kingdom**, B. No: 30562/04, 30566/04, 2008.

AİHM, **Szuluk/United Kingdom**, B. No: 36936/05, 02.06.2009.

AİHM, **Köpke/Almanya**, B. No: 420/07, 05.10.2010.

AİHM, **Godelli/İtalya**, B. No: 33783/09, 25.09.2012.

AİHM, **M.M./United Kingdom**, B. No: 24029/07, 13.11.2012.

AİHM, **M.K./Fransa**, B. No: 19522/09, 18.04.2013.

AİHM, **Fernandez Martinez/İspanya**, B. No: 56030/07, 12.06.2014.

AİHM, **Bărbulescu/Romanya**, B. No: 61496/08, 05.09.2017.

CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNUN AMACI
“Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?”

THE PURPOSE OF CRIMINAL PROCEDURE LAW
Searching for objective truth or establishing a judicial truth?

*Dr. Öğretim Üyesi Can Canpolat**

ÖZET

Ceza muhakemesi hukukunun gerçeğe ulaşma amacından ne anlaşılması gerektiği, uzunca süredir tartışılan bir konudur. Tartışmaların odak noktası, söz konusu gerçeğin mahiyetine ilişkindir. Bu kapsamda meselenin, şu sorular üzerinden tespit edilmesi mümkündür; “ceza muhakemesi sonucunda ulaşılmak istenen, suç olayının gerçekleştiği zamana ait, tarihsel, maddi, objektif bir gerçek midir? Yoksa yargılama sonucunda verilecek kararın dayanağını, inşai ve yargısal (kazai) bir gerçek mi oluşturmaktadır? Yargılama yapılmaksızın çözülen uyuşmazlıklarda verilen kararların gerçeğe uygunluk kriteri nedir?” Cevabın ne olacağı noktasında, özellikle ceza muhakemesinin, bu alana hakim olan ilkelere göre şekillenen normatif yapısı, tarihsel süreç ve modern ceza hukukunda son dönemde meydana gelen gelişmeler belirleyicidir.

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD Öğretim Üyesi, canpolat@yalova.edu.tr (ORCID: 0000-0002-8729-0359).

Çalışmada, ceza muhakemesi hukukunun gerçeğe ulaşma amacı, bu çerçevede ele alınacak olup sistematik bir değerlendirmeye olanak sağlamak adına, gerçeklik teorilerinden faydalanılarak bir izah ortaya konulmaya gayret edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı, Ceza Adaleti, Maddi Gerçek, Yargısal Gerçek, Fonksiyonel Gerçek, Deliller, Vicdani Kanaat.

ABSTRACT

It is long-discussed issue of what is the meaning of finding truth in criminal procedure law. The focus of discussions is the quality of the truth. In this context, it is possible to determine the issue through the following questions; “Is it a historical, material, objective truth which is desired to be reached as a result of criminal procedure? Does decision base on a constructive and judicial truth? What is the criteria of truth in context of alternative dispute resolutions?” The normative structure of the criminal procedure, which is shaped according to the principles prevailing in this field, the history of criminal procedure law and recent developments in modern criminal law will be decisive for the answer.

In this study, the purpose of the criminal procedure law will be discussed within this framework and an explanation has been made by using of theories of truth to be able to make a systematic evaluation.

Keywords: Purpose of Criminal Procedure Law, Criminal Justice, Material-Objektive Truth, Judicial Truth, Functional Truth, Evidence, Conviction.

I. Giriş

Devlet, ceza adaleti yönünden hem kişi hak ve özgürlüklerine hem de toplumsal yaşamın barış içinde sürdürülmesine yönelik koşulsuz hukuki koruma sağlamakla yükümlüdür¹. Bu yükümlülük, Orta Çağ’dan modern döneme geçişte, devletin kurumsal gelişiminin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır².

¹ ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd, Strafverfahrensrecht, 27. Auflage, C.H. Beck, München 2012, §1, kn.2.

² SCHMIDT, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2., völlig durchgearbeitete und erneuerte Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1964, s.35, kn.1.

Yargı tekeline elinde bulunduran devlet, hukuki koruma sağlama yükümlülüğünü, yargı organı eliyle, yani mahkemeler aracılığıyla yerine getirir. Mahkemeler, kamu gücünü kullanarak sahip buldukları yargı yetkisini, nihai olarak gerçeğin ortaya çıkarılması ve adaletin tesis edilmesi amacıyla kullanırlar³. Mahkemelerin yargı yetkisini nasıl kullanacakları, bu yetkiyi temsil eden organ olarak uyuşmazlıkların çözümünde hangi usulü izleyecekleri, muhakeme hukukunun konusunu oluşturur⁴.

Bu çerçevede muhakeme hukukunun bir dalı olarak⁵ ceza muhakemesi hukuku, devletin hukuki koruma ödevini yerine getirmesine doğrudan hizmet ettiği gibi⁶, yargılama sırasında uyulacak temel prensiplere işaret ederek koruma ödevinin zemininin ve sınırlarının belirlenmesini de sağlar. Nitekim bir suç işlendiği şüphesiyle harekete geçen ceza muhakemesi⁷ faaliyeti sırasında, şüpheli/sanık, birtakım muhakeme işlemlerine katlanmakla yükümlü olmakla birlikte, bireysel savunma makamı olarak adil yargılanma hakkı çerçevesinde; işkence ve kötü muameleye maruz kalmama, meramını anlatma, susma hakkı gibi pek çok temel hakka da sahiptir.

Öte yandan muhakeme faaliyetinin, hukuki korumanın lehdarı olarak mağdur haklarının korunmasına da hizmet etmesi zaruridir. Bu anlayışa uygun olarak Ceza Muhakemesi Kanununda (CMK) mağdurun ve şikâyetçinin haklarını düzenleyen hükümlere yer verilmiştir (m.233 vd.).

³ **Schmidt**, Lehrkommentar, s.37, kn.7. Hukuki korumanın toplumu oluşturan tüm bireylere şamil olması, yargıçların herhangi bir etki altında kalmaksızın yargılama yapabilmelerine bağlıdır. Bunun için de yargıçların bağımsız ve tarafsız olmalarını temin edecek güvencelerle donatılmaları ve kuşatılmaları gerekir. Bu çerçevede gündeme gelen bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri, modern devletlerde toplum sözleşmesinin temel metnini oluşturan Anayasalarla (örneğin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 9, 138, 139) ve uluslararası metinlerle (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.6/I) düzenlenmiştir.

⁴ **CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Beta, İstanbul 2017, s.3.

⁵ **ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Baskı, Seçkin, Ankara 2018, s.37.

⁶ **BELING, Ernst**, Deutsches Strafprozessrecht (mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungsgesetzes), Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1928, §1, s.1.

⁷ Ceza muhakemesi, “muhakemeye katılan şüphelerin davranışlarıyla ilerleyen, konusunu oluşturan maddi ceza hukuku ilişkisi hakkında bir karar verilmesini amaçlayan bir süreç” olarak tarif edilir. (Bkz. **Schmidt**, s.63, kn.56)

Kişi hak ve özgürlüklerini bu denli yakından ilgilendiren ceza muhakemesi hukukunun, bizatihi hangi amaca erişmeye çalıştığı, cevaplanması gereken en önemli sorulardan biridir. Zira diğer hukuk kuralları gibi ceza muhakemesi hukuku kurallarının, yorumlayanın, politik, kültürel vb. yönlerden farklılık gösteren sübjektif bakış açısı çerçevesinde ele alınarak değerlendirilmesiyle, münferit yargılamalar açısından adaletsiz uygulamalara sebep olunmasının önüne geçilmesi, bu sorunun cevaplanmasına bağlıdır⁸. Bu bağlamda ceza muhakemesi hukukunun amacının belirlenmesi, söz konusu hukuk dalına ait kuralların yorumlayıcısı konumundaki hakimi sınırlayıcı bir görev ifa eder.

Baskın görüşe göre ceza muhakemesi hukukunun amacı, hukuk devletinin gereği olarak insan haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğe ulaşmak⁹, adaleti ve maddi ceza hukuku kurallarının tatbikini sağlamak¹⁰, hukukun bütünlüğünü korumak ve bu suretle toplumsal barışı tesis etmektir¹¹. Bu kapsamda *Cihan* da ceza muhakemesinin gayesinin birden fazla olduğuna işaret etmiştir. Zira ceza muhakemesi hukuku çok yönlü bir bilimdir. Bu itibarla ceza muhakemesi hukukunun bir vasıta gayeleri bir de hedef gayeleri vardır. Vasıta gayeler, beşeri hayattan doğan ampirik gayeleri ifade eder. Bir diğer deyişle bunlar, sosyal ve ferdi hayatın menfaatlerinden doğan gayelerdir. Hedef gayeler ise, hakikat ve adalet gayeleridir¹².

Çalışmada, bunlardan en eski olanı, yani maddi gerçeğe ulaşma amacı inceleme konusu edinilmiştir. Bu kapsamda, muhakeme hukukunda (medeni muhakeme ve ceza muhakemesi) ortak prensip olarak “gerçeğin araştırılmasından” ne anlaşılması gerektiği kısaca açıklandıktan sonra, ceza muhakemesi hukuku-

⁸ **KÜHNE, Hans Heiner**, Einleitung §§ 1-47 StPO, (Abschnitt B), in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Erster Band, 26., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 2006, kn.5.

⁹ **CİHAN, Erol**, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İÜHFMD, C.28 (1962), S.3-4, s.710; **ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Adalet, Ankara 2019, s.43; **Centel/Zafer**, s.6,7; **VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, Armin**, Grundkurs StPO, 8. neu bearbeitete Aufl., München, 2013, §3, kn.1; **KRAMER, Bernhard**, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 5. Aufl., Stuttgart, 2002, kn.13, 13a.

¹⁰ **KUDLICH, Hans**, Einleitung, in: MüKoStPO, 1. Auflage, München 2014, kn.5, 6; **KÜHNE, Hans Heiner**, Strafprozessrecht, 9. völlig neue bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2015, §1, kn.1. Maddi ceza hukuku kurallarının tatbikini sağlamak, temelde kusurlu olanın cezalandırılması, masum olanın cezadan korunması şeklinde anlaşılmalıdır.

¹¹ **KINDHÄUSER, Urs**, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2013, §1, kn.14 vd.; **BEULKE, Werner**, Strafprozessrecht, 11. Auflage, C.F.Müller, 2010, §1, kn.6.

¹² **Cihan**, s.711.

nun gerçeğe ulaşma amacı, konuya ilişkin yargı kararları da dikkate alınarak¹³ çeşitli açılardan ele alınacaktır.

II. Genel Olarak Muhakeme Hukukunda Gerçeğin Araştırılması

Muhakeme hukuku, hukuki uyumsuzlukların devlet eliyle çözüme ulaştırılmasını sağlar. Nitekim Kıta Avrupası'nda ceza hukukunun gelişimine bakıldığında, XII nci ve XIII üncü yüzyıllarda, kamu barışının ve asayişin sağlanmasına yönelik yürürlüğe konulan yasalarla (*Die Rechtsfriedensgesetze*), maddi ceza hukukunda netice sorumluluğundan fiil sorumluluğuna geçişin sağlandığı, sistemin işleyişini kuvvetlendirmek adına ceza muhakemesi hukukunda da köklü yeniliklere yer verildiği görülmektedir. Yeni sistemde, taraflarca açılan ve onların taleplerine göre yürütülen yargılamalar yerine, ceza davalarının devlet eliyle açılması ve yürütülmesi esası benimsenmiştir¹⁴.

Yargılama sonucunda adil bir karar verilebilmesi¹⁵, öncelikle yargılama konusu olayın gerçekle uyumlu olacak şekilde açıklığa kavuşturulmasını gerektirir. Bu kapsamda XII nci yüzyıldan itibaren, ceza yargılamasında, yargılama konusu olayın kamu makamlarınca araştırılması prensibi kabul edilerek (*Inquisitionsmaxime/Untersuchungsgrundsatz*) elde edilen delillere göre karar verilmesi öngörülmüştür¹⁶. Bu prensibin Carolina Ceza Kanunu ile pekiştirildiğini ve günümüze kadar ulaştığını söylemek mümkündür¹⁷.

Bu çerçevede muhakeme süreci, denetlenebilir olmasını teminen, yargılama konusuyla irtibatlı bilgilere dayandırılmalıdır. Diğer bir deyişle yargıla-

¹³ Çalışmada kullanılan Yargıtay kararlarının tamamına, www.kazanci.com.tr internet adresi üzerinden erişilmiştir.

¹⁴ **GMÜR, Rudolph/ROTH, Andreas**, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Auflage, Franz Vahlen 2018, kn.214-225c.

¹⁵ *Neumann*'a göre burada kastedilen adalet, pozitif hukuk çerçevesinde ele alınmalı, felsefi manada değerlendirilmemelidir. Bu yönüyle, maddi ceza hukuku kurallarının uygulanmasının temini ile adaletli bir hüküm tesis etme amacı birbirinden farklı şeyler değildir. (**NEUMANN, Ulfried**, *Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren*, ZStW 101 (1989), s.52). Ceza muhakemesinin, adaleti sağlamayı amaçladığına ilişkin izah için ayrıca bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız-Tepe**, s.39, 40.

¹⁶ **Gmür/Roth**, kn.214-225c.

¹⁷ Bu kapsamda Kuzey İtalya'da Papa III. Innozenz tarafından kilise hukukunda yapılan ceza muhakemesinde re'sen araştırma ilkesinin benimsenmesine vesile olan reformun, Kıta Avrupası'nda büyük ölçüde kabul edildiği hususunda bkz. **HETTINGER, Michael**, *Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem*, JuristenZeitung, 66. Jahrg., Nr. 6 (18. März 2011), s.294.

manın, emir, talimat gibi dış etkenlerden arındırılması zorunludur. Böylece gerçeğin araştırılması mümkün hale gelir ve muhakeme, hukuka hizmet eder¹⁸.

Esasen medeni usul hukuku da maddi gerçeği araştırır¹⁹. Zira maddi gerçeğin tespiti ile yargılamanın taraflarına ait hakların tesisi arasında önemli bir ilişki vardır²⁰. Ancak medeni usul hukukunda, taraf muhtariyetinin yansıması olarak ortaya çıkan dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi, taraflarca yargılamaya sunulan dava malzemesine uygun bir karar verilmesini zorunlu kılar. Dolayısıyla bu ilke, medeni muhakemede gerçeğin araştırılması amacını, kimi zaman şekli gerçekle yetinilmesi sonucunu doğuracak şekilde sınırlandırmaktadır²¹. Ayrıca ceza muhakemesinden farklı olarak medeni muhakemede, ispat yükünün hangi tarafta olduğuna ve ispat araçlarının kuvvetine ilişkin kurallar, gerçeğin ortaya çıkarılmasında dikkate alınmalıdır²². Bu bakımdan medeni muhakemede görünen gerçekle yetinilmesi, ispat hukuku yönünden bu alanda geçerli olan sınırlamaların da bir sonucudur²³.

Medeni usul hukukunda hakim, tarafların benimsedikleri şekli hakikat yerine kanaatini oturtamaz, uyuşmaları ile bağlıdır; delilleri serbestçe değerlendirmez²⁴.

Medeni muhakeme bir tarafa bırakılırsa, günümüzde yaygın olarak kabul edilen görüşe göre²⁵ ceza muhakemesi hukukunda gerçeğe ulaşma amacından

¹⁸ **COING, Helmut**, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin 1950, s.228 vd.

¹⁹ **PEKCANITEZ, Hakan**, Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler, in: Pekcanitez Usul, 15. Baskı, XII Levha, İstanbul 2017, s.30, 31.

²⁰ **STÜRNER, Rolf**, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1976, s.48

²¹ **KOCH, Raphael**, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, s.98.

²² **DEDES, Christos**, Grundprobleme des Beweisverfahrens, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Walter de Gruyter, Berlin 1986, s.944).

²³ Örneğin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, 25.12.2019 tarih ve 2019/1 E., 2019/8 K. Sayılı ilamıyla; “Zamanaşımına uğrayan ve bu nedenle kambiyo senedi vasfını kaybederek (yazılı) delil başlangıcına dönüşen bonodaki vade tarihinin; temel ilişkiye dayanılarak yapılan bir takip veya açılan bir davada temerrüde esas alınamayacağına” karar vermiştir.

²⁴ **YILDIRIM, Kamil**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı, İstanbul 1990, s.34.

²⁵ **Centel/Zafer**, s.6; **YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2018, s.69, 70; **Ünver/Hakeri**, s.41 vd.; **Öz-**

anlaşılan, geçmişte işlenmiş bir suça ilişkin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır²⁶. Bir düşünceye göre burada, gerçeği niteleyen “maddi” kelimesi, ceza hukukçularının, ceza muhakemesi ile medeni muhakemenin amaçsal olarak birbirinden ayrılmasına yönelik çabasıyla irtibatlıdır; medeni muhakemede “şekli”, ceza muhakemesinde ise “maddi gerçek” aranır²⁷. Bir başka düşünceye göre ise “Somut, duyulara hitap eden” anlamını içeren “maddi” sözcüğü, “gerçek” ifadesinin sıfatı olarak kullanılmıştır²⁸.

Kanımızca ceza muhakemesi hukukunun amacı bağlamında gerçeği niteleyen “maddi” kelimesi, tarihsel gerçeği ifade eder²⁹. Bu yönüyle söz konusu hukuk dalının, geçmişle günümüz arasında bağ kurduğu, dolayısıyla iletişimsel bir yapıya sahip olduğu söylenebilir³⁰.

Bu bağlamda maddi gerçek, geçmişte meydana gelmiş ve sona ermiş bir olayın, oluş biçimi, yani sanık ya da şüpheli tarafından işlenip işlenmediği, işlendiyse nasıl ve ne şekilde gerçekleştiğinin ortaya konulması olarak tarif edilmiştir³¹.

Medeni usul hukuku ile ceza muhakemesi hukuku arasında amaç yönünden ortaya çıkan bu farklılık, medeni hukukun ve ceza hukukunun konusunu oluşturan haksızlıkların, içerik itibarıyla birbirinden farklı olmalarından kaynaklanır. Nitekim suç politikası esasları çerçevesinde ceza hukukunun konusunu

bek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.40; **Roxin/Schünemann**, s.2,3; **HEGER, Martin**, Strafprozessrecht, W. Kohlhammer, 2013, kn.17; **Kindhäuser**, §1, kn.9; **Kühne (Löwe-Rosenberg StPO)**, Einleitung (Abschnitt B), kn.13 vd; **WEBLAU, Edda**, Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess, in: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Walter de Gruyter, Berlin 2014, s.996.

²⁶ Maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin, yargılamayı yürüten mahkemenin, vakıa gelişimini tarihsel aslına uygun olarak izlemesi anlamına geldiği hususunda bkz. **Beling**, §9, s.32.

²⁷ **ERSOY, Uğur**, Ceza Muhakemesinin Amacı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım, in: Uğur Alacakaptan’a Armağan C.1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s.291.

²⁸ **KARAKEHYA, Hakan**, Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine, TAAD, Yıl 7, Sayı 27 (2007), s.68.

²⁹ **ENGISCH, Karl**, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken (Vortrag, gehalten beim 491. Stiftungsfest der Ludwig-Maximilian-Universität München am 6. Juli 1963), Münchener Universitätsreden Neue Folge Heft 35, Max Hueber Verlag, München 1963, s.6, 7.

³⁰ **Kühne (Löwe-Rosenberg StPO)**, Einleitung (Abschnitt B), kn.13.

³¹ **Karakehya**, Dolaylı Maddi Gerçek, s.67; **KARAKEHYA, Hakan**, Ceza Muhakemesinin Amacı, İÜHF C. LXV, S.2, s. 126; **FEYZİOĞLU, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, s.7.

oluşturan haksızlıkların, yani suçların, ceza yaptırımını ile karşılanmaya layık oldukları kabul edilmiştir. Çünkü bunların büyük bir bölümü, toplum düzenini önemli ölçüde bozacak niteliktedir. Buna karşılık medeni muhakemenin konusunu oluşturan özel hukuk uyuşmazlıklarının, konuları itibarıyla ekseriyetle toplumsal düzeni etkilemedikleri kabul edilir. Medeni muhakemeyle tesis edilmeye çalışılan, öncelikli olarak kamu düzeni değil, şahsi haklardır³².

III. Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı Olarak Maddi Gerçek

1. Ceza Muhakemesi Kanununda Yer Verilen Düzenlemeler Bağlamında

Hukukumuz yönünden CMK’da yer verilen düzenlemelerden, ceza muhakemesi hukukunun maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçladığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Örneğin CMK m.160’a göre, C.Savcısının soruşturma işlemlerini yürütmekteki amacı, “... maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi...” olarak tespit edilmiştir (m.160/2). CMK m.161’e göre ise, “C. Savcısı, bu amaçla doğrudan yahut emrindeki adli kolluk marifetiyle her türlü araştırmayı yapabilir, ... bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir...” (m.161/1). Benzer şekilde m.174’te, suçun sübutuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan iddianame düzenlenmesi, iddianamenin iadesi sebeplerinden biri olarak kabul edilerek soruşturma aşamasında gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edecek delillerin toplanmasının sağlanması amaçlanmıştır (m.174/1-b)³³.

³² Yıldırım, s.33.

³³ Maddede yer alan, “suçun sübutuna etki edeceği mutlak sayılan” ifadesi, 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanununun 20 nci maddesiyle, “suçun sübutuna doğrudan etki edecek” olarak değiştirilmiştir. Bu suretle kanun koyucunun, savcının, delillerin iddianame düzenlemek için aranan şüphe derecesine ulaşılmasında yeterli olup olmadığı noktasındaki takdir yetkisini, etkin bir soruşturma yapılması adına sınırlandırarak, iddianamenin iadesi imkanını genişletmeyi amaçladığı söylenebilir. Nitekim Adalet Komisyonu raporunda değişiklik ile ilgili olarak; “...’Mutlak sayılan mevcut bir delil’ ibaresi dikkate alındığında mahkemelerin iade yetkisinin çok sınırlı olduğu ve mutlak olmamakla birlikte suçun sübutuna etki edebilecek deliller toplanmadan açılan iddianamelerin iade edilemediği görülmektedir. Yargıtay içtihatları da bu yönde gelişmiştir. Bu itibarla, maddeyle yapılan değişiklik ile suçun sübutuna doğrudan etki edecek delillerin toplanması sağlanmaktadır...” denilmiştir. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>, erişim:21.2.2020.

Esasen bu düzenlemeler, maddi gerçeğe ulaşma ödevinin yerine getirilmesinde, C.Savcısının önemli bir rolü bulunduğuna işaret etmektedir³⁴. Bu durum, ceza muhakemesinin işleyişine ilişkin CMK'nın öngördüğü sistem ile uyumludur. Söz konusu sisteme göre kovuşturmanın hızlı bir şekilde yapılarak gerçeğe seri ve adalete uygun şekilde ulaşılabilmesi, delillerin tamamının yahut önemli bir bölümünün soruşturma evresinde toplanmış olması halinde mümkündür³⁵.

Eksik tahkikatla, hızlı şekilde kovuşturmaya geçmek yerine, mümkün olan tüm delillerin toplandığı etkin bir soruşturma sonucunda kovuşturmaya geçilmesi, yargılamaların hızlanmasına büyük ölçüde katkı sağlayacaktır.

Bununla birlikte kanun koyucunun, kovuşturma aşamasında da gerçeğe ulaşma amacına hizmet edecek birtakım düzenlemelere yer verdiğini ifade etmek gerekir. Örneğin hakime, çözümü uzmanlığı veya teknik bilgiyi gerektiren konularda re'sen bilirkişiye başvurma imkanı veren ve bilirkişiye aynı yargılamada kaç defa müracaat edileceğine dair herhangi bir sınır da öngörmeyen

³⁴ “C.M.K.nın 160/2. maddesinin amir hükmüne göre anılan soruşturma evrakına bakan Cumhuriyet Savcısının söz konusu olayla ilgili olarak İl Emniyet Müdürlüğüne düzenlenen fezlekenin içeriğiyle yetinmeksizin maddi gerçeği bulmak için gerekli işlemleri yapması, bu kapsamda öncelikli olarak hakkında suç isnadında bulunulmasına rağmen kendisiyle ilgili hiç bir işlem yapılmayan hatta açık kimliğiyle adresi dahi tespit edilmeyen şüpheliyi temin edip ifadesini aldıktan sonra dosya içinde bulunup mağdureye ait olduğu bildirilen görüntülü ifade kaydı cd'nin çizik olması sebebiyle bilgisayarda açılmaması karşısında emniyet müdürlüğünden kopyasını temin edip ayrıca mağdurenin ifadesinde isimleri geçen tanıkları da dinledikten sonra bunları değerlendirerek bir karara varması gerekirken eksik soruşturmayla karar verilmesi...” (Yarg. 14. CD., 20.6.2012, 2012/8915 E., 2012/7056 K.)

³⁵ “CMK'nın 170/2. maddesine göre kamu davası açılabilmesi için soruşturma aşamasında toplanan delillere göre suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması gerekir. Suç ihbar veya şikayeti yoluyla soruşturma yaparak maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet savcısı, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığını takdir edecektir. Ancak soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının delil değerlendirmesiyle, kovuşturma aşamasında hakimnin delilleri değerlendirmesi birbirinden farklı özelliklere sahiptir. CMK'nın 170/2. maddesine göre soruşturma aşamasında toplanan deliller kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturup oluşturmadıkları çerçevesinde incelemeye tabi tutulurken, kovuşturma aşamasında, isnad edilen suçun işlenip işlenmediği hususunda mahkumiyete yeter olup olmadığı ve tam bir vicdani kanaat oluşturup oluşturmadığı çerçevesinde değerlendirilmektedir. İncelenen dosyada; müştekinin şikayeti üzerine başlatılan soruşturmada, maddi gerçeğin tespiti için yapılması gereken araştırmalar ve toplanması gereken delillerden, müştekinin bildirdiği tanığın ifadesi alınmadan, ilgili kurumdan şikayete konu arama ve mesaj kayıtlarının tespiti için iletişimin tespiti talebinde bulunulmamış, dolayısıyla eksik soruşturma ile kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Hal böyle iken merci tarafından eksik soruşturma nedeni ile itirazın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi hukuka aykırıdır.” (Yarg. 18. CD., 21.5.2018, 2017/7248 E., 2018/7719 K.)

CMK m.63; hakimın resen keşif yapabileceğine işaret eden m.83 ve gerekirse kovuşturmada keşfin tekrar yapılmasına re'sen karar verilebileceğini düzenleyen m.181/2; hâkim veya mahkeme tarafından yargılama konusu ile ilgili olarak çeşitli kurumlardan yazılı bilgi istenebileceği hükmünü haiz m.332, bu kapsamda sayılabilir. Keza CMK m.207'ye göre, “*Delilin ortaya konulması istemi, bunun veya ispat edilmek istenen olayın geç bildirilmiş olması nedeniyle reddedilemez.*” Bu hüküm ceza yargılamasında, medeni yargılamada geçerli olan teksif ilkesi³⁶ gibi bir ilkeye yer verilmediğine işaret etmektedir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ceza yargılamasında amaç gerçeğe ulaşmak olduğundan, delil ikamesi konusunda iddia yahut savunma makamını bağlayıcı herhangi bir sınırlama olmamalıdır.

Bu çerçevede yürütülen ve soruşturma aşamasını da kapsayan adil bir ceza tahkikatı sonucunda mahkemece verilen karar, maddi ceza hukuku kurallarına göre işlenen suçta sorumluluğu bulunanların tespit edilmesi, kusurlu olanların cezalandırılması³⁷ ve bu suretle suçla bozulan kamu barışının yeniden tesis edilmesine hizmet eder³⁸. Yargılama sonucunda ortaya çıkarılan gerçeklik ise bu kararın zeminini oluşturur³⁹.

Ceza muhakemesi kurallarının bu süreçteki fonksiyonu, geçmişte yaşanmış hangi olay yahut olayların suçla bağlantılı olduğunu, diğer bir ifadeyle gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından vakıa bazında neyin araştırılmaya değer olduğunu belirlemektir⁴⁰. Örneğin iddianamenin unsurlarını düzenleyen CMK m.170'te, “*yüklenen suçu oluşturan olaylar... açıklanır*” (m.170/4) denilerek, C.Savcısına, soruşturma aşamasında toplanan deliller çerçevesinde neyin yargı-

³⁶ Bu ilke, tarafların dava malzemelerini belli bir usul kesitine kadar ileri sürmelerini ifade eder (ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler, in: Pekcanitez Usul, 15. Bası, XII Levha, İstanbul 2017, s.809). Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.141'de, “*Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler*” denilerek dilekçeler teatisi aşamasından sonra, kural olarak dava dilekçesi dışında bir vakıayı yargılamaya dahil etmeleri engellenmiştir.

³⁷ Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması prensibi olmaksızın, maddi ceza hukukuna hakim olan -maddi- kusur ilkesinin gerçekleştirilemeyeceği hususunda bkz. Weßlau, Wahrheit, s.996.

³⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s.67.

³⁹ Kühne (Löwe-Rosenberg StPO), Einleitung (Abschnitt B), kn.13.

⁴⁰ GÖSSEL, Karl Heinz, Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß?, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 165, Walter de Gruyter, Berlin 2000, s.8.

lanacağını tespit etme ödevi yüklenmiştir. Buna uygun olarak mahkeme, sanığın iddianamede gösterilen ve kendisine isnat olunan fiille irtibatlı bulunan vakıaları gerçekleştirip gerçekleştirmediğini, başka bir anlatımla yargılama konusunu oluşturan olayın, tarihsel bir gerçeklik olarak iddianamede anlatıldığı ve sanığa yüklediği şekliyle mi ortaya çıktığını tespit etmek durumundadır⁴¹. Bu süreçte mahkeme, iddianamede gösterilen fiil ile bağlı olmakla beraber, bu fiilin maddi ceza hukuku kuralları çerçevesinde hangi suç kapsamında mütalaa edileceğini, diğer bir deyişle hukuki tavsifin nasıl yapılacağını takdir yetkisine sahiptir.

2. Teorik Yaklaşımlar Nazarında

Teorik yaklaşımlar nazarında konunun değerlendirilmesine geçmeden evvel, meselenin esasının şu sorular etrafında şekillendiğini söylemek mümkündür: “CMK’da (m.160/2) ifade edildiği gibi objektif manada maddi gerçeğin tespiti mümkün müdür? Yoksa objektif yaklaşımla ulaşılabilecek olan, kesine yakın bir olasılık (*summa verisimilit*) mıdır? Hakim, gerçeği ararken normatif prensiplere uygun hareket etmek zorunda olduğundan, onun geçmişe ilişkin tespiti, çoğu zaman eksik kalmaya mecbur mudur? Gerçeklik, yargılamaya katılan süjelerin her birinin, gerçekleşme şekli üzerinde mutabık kaldığı bir olgu mudur?”

Bu sorulara yanıt bulmak kolay değildir. Zira bunlar, insanlığın var olduğu günden beri peşine düştüğü hakikat kavramıyla⁴² ve bu yönüyle gerçeğin felsefi manada tartışma zeminini oluşturan epistemoloji ve ontoloji (varlık felsefesi) ile bağlantılıdır⁴³. Dolayısıyla bu konu, esasen başka bir disiplin olan felsefenin konusunu oluşturmaktadır; ceza muhakemesi hukuku alanında incelemeye elverişli olmayacak kadar kompleks bir yapıya sahiptir⁴⁴. Bu bakımdan aşağıda-

⁴¹ Gössel, s.8; KARGL, Walter, Wahrheit, Überzeugung und Wissen im Strafverfahren, -Über die Voraussetzungen der Erkenntnis im Schatten des Zweifels-, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Volume 105, Issue 2, 2019, s.172.

⁴² KOKKINAKIS, Kriton, Strafprozessuales operatives Vorgehen und strafrechtliches Rückwirkungsverbot, LIT Verlag, Hamburg 2001, s.311.

⁴³ Engisch, s.6.

⁴⁴ GUTMANN, Thomas, Wahrheit, in: Beweis (Baden-Badener Strafrechtsgespräche herausgegeben von Prof. Dr. Thomas Fischer), Nomos, Baden-Baden 2019, s.13.

ki açıklamalarımızda, bu alandaki bilgilere, ceza muhakemesi hukuku ile ilişki kurmak kaydıyla ve bu ilişkiyi kuracak ölçüde yer verilecektir⁴⁵.

Buradaki bağlantı noktası, önermelerin, bilgi ve ifadelerin doğruluğudur. Zira felsefe alanında geliştirilen teoriler, genellikle sadece ifadelerin veya önermelerin ya da bunlardan türetilen açıklamalar, anlatılar gibi komplekslerin doğruluğu ile ilgilidir⁴⁶. Ceza muhakemesinde de yargılama konusu olayın gerçekliğine ilişkin yapılan değerlendirme, ifadeler ve çeşitli yöntemlerle edinilmiş bilgilere, diğer bir ifadeyle vakıya ilişkin delillere dayanır.

A. Ontolojik Yaklaşım: “Uygunluk Teorisi” (*Korrespondenztheorie*)

Geleneksel anlayışa göre ceza muhakemesi hukukunun amacı, karara etki eden tüm vakıalar dikkate alınıp⁴⁷ yargılama konusu olay aslına uygun inşa edilerek tarihsel anlamda maddi gerçeğe ulaşmaktır⁴⁸. Bu manada hakim, bir bakıma tarihçi gibi hareket eder. Zira o da geçmişe ait tarihsel bir kesiti, eldeki bilgilerle değerlendirerek geleceğe ilişkin birtakım sonuçlara ulaşmaktadır. Ancak tarihçi ile hakim arasındaki en önemli farklar, üzerinde çalışılan tarihsel konunun niteliği, kullanılan araçlar ve geçmişte gerçekleşmiş vakıanın sonuçları açısından ortaya çıkar⁴⁹. Ayrıca hakim, tarihçiden farklı olarak geçmişini araştırma faaliyeti sırasında kanun koyucunun tespit ettiği usul hukuku kurallarına uygun hareket etmek durumundadır. Ancak nihayetinde, ceza yargılamasında objektif açıdan maddi gerçeğin ne olduğu araştırılır.

Buna paralel olarak ontolojik anlayış bakımından dünya, olgulardan, var olan ve var olabilen şeylerden ibarettir. Bir şey ya vardır ya da yoktur (*I veya 0*). Bu kapsamda gerçeklik, gerekçelendirilmesi ve açıklanması gerekmeyen,

⁴⁵ “Hukuki manada hakikat” konusundaki tartışma, hakikat sorunuyla ilgili felsefi yaklaşımlara dayalı olsa da bu yaklaşımlar, hukuk disiplininde geçerli olan prensiplerle uyduğu ölçüde anlamlıdır. Diğer bir deyişle, felsefi olarak gerekçelendirilebilecek her hakikat teorisi, hukuki manada hakikatin açıklanmasında dikkate alınmayabilir (NEUMANN, Ulfried, Wahrheit im Recht, in: Beweis (Baden-Badener Strafrechtsgespräche herausgegeben von Prof. Dr. Thomas Fischer), Nomos, Baden-Baden 2019, s.27).

⁴⁶ RESCHER, Nicholas, Philosophische Vorstellungen -Studien über die menschliche Erkenntnis-, Ontos Verlag, Frankfurt 2012, s.1.

⁴⁷ Volk/Engländer, §3, kn.1.

⁴⁸ Beling, §9, s.32.

⁴⁹ NIETHAMMER, Emil, Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949, Walter de Gruyter, Berlin 1949, s. 27; Kokkinakis, s.312.

mutlak, objektif, kendinden menkul bir yapıya sahip olup onu tasavvur edenlerden yahut onu ortaya çıkarma çabalarından bağımsızdır. Diğer bir deyişle gerçeklik, insanın keşfine, onu nasıl açıkladığına yahut ondan ne anladığına bağlı değildir⁵⁰.

Bu kapsamda bir bilgi, nesne dünyasını görüldüğü biçimde tasvir ediyorsa, diğer bir ifadeyle bilgi ile onun ilişkin olduğu nesne uyuyorsa, bilgi doğrudur; ancak yanlışlıkla (hata) veya kasıtlı olarak (yalan) nesneyi görüldüğünden başka türlü tasvir ediyorsa, bilgi yanlıştır⁵¹.

B. Tutarlılık Teorisi (*Kohärenztheorie*)

Tutarlılık teorisine göre herhangi bir vakiya ilişkin beyanın gerçeğe uygunluğu, nesnel dünyanın özelliklerine göre değil, diğerleriyle arasındaki tutarlılık dikkate alınarak belirlenmelidir⁵². Şayet bir bilgi yahut beyan, doğruluğuna itibar edilen başka bir bilgi veya beyanla tutarlılık gösteriyorsa, onun doğru olduğu, gerçeğe uyduğu söylenebilir. Bu bakımdan tutarlılık teorisi, realist bir yaklaşıma dayanmaz⁵³.

Uygunluk teorisinin aksine, tutarlılık teorisine göre insanın bilişsel ve algısal olanakları sınırlı olup bu sınırı aşmak mümkün değildir. Dolayısıyla ontolojik, değer yargısından bağımsız bir gerçekliğin varlığı kabul edilemez. İnsanın sınırlı bilişsel yetenekleriyle bilgiyi doğrudan nesneyle ilişkilendirip böylesi bir gerçeğe ulaşmasına da imkan yoktur⁵⁴.

Teoriye göre bir vakianın gerçek olup olmadığına, o olgu veya vakiya ilişkin söylemlerin birbirleriyle ilişki kurularak doğrulanmaları süreci sonucunda karar verilir. Dolayısıyla her yeni beyan yahut bilgi, kendinden önce doğrulanmış olan bir başkasına eklenerek bir bütünün parçasını oluşturur⁵⁵. Gerçek ile gerçek olmayan arasındaki ayrım, kurulan bu doğrulama sistemine uygunluk

⁵⁰ Gutmann, s.19.

⁵¹ Kargl, s.177; Gutmann, s.19.

⁵² Gutmann, s.20.

⁵³ Kargl, s.177.

⁵⁴ Gutmann, s.20.

⁵⁵ Gutmann, s.20.

üzerinden belirlenir⁵⁶. Böylece uygunluk teorisinin kullandığı tanımlama yöntemi yerine, gerçeğin kriterler üzerinden tespitine ilişkin bir yöntem tercih edilmiş olur⁵⁷. Bu yöntem, gerçeğin tanımlanmasına ilişkin zorlukları bertaraf etmesi yanında, gerçeğe uygun olmayanın tespitini de kolaylaştırır⁵⁸.

Teorinin ortaya koyduğu anlayış doğrultusunda ceza muhakemesi bakımından yargılama safahatında hakim, ortaya çıkan her delilin, ilişkin olduğu temel/yan vakıya dair diğer delillerle tutarlı olup olmadığını değerlendirir. Bu değerlendirmede, doğruluğuna ikna olunan bir delille tutarlılık göstermeyen hiçbir delile itibar edilmez. Hakim, yargılama konusu vakıanın gerçekliğine ilişkin nihai kanaatini, ortaya çıkan bütünü nazarı itibara alarak oluşturur.

C. Uzlaşma Teorisi (*Konsenstheorie*)

Bu teori, tutarlılık teorisine büyük ölçüde benzer kabullere dayanır. Nitekim öncelikle uzlaşma teorisine göre de bir vakıanın gerçekliği, tecrübeye göre değil, o vakıya ilişkin ortaya konulan argümanların seyrine göre belirlenir. Bu çerçevede bir ifadenin doğruluğu, onun gerekçelendirilebilir olmasıyla doğru orantılıdır. Yalnızca gerekçelendirilebilen ifadeler gerçeği yansıtır⁵⁹.

Bu teorinin tutarlılık teorisine benzerlik gösteren bir diğer yanı da bir ifadenin gerçekliğini, başka bir söyleyişle itibar edilebilirliğini, diğer ifadelerle ilişki kurarak değerlendirmesidir. Söz konusu ilişki, yeni argümanın doğrulama/gerekçelendirme zeminini oluşturur. Bu ilişki, dilsel/söylemsel mantık çerçevesinde kurulmalıdır. Buna göre argümanın ilişkin olduğu vakıya ile irtibatı bulunan belli bir grup insan tarafından kabul görmesi, doğrulanması için yeterlidir. Tüm argümanların birebir aynı olması gerekmez. Bu noktada argümanlar

⁵⁶ İngiliz idealizm savunucularının, ekseriyetle bu sistemi tercih ettiği hususunda bkz. **Kargl**, s.178.

⁵⁷ Temel olarak ifade/önermelerin gerçekliğini açıklamanın iki yolu vardır. Bunlardan ilki, tanımlamadır. Buna göre önermelerin karakteristik bir özelliği olarak "hakikat" tanımlanmaya çalışılır. İkincisi ise kriterler üzerinden hareket etmektir. Bu kapsamda belirli bir önermeyi gerçek olarak vasıflandırmak için, söz konusu gerçekliği test edebilecek doğrulama kriterleri oluşturmaya çalışılır (**Rescher**, s.1).

⁵⁸ Yanlışın ve gerçek olmayanın tanımlanması, gerçeği tanımlamaktan daha yüzeysel ve daha kolaydır. v. **GOETHE, Johann Wolfgang**, Maximen und Reflexionen -Aus Kunst und Altertum (Vierten Bandes Zweites Heft), Verlag der Goethe Gesellschaft, Weimar 1907, s.30, kn.166.

⁵⁹ **Kargl**, s.179, 180.

arasında ortaya çıkabilecek farklılıklar, uzlaşmanın türü ve ne şekilde tesis edileceğini belirler.

D. Teorilere İlişkin Değerlendirme

a. Uygunluk Teorisi Yönünden

aa. Teorinin Ceza Muhakemesindeki Fonksiyonu

Bir nesne hakkında yargıda bulunan, dolayısıyla da doğruluk değeri alabilen cümlelerden önerme olarak bahsederiz; bu önermelerin, haklarında yargıda buldukları nesnelere uygun olması durumunda da önermelerin doğru olduğu sonucuna ulaşırız. Bu, klasik epistemolojideki Aristotelesçi uygunluk teorisinin⁶⁰ karşılığıdır⁶¹.

Ceza muhakemesi hukuku bakımından bu anlayışın yansıması, hakimin vicdani kanaatinin, bu kanaate esas oluşturan vakıalara ilişkin delillerle uygunluğu çerçevesinde ortaya çıkar. Bu kapsamda “nesne” yargılama konusu olayı; “uyuşma” delil serbestisi ilkesi çerçevesinde yürütülen yargılama sonucunda oluşan kanaati; “önerme (akıl)” ise hakimin deliller aracılığıyla oluşturduğu algıyı yansıtan ve ceza muhakemesi kanununa uygun şekilde verilen kararı ifade eder. Şayet hakimin kanaati, tarihsel gerçeği yansıtıyor, yargılama konusu olay ile uyuyorsa, verilen karar da ceza muhakemesinin amacını gerçekleştirmeye hizmet etmiş olacaktır⁶².

CMK’da yer verilen ve ceza muhakemesine hakim olan ilkelere işaret eden hukuk kurallarının, uygunluk teorisine uygun olarak tasarlandıkları söylenebilir. Nitekim bu kurallar, geçmişte yaşanan olayın yargılama safahatı boyunca mümkün olduğunca aslına uygun, tarihsel gerçeği yansıtacak şekilde ortaya

⁶⁰ Aristotelesçi anlayışa göre doğruluk, akıl ve nesne arasındaki uyuşmadan (*veritas est adaequatio intellectus et rei*) ibarettir. Yani ifade, olgu ile uyuyorsa, gerçeğe de uygundur. (MÜLLER DIETZ, Heinz, Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren, Zeitschrift für Evangelische Ethik (15), 1971, s.257.)

⁶¹ THEILE, Hans, Wahrheit, Konsens und § 257c StPO, NStZ 2012, s.666; TRÜG, Gerson/KERNER, Hans Jürgen, Formalisierung der Wahrheitsfindung im (reformiert-) inquisitorischen Strafverfahren? Betrachtungen unter rechtsvergleichender Perspektive, in: Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, Walter de Gruyter, Berlin 2007, s.192; Kokkinakis, s.312; Kargl, s.172

⁶² PAULUS, Rainer, Prozessuale Wahrheit und Revision, in: Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Walter de Gruyter, Berlin 1992, s.688.

çıkarmaya elverişlidirler. Bu kapsamda örneğin ceza muhakemesinde geçerli olan delil serbestisi ilkesi (CMK m.217/1) ve yargılamanın her aşamasında suçun sübutuna yarayacak delilin toplanması imkanı (m.207), maddi gerçeğin tespitine yarayacak enstrümanlardandır⁶³.

Hakimin yargılama konusu olayla irtibatlı bulunan tüm vakıaları tespit etme ve aydınlatma ödevi de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını temin etmeye yöneliktir⁶⁴. Böylece, yargılama sonucunda hatalı bir hüküm verilmesinin de önüne geçilebilir⁶⁵. Bu çerçevede ceza muhakemesinin amacı, her türlü kuşku-
dan uzak, maddi gerçeği araştırmak, saptamak ve buna göre sonuca varmaktır⁶⁶. Maddi gerçek, yargılama konusu olayın yaşandığı günkü halini canlandırmaktan başka bir şey değildir⁶⁷. Dolayısıyla en iyi ceza muhakemesi, maddi gerçeği yüzde yüz yansıtan; diğer bir deyişle mutlak gerçeğe⁶⁸ uygun sonuca ulaşandır.

Hakimin kanaati ve bu kanaate göre verilecek kararın doğruluğu, çelişmeli muhakeme çerçevesinde tüm süjelerin yargılama konusu olaya ilişkin anlattıkları ve diğer deliller ile yargılama konusu olayın dışsal gerçekliği arasındaki uyumaya bağlı ise, diğer bir deyişle CMK m.160/1 ve 161/1, c.1'de öngörül-
düğü şekliyle işin esasına ulaşmak için delil ve olay arasında bir uyuma bulunması zorunlu ise, aydınlatma ödevinin, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin gerçekleştirilmesinde -şart değilse de- araç olduğu söylenebilir. Nite-

⁶³ **Gutmann**, s.23. "Gerek 1412 Sayılı CMUK, gerekse 5271 Sayılı CMK, adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinmiştir. Bu nedenle ulaşılma imkânı bulunan bütün delillerin ele alınıp değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle adaletin tam olarak gerçekleşebilmesi için, maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet edebilecek tüm kanuni delillerin toplanması ve tartışılması zorunludur." (Yarg. CGK., 12.3.2020 tarih, 2018/1-337 E., 2020/176 K.)

⁶⁴ **Dedes**, s.935; Aydınlatma ödevi, sadece kovuşturma evresinde hakimin yargılama konusuyla ilintili vakıaları araştırmasına ilişkin olmayıp soruşturma evresinde savcı da bu türden bir faaliyet yürüterek yargılamaya konu olacak vakıaları tespit etmelidir. Dolayısıyla aydınlatma ödevi, hem kovuşturma hem de soruşturma evresinde geçerlidir. (**EISENBERG, Ulrich**, Beweisrecht der StPO Spezialkommentar, 10. Vollständig überarbitete und teilweise erweiterte Auflage, C.H.Beck, München 2017, kn.1)

⁶⁵ **Eisenberg**, kn.2.

⁶⁶ Yarg. CGK., 4.2.2020, 2017/13-167 E., 2020/51 K.

⁶⁷ "Ceza yargılamasının esas amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu bakımdan hakim davayı muhakeme kuralları gereğince huzurunda görecektir, olayı ilk günkü haline götürecektir..." (Yarg. 14. CD., 23.1.2020, 2019/4188 E., 2020/700 K.)

⁶⁸ Maddi gerçeğin mutlak gerçek manasında kullanımı için bkz. **TRÜG, Gerson**, Erkenntnis aus der Untersuchung des US-amerikanischen plea bargaining-Systems für den deutschen Absprachendiskurs, ZStW 120 (2008), Heft 2, s.335.

kim hakimin vicdani kanaat oluşturabilmesi için serbestçe takdir edeceği deliller, ilgili vakıaların yargılama makamlarınca araştırılması sonucunda ortaya çıkarılabilir ve çeşitlendirilebilir. Yargılama konusu olay bir bütün olup birçok parçadan, yani küçük olaylardan meydana gelir. Mevcut deliller, çok defa olayın bütününe değil; bir kısmını temsil eder. Olay belirlenirken, tarihsel vakıa aslına uygun yeniden inşa edilmeye çalışılırken, bu delillerden istifade edilecektir⁶⁹. Böylece deliller ve ilişkin oldukları vakıalar ile diğer vakıalar arasındaki bağlantıların tespit edilmesi de kolaylaşır. Bu da hakimin vicdani kanaat oluştururken yargılama konusu olayın gelişimini geniş bir çerçeveden görüp anlamasına imkan tanır.

Teoriye göre hakimin yargılama sonucunda ulaştığı kanaat, tespit edilen objektif gerçeklik üzerinden oluşturulur. Bu bakımdan hakimin, tespit edilen gerçekliğe ilişkin normatif alanda karşılık bulan -teşebbüs, iştirak gibi- bir tavsif ortaya koymasının önemi yoktur. Diğer bir deyişle maddi gerçeğin tespiti, yargılama sürecinin, nesnel bir olayın “rekonstrüktif” (*yeniden inşa edilecek tarzda*) olarak belirlenmesinden mi ibaret olduğu; yoksa “interaktif bir yorumlama faaliyeti” olarak mı anlaşılması gerektiğinden bağımsız olarak, uygunluk teorisinin esaslarına göre belirlenir⁷⁰.

Bununla birlikte, ceza muhakemesi esnasında verilen kararlar veya muhakeme sonunda ulaşılan hüküm, her zaman tarihsel gerçeği yansıtmayabilir. Karar ve hükümlerde haksızlık, hukuka aykırılık, yanılma, eksiklik söz konusu olabilir.

Verilen karar veya hükümlerin başka yargısal mercilerce tekrar incelenmesi, adli hata riskini önemli ölçüde azaltır. Bu çerçevede CMK’da olağan kanun yolu olarak düzenlenen itiraz ve istinafta, verilen bir kararın temelini oluşturan deliller ve maddî olgular ile deliller ve maddî olgularla ulaşılan hukuki sonucun doğru olup olmadığı incelenir. Bu nedenle söz konusu kanun yolları, ikinci derece kanun yolu olarak değerlendirilmektedir⁷¹. Bu kapsamda özellikle istinaf, yargılama konusu olayın yeniden ele alınarak değerlendirilmesi ve ger-

⁶⁹ Yenisey/Nuhoğlu, s.751.

⁷⁰ Gutmann, s.23, 24.

⁷¹ AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesi Kanununda İtiraz, TBB Dergisi, S.65 (2006), s.63, 64.

çeğe uygun bir karar verilmesi açısından bir şans daha elde edilmesine imkan tanır⁷².

Olağan kanun yolları yönünden CMK’da öngörülen üçlü denetim, temyiz kanun yolunu, bir hukuk kuralının hiç yahut gerektiği gibi uygulanmaması çerçevesinde yapılan hukuki denetimine hasretmiştir (m.288). Dolayısıyla burada, maddi vakıa denetimi kural olarak yapılmamaktadır. Bu nedenle bir görüşe göre temyiz, ikincil değil, hukuki derece kanun yolu olarak kabul edilmelidir⁷³. Ancak Yargıtay, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe erişme amacı dikkate alınarak, ilk derece ve istinaf yargılamalarında maddi olay değerlendirmesindeki hataların da temyiz incelemesine dahil edilmesi gerektiği görüşündedir⁷⁴.

Keza aynı gerekçelerle, kesin hükmün otoritesine istisna olmak üzere olağanüstü yasa yolları da benimsenmiştir. 5271 Sayılı CMK m.309’da düzenlenen kanun yararına bozma, m.311-314 itibarıyla düzenlenen yargılamanın yenilenmesi ve m.308’de yer alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı

⁷² **Yenisey/Nuhoğlu**, s.876. İstinaf kanun yolu kapsamında BAM ilgili ceza dairesince yapılan tahkikat sonucunda verilen kararda, maddi vakıa bakımından ilk derece mahkemesinin tespitinden farklı bir sonuca ulaşılsa da CMK m.283 gereğince, istinaf yoluna yalnızca sanık lehine başvurulmuşsa, ilk derece mahkemesinin verdiği cezadan daha ağır bir cezaya hükmedilemez. Temyiz kanun yolu açısından da durum benzer bir nitelik taşımaktadır. (Bkz. CMK m.307/5).

⁷³ **Aydın**, İtiraz, s.63.

⁷⁴ “Yargıtay, temyiz kanun yoluyla ülkedeki hukuk kurallarının istikrarlı ve aynı biçimde uygulanmasını yani içtihat birliğini sağlar. 5271 Sayılı CMK, ilk derece yargılaması ile temyiz yargılaması arasında istinafi yerleştirilerek, hem Yargıtayın içtihat mahkemesi konumunu güçlendirmeyi hem de mahkemelerin son kararlarının yalnızca hukuki sorun değil, maddi sorun açısından da sağlıklı bir şekilde denetlenmesinin yolunu açmayı öngörmüştür. Bununla birlikte ceza muhakemesinin amacı, her somut olayda kanuna ve usulüne uygun olarak toplanan delillerle maddi gerçeğe ulaşıp adaleti sağlamak, suç işlediği sabit olan faili cezalandırmak, kamu düzeninin bozulmasının önüne geçebilmek ve bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmektedir. Gerek 1412 Sayılı CMUK, gerekse 5271 Sayılı CMK, adil, etkin ve hukuka uygun bir yargılama yapılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşmayı amaç edinmiştir. Anayasa’nın 138. maddesi de tüm hâkimlerin Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar vereceklerini hükmüne bağlamıştır. Bu nedenle ilk derece ve bölge adliye mahkemelerinde yapılmakta olan yargılama sonucunda ulaşılmı imkânı bulunan bütün deliller ele alınıp değerlendirilmeden karar verilmesi, maddi sorunun doğru olarak tespit edilmemesi, dosyada mevcut delillerle maddi soruna ilişkin tespitlerin uyumlu olmaması gibi nedenlerle yazılı hukuka, evrensel hukuki değerlere, akla, bilime ve tecrübe kurallarına aykırı olacak şekilde maddi olay değerlendirmesinin hatalı olarak belirlendiği hâllerde adaletin tam olarak gerçekleşmesi amacı da gözetilerek Yargıtayın, hükmün hukuki yönüne ilişkin olan ve hükme etki eden maddi olay değerlendirmesindeki hukuka aykırılıkları da temyiz yoluyla incelemesi gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.” (Yarg. CGK., 14.1.2020, 2019/9-425 E., 2020/4 K.)

da bu istisnalardandır⁷⁵. Söz konusu kanun yollarında, olağan kanun yollarına nazaran daha sınırlı olsa da maddi vakıa denetiminin mümkün olduğunu ifade etmek gerekir.

bb. Teorinin Eleştirisi

Uygunluk teorisi birçok yönden eleştiriye açıktır:

i. Sınırlı Bilgiyle Mutlak Gerçeğe Erişmek Mümkün Değildir

Öncelikle bu teori, mutlak, objektif gerçeğe erişmenin, insanın sınırlı bilişsel yeteneği⁷⁶ yahut başkaca etkenler nedeniyle mümkün olmadığından bahisle tenkit edilmiştir⁷⁷.

Ontolojik açıdan bakıldığında, insanın bilgisi dahilinde olmayan, tecrübe edilemeyen fakat varlık gösteren “şey”lerden söz edilebilir. Bu kapsamda DNA incelemesi keşfedilmeden önce ulaşılamıyor olması, faile ait tükürüğün onun kimliğinin tespitine imkan sağladığı gerçeğini değiştirmez. Keza (A)’nın ölümü üzerine başlatılan soruşturmada elde edilemeyen, fail (B)’nin olaydan sonra binanın çatı katında kullanılmayan bir şişenin içine sakladığı bıçak, soruşturma makamlarının bilgisi dahilinde olmamasına rağmen çatı katında durmaktadır. Ancak bunlara ulaşmak mümkün değilse, kendinden menkul objektif gerçeğin de bir anlamı yoktur.

ii. İnsan Algısı Değişkendir

Adli psikoloji nedeniyle gerçeğin ortaya çıkarılmasında karşılaşılan zorluklar⁷⁸, ontolojik bilgiye ulaşılması için yeterli kaynağa sahip olunamaması⁷⁹, karşılaşılan bilginin insan algısına göre değişkenlik arz etmesi de objektif gerçeğin tespitinde engel oluşturur.

⁷⁵ Yarg. 16. CD., 14.2.2020, 2019/11542 E., 2020/1435 K.

⁷⁶ **Kramer**, kn.14.

⁷⁷ **Paulus**, s.690.

⁷⁸ Yargılamaya katılan süjelerin beyanları, çeşitli sebeplere bağlanan kasıtlı yalan beyanlar yahut kişinin subjektif açıdan doğru zannettiği ancak esasen varsayımdan ibaret olan ve hatırlamalara dayalı anlatımlar nedeniyle gerçeği yansıtmayabilir. Örneğin meslek, gelenek, politik yaklaşımlar, yer, zaman, ortam koşulları gibi çeşitli değişkenler kişinin algısını ve dolayısıyla ortaya koyduğu beyanı etkileyebilir.

⁷⁹ **Müller Dietz**, s.261.

Tanımların hangi vakıyı nasıl aktardıkları da değişkenlik gösterebilir. Bu kapsamda, görme yeteneğinden yoksun olup bir fili dokundukları uzuvları aracılığıyla tanımlamaya çalışan kişilerin Mesnevi'deki tarifleri örnek olarak gösterilebilir. Filin kuyruğunu tutan için fil bir halata; gövdesine dokunan için duvara; kulaklarını tutan için yelpazeye; hortumunu tutan için iri bir yılan; dışına dokunan için bir mızrağa; bacağına dokunan içinse bir ağaca benzer⁸⁰.

Bu noktada yargılamayı yürüten hakimin, farklı kişilerce ortaya konulan algısal tasvirlerin tamamını, başkaca verileri de kullanarak değerlendirmesi gerekir. Örneğin file dokunanların birbirlerine temas etmeden farklı yerlerde durdukları dikkate alınabilir.

Burada bir hususun altını çizmek gerekir: Søjelerin gerçeklik algılarına ilişkin farklılık, maddi gerçeğin tespitinde her zaman olumsuz etki doğurmaz. Søjelerin kendi algılarının gerçeği temsil ettiğini ortaya koymak adına, delil toplanmasını istemeleri söz konusu olabilir. Bu da hakimin vakıyı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu talepler doğrultusunda toplanan farklı delilleri dikkate alarak kanaat oluşturmasını sağlayacaktır. Bu vesileyle sağlanan delil çeşitliliği, toplanan delillerin çelişmeli yargılamada tartışılarak gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet edebilir⁸¹.

Bunun dışında, sosyal-psikolojiye göre yargılamayı yürüten hakimin cinsiyeti⁸² yahut toplumsal kabuller açısından kadına veya erkeğe olan yaklaşımı,

⁸⁰ **Mevlânâ Celâleddin Rûmî**, Mesnevî, C.III, çev. Veled İzbudak, MEB Yayını, İstanbul 1990, s.101, 102.

⁸¹ **Theile**, s.666.

⁸² Bu kapsamda Alman Federal Merkezi Kayıt Sisteminden alınan ve hırsızlık suçuna ilişkin temyizi kabil olmayan kararların incelenmesi sonucunda elde edilen verilere göre, özellikle daha önce ceza yargıcı olarak görev yapmış ve bu alanda çalışmayı kendisi seçmiş olan yargıçlardan kadınların, erkek yargıçlara oranla cezalandırmaya daha yatkın oldukları tespit edilmiştir (Bkz. **OSWALD, Margit E./DREWNIK, Regine**, Attitude and Behavior of Male and Female Judges Concerning the Punishment of Offenders, in: Psychology, Law, and Criminal Justice (International Developments in Research and Practice), Walter de Gruyter, Berlin 1996, s.301, 302 [296-305]). Ayrıca beklentinin aksine, erkek yargıçların, kadın suçlulara babacan yaklaşmadığı, kadın yargıçların da kadın suçlularla empati kurmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte kadın yargıçların, alternatif ceza söz konusu olduğunda hapis cezası seçeneğine daha çok başvurduğu, cezalandırma aralığı söz konusu olduğunda görece de olsa daha fazla cezaya hükmettiğine dair veriler mevcuttur (**KETTE, Gerhard/KONECNI, Vladimir J.**, Communication Channels and Gender Differences in Decoding and Integration of Cues in Legal Decision-Making, in: Psychology, Law, and Criminal Justice, s.315, [314-326]).

yaşı, tecrübesi, cezalandırma eğilimi, politik aidiyeti⁸³ gibi faktörler, yargılama konusu olayın içeriğine göre⁸⁴ hakimin sanığa yaklaşımını etkileyebilir. Farklı ırk ve renklerden insanların bir arada yaşadığı toplumlarda, hakime ilişkin söz konusu özelliklerin etki oranının, sanığa yaklaşım tarzı itibarıyla daha yüksek olduğu söylenebilir. Bu kapsamda özellikle ABD’de siyahilerin cezalandırılma oranının, başkaca bir değişken olmaksızın beyazlara nazaran daha yüksek olduğu ifade edilmiştir⁸⁵. Hakimin bu tür tutumları da gerçeğin ortaya çıkarılmasında zafiyet oluşturabilir.

iii. Suç Kanıtları Değiştirilebilir

Mutlak gerçeğe erişme çabasına engel oluşturan diğer bir husus, suça ait iz ve eserlerin sonradan değişmiş yahut değiştirilmiş olması ihtimalidir. Bu kapsamda hakim, gerçeğe uygun olmayan bilgiler çerçevesinde sübjektif vicdani kanaate varabilir ve bu da daha fazla araştırma yapılmasına gerek görülmemesi sonucunu doğurabilir⁸⁶.

iv. Ceza Muhakemesinin Amacı, Ne Pahasına Olursa Olsun Gerçeğe Ulaşmak Değildir

Teoriye yöneltilen diğer bir eleştiri, objektif tarihsel gerçeğe ne pahasına olursa olsun ulaşılamayacağı, bunun modern ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan insan haklarının korunmasına ilişkin prensiplere aykırılık oluşturacağı düşüncesine dayanmaktadır⁸⁷.

Ceza muhakemesi, isnada konu fiilin belli kurallara göre yargılandığı şekli bir düzenden ibaret değildir; yargılama süjelerine ilişkin hukuki menfaatleri gözeten ve bu suretle hukuk devleti ilkesinin somutlaştırılmasını sağlayan bir

⁸³ **ENGLICH, Birte**, Urteileinflüsse vor Gericht, in: Handbuch der Rechtspsychologie (hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen 2008, s.488 [486-496].

⁸⁴ Sayıları belirleyici derecede farklılık arz etmese dahi bazı araştırmaların, kadın yargıçların, cinsel suç faillerine karşı daha sert bir tutum geliştirdiklerini ortaya koyduğu hususunda bkz. **Kette/Konecni**, s.315.

⁸⁵ **Englich**, s.487.

⁸⁶ **Müller Dietz**, s.261.

⁸⁷ **WOLTER, Jürgen**, Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter de Gruyter, Berlin 2001, s.1150.

mekanizmadır⁸⁸. Ceza muhakemesinde gerçeğe ulaşılmasına yönelik faaliyet sırasında, insanlık onuru daima göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁹.

Maddi gerçek, insan hakları ihlallerine yol açmadan araştırılıp bulunmalı, bu çerçevede adalet gerçekleştirilmeli ve hukuki barış sağlanmalıdır. Netice itibarıyla maddi ceza hukuku kurallarının uygulanmasında bir enstrüman olarak kabul edilen⁹⁰ ceza muhakemesinin amacı, “insan haklarına riayet ederek” maddi gerçeğe ulaşmak olarak tespit edilmelidir⁹¹. Dolayısıyla buradaki maddi gerçek, yargılama konusu olayın özelliklerine göre, fiili yahut hukuki bakımdan sınırlandırılmış bir gerçektir⁹².

Bu bakımdan, yargılama sonucunda maddi -tarihsel- gerçeğin ortaya çıkarılması çabası ile yargılama organlarının, yargılama sürecinde insana ait üstün değerleri dikkate alma yükümü arasında bir çatışmanın ortaya çıkması kaçınılmazdır⁹³.

v. Hakim, Olaya İlişkin Öznel Bilgisini Kullanamaz

Hakim, yargılamaya katılan süjelerce ortaya konulan, beyan edilen yahut re’sen araştırılan delillere göre karar vermelidir. Hakimin yargılama konusu olay ile ilgili doğrudan görgüsü yahut bilgisi bulunsa da ispat açısından bunu

⁸⁸ Volk/Engländer, §3, kn.5.

⁸⁹ Kramer, kn.13a. “Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin araştırılıp bulunmasıdır. Ancak bu yapılırken insan onuru, lekelenmeme hakkı gibi hukukun ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri daima göz önünde bulundurulacaktır. Maddi gerçek, her ne pahasına olursa olsun araştırılıp bulunmalıdır diye bir ilke hiçbir hukuk devletinde yoktur.” (Yarg. 16.CD., 23.10.2015, 2015/1188 E., 2015/3371 K.)

⁹⁰ Kühne, Strafprozessrecht, §1, kn.1. Cihan, maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukuku arasındaki ilişkiyi şu şekilde açıklamaktadır: “ceza hukuku, ceza ve güvenlik tedbirlerinin hangi şartlar altında uygulanacağını, ceza muhakemesi ise bu amaca ulaşılmasında izlenecek yolu gösterir; bu demektir ki, müşahhas hadisede ceza muhakemesi hukuku, ceza hukukunu gerçekleştirir.” (Cihan, s.704)

⁹¹ Kudlich (MüKoStPO/Einleitung), kn.5, 6; Ersoy, s. 299. Ceza muhakemesinin amacına ilişkin tarihsel gelişim sürecinin sırasıyla, suçlunun cezalandırılması, sanığın korunması ve maddi gerçeğin araştırılması şeklinde 3 aşamadan oluştuğu hususunda bkz. Centel/Zafer, s.6.

⁹² WEBLAU, Edda, Das Konsensprinzip im Strafverfahren -Leitidee für eine Gesamtreform?, Nomos, Baden-Baden 2002, s.24.

⁹³ RANFT, Otfried, Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß, in: Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Walter de Gruyter, Berlin 1992, s.720

kullanması mümkün değildir⁹⁴. Bu kapsamda hakim, sahip olduğu hukuk dışındaki mesleki bilgisine göre karar veremez. Çözümü uzmanlık gerektiren bir meselede bilirkişiye başvurulmalıdır.

Esasen buna benzer durumlarda, hakimin doğrudan vakıf olduğu objektif bilgiye göre karar vermesi, sadece bu açıdan değerlendirildiğinde, kararın daha adil olması anlamına gelebilir. Ancak ceza yargılaması, maddi vakıanın adil bir şekilde sonuçlandırılmasıyla yetinemez. Adaletin, toplumu oluşturan diğer kişiler bakımından güven oluşturacak şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Taraf olmayan kişiler nezdinde yargılama, toplanan delillerin mantık kuralları çerçevesinde değerlendirildiği bir süreç olmalıdır. Bu bakımdan hakimin olaya ilişkin öznel bilgisini kullanarak sonuçlandığı yargılama, vakıa bazında adaleti tesis etme özelliğine sahip olabilirse de sübjektif değerlendirmeler taşıdığı şüphesinden arındırılmış, toplumsal barışı tesis edecek mahiyette adil olamaz.

Bu sebeplerle, CMK m.22’de, hakimin davada tanık olarak dinlenmesi yahut bizzat suçtan zarar görmesi görev yasağı olarak kabul edilerek, bu hallerden birinin mevcudiyeti başlı başına hakimin davaya bakmasına engel kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bunların ayrıca hakimin tarafsızlığına etki edip etmediği araştırılmayacaktır. Bunun dışında, yargılama konusu olayla ilgili başkaca bir irtibat da hakimin tarafsızlığını tehlikeye düşüren sebeplerden biri olarak nitelendirilebilir (CMK m.24/1).

Netice itibarıyla hakimin öznel olarak vakıf olduğu herhangi bir bilgiyi kullanma yasağı, tarihsel gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından diğer bir sınırlamadır⁹⁵. Bu itibarla ceza yargılamasında gerçeğe doğrudan değil, deliller kullanılarak dolaylı ulaşılmaya söz konusudur⁹⁶.

vi. Delillerin Elde Edilmesi ve Değerlendirilmesi, Normatif Sınırlamalara Tabidir

Uygunluk teorisinin ortaya koyduğu anlayış, ceza muhakemesi hukukunda gerçeğin araştırılması amacı yönünden normatif sınırların olup olmadığı ve

⁹⁴ SANDER, Günther, § 261 StPO, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 6, 26., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 2006, kn.17 vd.

⁹⁵ Müller Dietz, s.262.

⁹⁶ Karakehya, Dolaylı Maddi Gerçek, s.73-76.

bu çerçevede ceza muhakemesi açısından gerçeğin maddi içeriğinin nasıl tespit edileceği sorularını gündeme getirir⁹⁷.

Delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesine ilişkin bazı kurallar da tarihsel manada gerçeğin ortaya çıkarılması amacını sınırlandırır⁹⁸.

Bu kapsamda örneğin CMK m.148'de sayılan yasak yöntemlerle elde edilen deliller, hukuka aykırı oldukları için yargılamada kullanılamazlar. İnsan hakları nazara alınarak yer verilen bu hükümlerle, aynı zamanda kanuni delil sisteminin, etik delil sistemi ile hemzemin hale getirildiği söylenebilir⁹⁹.

Aynı şekilde bazı koruma tedbirlerinde *karar ve tedbirin icrası yönünden* ortaya çıkan hukuka aykırılıklar, elde edilen delilleri -bunlar maddi gerçeği yansıtsa da- kullanılamaz hale getirir. Bunlar örnek kabilinden adli arama koruma tedbiri yönünden değerlendirilirse;

- *Arama kararının bulunmaması*: Usulüne uygun arama kararı olmamasına rağmen adli arama yapılması¹⁰⁰ durumunda elde edilen deliller hukuka aykırı olacaktır.

- *Kararın hukuka aykırı olması*: Arama tedbirine ancak şüpheli ya da sanığın yakalanabileceği veya bu yerlerde suç delillerinin elde edilebileceği hususunda "makul şüphe"nin varlığı halinde başvurulabilir. Buna göre, ihbar veya şikâyeti destekleyen somut emareler, deliller mevcut değil ise, makul şüphenin bulunduğundan söz edilemez ve bu halde arama tedbirine müracaat edilmemesi gerekir. Aksi halde arama ve bu tedbirin icrasıyla elde edilen deliller hukuka aykırı olur. Aynı şekilde, aramaya karar verilirken orantılılık prensibinin gözetilmesi de hukuka aykırılık teşkil eder. Soruşturma/kovuşturma konusu ile ilgisi olmayan yahut maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından önem arz etme-

⁹⁷ Müller Dietz, s.262.

⁹⁸ Theile, s.666; Delil yasaklarının, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından hukuki bir sınırlama olarak kabulü ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eisenberg, kn.329 vd.

⁹⁹ Kanuni ve etik delil sistemleri yönünden ayrıntılı bilgi için bkz. Dedes, s.929 vd.

¹⁰⁰ "Sanık ve kaçak eşya konusunda mahkemeye verilmiş usulüne uygun bir arama kararı olmadığı gibi gecikmesinde sakınca olduğu gerekçesiyle Cumhuriyet Savcısı tarafından da verilmiş bir yazılı arama izni ya da Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması nedeniyle kolluk amirince verilmiş yazılı arama emri de bulunmaması karşısında hukuka aykırı arama sonucu ele geçen eşyanın yasak delil niteliğindedir."(Yarg. 7. CD., 11.05.2015, 2014/22549 E., 2015/15832 K.)

yen eşya hakkında verilen arama kararları, orantılılık ilkesine aykırı olacaktır. Bununla birlikte, arama ile müdahale edilen hak ile tedbirin gerçekleştirilmesiyle elde edilmek istenen yarar arasında oran yoksa, arama kararı verilmemelidir¹⁰¹. Örneğin, müşteri olarak girdiği marketten bir paket sigara çaldığı şüphesi altında bulunan bir kişinin evinde arama yapılması orantılı değildir. Arama kararının hukuka aykırılığını sonuçlayan diğer bir durum, arama kararını veren merciin yetkili olmaması ya da bu konuda karar vermesi şarta bağlanan merciin, bu şart gerçekleşmediği halde karar almasıdır. İlk duruma, kolluk amirinin konutun aranması konusunda emir vermesi; ikinci duruma ise, Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hal olmadığı halde arama kararı vermesi gösterilebilir¹⁰². Ayrıca arama kararında bulunması gereken hususlara yer verilmemesi; bunların eksik ya da yanlış belirtilmesi gibi durumlarda da ortada hukuken geçerli bir arama kararından söz edilemez.

¹⁰¹ HEGMANN, Sigrid, StPO § 102, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, 36. Edition, Verlag C.H.BECK, München 2020, kn.18a (<https://beck-online.beck.de>, erişim: 12.05.2020)

¹⁰² Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 25.11.2014 tarih, 2014/8-166 E., 2014/514 K. sayılı ilamında; *"Suç tarihinde sanığın esrar bulundurduğu yönünde ihbar olduğu belirtilerek arama talebinde bulunulması üzerine sulh ceza mahkemesince mâkul şüphe bulunmadığından bahisle talebin reddine karar verilmesine rağmen, bu karara karşı kanun yoluna müracaat edilmeksizin ertesi gün Cumhuriyet savcısı tarafından yazılı arama emri verilmesi üzerine sanığın evinde yapılan arama sonucunda ihbara konu uyuşturucu maddeye rastlanmayan, ancak kuru sıkıdan çevrilme tabanca ve fişekleri ele geçirilen olayda; sanığın esrar bulundurduğu yönünde gelen ihbar üzerine Cumhuriyet savcısı tarafından verilen arama emrinde uyuşturucu madde imal ve ticareti suçlaması nedeniyle gecikmesinde sakınca bulunduğu belirtilmiş ise de; ihbar içeriği ya da araştırma tutanağına göre, şüphelinin kısa bir süre içinde ikametinden ayrılacağı, bulundurduğu iddia edilen esrarı elinden çıkaracağı ya da yok edeceği yönünde ek bilgi edinilmediği gibi, gecikmesinde sakınca bulunan halin kabulü için hakime başvurulup arama kararı talep edilmesi halinde delillerin kaybolacağı veya bu tedbirin uygulanamaz hale geleceği hususunda başkaca somut olgular da ortaya konulmamış ve ilçe merkezindeki hakimden karar alınması halinde ne gibi telafisi mümkün olmayan sonuçların ortaya çıkacağını gösteren ve aciliyeti haklı kılan herhangi bir halden söz edilmemiştir. Esrar bulundurduğu yönünde gelen ihbar üzerine, hakim kararı alınmaksızın yapılan aramada ele geçen suça konu kurusıkıdan çevrilme tabancaya elkonulmuş ise de, arama emrinin verilmesinden bir gün önce arama kararı verilmesi talebinin sulh ceza hakimi tarafından reddildiği ve bu karara karşı kanun yoluna başvurulmadığı gibi, gerçekleştirilen arama için hakim kararı alınmasının ya da hakim tarafından verilen ret kararına karşı kanun yoluna başvurulmasının gecikmeye neden olacağı ve bunun da telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuracağını düşündürecek bir belge ve bilgi de dosyada mevcut değildir. Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısının arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken kanuni şartlar oluşmadan, verilen arama emri ile buna dayalı olarak gerçekleştirilen arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonucu elde edilen suça konu tabanca ve eklerinin de hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delil olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. Bu itibarla; sanığın evinde hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen arama işlemi sonucu elde edilen maddi delil ile buna ilişkin düzenlenen tutanağın, yerel mahkemece hükme esas alınmaması isabetlidir"* denilmiştir.

- *Aramanın hukuka aykırı icra edilmesi*: Bu kapsamda *ilk ihtimal* tedbirin icrasının şekil şartlarına aykırı olmasıdır. Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için gereken, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulmaması (m.119/4), buna örnek gösterilebilir¹⁰³. Aramanın icrasını hukuka aykırı hale getiren *ikinci ihtimal* ise aramanın orantısız gerçekleştirilmesidir. Aramanın icrası sırasında, aramanın konusu dışına çıkılarak, kişi haysiyetinin dokunulmazlığına müdahale oluşturabilecek davranışlarda bulunulması bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, şüphelinin yakalanması için yapılan aramada, yatak odasının çekmece-lerinin karıştırılması, aranması gibi. Aynı şekilde, arama kararında belirtilenin dışında bir yer veya eşya arandığında veyahut da kararda belirtilen eşyanın mevcut olmasına fiziken imkan bulunmayan yerlerde arama yapılarak bir takım eşyalara zarar verilmesi durumunda da arama orantısız uygulanmış olacaktır. Bu hallerde, arama kararı hukuka uygun olmasına rağmen tedbirin icra edilişi

¹⁰³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 13.03.2012 tarih, 2011/8-278 E., 2012/96 K. sayılı ilamında; "Arama kararının ne şekilde infaz edileceği, aramanın yapıldığı 15.02.2007 tarihinde yürürlükte olan 5271 sayılı CYY'nin 119. maddesinin 4. fıkrasında (..) şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, konutta yapılan arama sırasında; Cumhuriyet Savcısının, (veya) ihtiyar heyetinden iki kişinin, (veya) iki komşunun hazır bulundurulması gerekmektedir. Buna karşın uyuşmazlığa konu olayda, aramaya on dört kolluk görevlisi ile sanığın katıldığı, bununla birlikte Yasanın arama sırasında bulunmasını istediği diğer kişilerin katılmadığı, bunun da şeklen hukuka aykırı olduğu ve 5271 sayılı CYY'nin 217. maddesinin 2. fıkrasında: "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" şeklindeki hüküm uyarınca, arama sonucu elde edilen delilin hukuka uygun biçimde elde edilen delil niteliğinde bulunmadığı ileri sürülebilir ise de; usulüne göre alınmış bir arama kararı bulunan somut olayda, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itiraz vaki olmadığı gibi, arama işlemine ve arama yapılırken birtakım haklarının ihlal edildiğine yönelik olarak sanıktan gelen herhangi bir yakınma da bulunmamaktadır. Bu nedenle, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı ve ele geçirilen delillerin "hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil" olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. (..) illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin; "herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını" gerektireceği için, böyle bir yaklaşımın ceza yargılamasında hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelere zedelenmesine yol açabilecek son derece ağır sonuçları da birlikte getireceği kuşkusuzdur. Her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, olayımızda olduğu gibi "Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu" bulunmadan yapılan bir aramada, CYY'nin 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir. Usulüne göre alınmış arama kararına istinaden, herhangi bir hak ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin, sadece arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulmaması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle "hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil" sayılmaları ve mahkûmiyet hükmüne dayanak teşkil edememeleri kabul edilemez" şeklinde hüküm kurmuştur.

hukuka aykırı olduğu için elde edilen deliller de hukuka aykırı olup tesadüfen elde edilen delil kapsamında değerlendirilemezler.

Bundan başka, tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişinin ifadesinin, kendisine bu hak hatırlatılmaksızın alınması da CMK m.45'e aykırı olup delil elde etme yasağı kapsamında değerlendirilir¹⁰⁴.

Yukarıda izah edildiği üzere, bazı durumlarda hukuka aykırılık, delilin elde edilmesinden kaynaklanabileceği gibi, hukuka uygun elde edilmekle birlikte bir delilin karara etki edecek şekilde değerlendirilmesi de hukuka aykırılık teşkil edebilir. Bu kapsamda tanıklıktan çekinen şahidin önceki ifadelerinin okunamaması (CMK m.210/2)¹⁰⁵, iletişimin denetlenmesi sırasında tesadüfen elde edilen delillerin CMK'nın 135 inci maddesinin altıncı fıkrasında sayılanlar dışındaki bir suçun soruşturma ve kovuşturulmasında kullanılamaması (CMK m.138/2), değerlendirme yasağına örnek gösterilebilir¹⁰⁶.

vii. Yargılamanın Makul Sürede Bitirilmesi Zorunludur

Ceza muhakemesi hukukunun konusunu, maddi ceza hukuku kapsamında suç kabul edilen bir fiil oluşturur¹⁰⁷. Bu bakımdan şüpheli/sanık, yargılama süresince bir suç isnadı ile karşı karşıyadır. Adil yargılanma hakkını oluşturan parçalardan biri olan makul sürede yargılanma hakkı, söz konusu isnad hakkında, ceza muhakemesi kurallarına uygun fakat hızlı bir şekilde sonuca ulaştırılmasını gerektirir.

¹⁰⁴ “Olayın tek tanığı ...'nın, sanığın eşi olan katılanın başka eşinde olma üvey çocuğu olduğu ve sanığın kayın hısımlığından altsoyu sayıldığı, CMK'nın 45/1-c bendine göre tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı bulunduğu, tanığın yaşı nedeniyle yeminsiz dinlenilmesinde isabetsizlik bulunmamakta ise de tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan dinlenilmesi ve anlatımlarının hükme esas alınması suretiyle CMK'nın 45/1-c, 217/2. maddelerine aykırı davranılması...” (Yarg. 4. CD., 14.3.2016, 2014/39346 E., 2016/4781 K.)

¹⁰⁵ Yargıtay, daha önce tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak tanıklık etmesine rağmen daha sonra bu hakkını kullanan tanığın, hakkı kullanmadan önce verdiği beyana ilişkin tutanakların da okunamayacağı görüşündedir: “5271 sayılı Kanunun 210. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı olmasına karşın daha önce bu hakkını kullanmayan bir tanık duruşmada tanıklıktan çekindiğinde önceki ifadesine ilişkin tutanaklar da okunamayacak, 217. maddenin birinci fıkrasındaki hüküm uyarınca, hakim kararını duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği için tanığın daha önceki aşamada tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayarak verdiği beyanları hükme esas alınmayacaktır.” (Yarg. 18. CD., 27.10.2015, 2015/8028 E., 2015/9418 K.)

¹⁰⁶ Yarg. CGK., 22.10.2019, 2017/7-961 E., 2019/622 K.

¹⁰⁷ Cihan, s.704.

Ceza muhakemesi hukukunun konusunu oluşturan ceza uyuşmazlığının bir yargı kararıyla çözülmesi, çalışmanın giriş kısmında üzerinde durduğumuz üzere devletin, yargı tekelini elinde bulundurmasıyla irtibatlı bulunan hukuki koruma ödevinin de gereğidir. Ceza uyuşmazlığının çözülmesi, aynı zamanda toplumsal barışın sağlanmasına da hizmet eder¹⁰⁸. Bu nedenlerle yargılama makamlarının, objektif -maddi- gerçeğe ulaşma çabasıyla yargılamayı süresiz uzatmaları mümkün değildir. Bir noktada muhakemenin kesin hükümlerle bitirilmesi gerekir¹⁰⁹.

Bu kapsamda örneğin, kendisine yöneltilen suç isnadı yönünden şüphenin yenilememesi dolayısıyla ve şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince hakkında beraat kararı verilmiş bir sanık, gerçekte suçu işlemiş olabilir. Ancak yargılamanın şekle uygun yürütülerek eldeki deliller uyarınca verilen bir kararla sonuçlandırılması gerekir. Böylece, hukuki istikrar ve hukuka güven ilkesi de hayata geçirilmiş olur¹¹⁰.

b. Tutarlılık Teorisi Yönünden

Bu teorinin ortaya koyduğu anlayış doğrultusunda, ceza muhakemesi bakımından yargılama safahatında hakim, ortaya çıkan her delilin, ilişkin olduğu temel/yan vakıya dair diğer delillerle tutarlı olup olmadığını değerlendirir. Bir görüşe göre bu değerlendirme, esasen delilin sağlam olup olmadığına ilişkin de bir fikir edinmeyi sağlar¹¹¹. Vakıyayla uyuşturduğuna ikna olunan diğer delillerle tutarlılık göstermeyen bir delile itibar edilmez. Hakim, yargılama konusu vakıyanın gerçekliğine ilişkin nihai kanaatini, ortaya çıkan bütünü nazarı itibara alarak oluşturur.

Tutarlılık teorisinin, özellikle delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi bakımından (CMK m.217) uygunluk teorisinden daha etkin bir fonksiyonu olduğu söylenebilir. Zira uygunluk teorisine göre gerçeklik, tüm nitelermelerden

¹⁰⁸ Bu yönüyle ceza muhakemesinin amaçları, kompleks bir yapıya sahiptir. Bazı durumlarda, amaçlar arasında bir değerlendirme yapılmalı ve biri, diğerine göre görece göz ardı edilmelidir. (Beulke, §1, kn.3; Karakehya, Ceza Muhakemesinin Amacı, s.136).

¹⁰⁹ Karakehya, Dolaylı Maddi Gerçek, s.66.

¹¹⁰ Kindhäuser, §1, kn.16, 17.

¹¹¹ “Deliller canlı varlıklarda olduğu gibi bir bütün teşkil ediyorlarsa, diğer bir söyleyişle, bir bütünün birbirleriyle uyuşan ve birbirlerini tamamlayan parçaları ise hakikaten delildirler. Bir delil bütün ile bağdaşmıyorsa o olayı temsil etmiyor demektir.” (Yenisey/Nuhoğlu, s.751.)

bağımsız, objektif ve kendinden menkul bir yapıya sahip olduğundan, yargılama konusu olayla veya bunu oluşturan vakılardan biriyle ontolojik manada uyuşan bir bilginin değerlendirilmesine de ihtiyaç yoktur. Bu bilgi ya gerçektir yahut değildir; bu husus takdire bağlı değildir.

Tutarlılık teorisi, delil oluşturan bir bilginin veya ifadenin gerçekliğinin bir kriter üzerinden değerlendirilmesine ihtiyaç duyduğundan, delilin gerçekliği açısından takdire açık bir zemine sahiptir.

c. Uzlaşma Teorisi Yönünden

Uzlaşma teorisinin ceza muhakemesindeki rolünü ikiye ayırarak değerlendirmek gerekir. Öncelikle genel usule göre yürütülen ceza yargılamasında bu teori, çelişmeli muhakeme açısından önemli bir fonksiyon icra eder. Zira tüm süjelerin katılımıyla gerçekleştirilen yargılamada, iddia makamı ve onun yanında yer alan katılan ile savunma makamı olarak müdafî ve sanık, vakıya ilişkin kendi perspektiflerinden birtakım beyanlar ortaya koyarlar. Bunun için her şeyden önce kovuşturma aşamasında taraflara dinlenme hakkı tanınmalı ve bu çerçevede hakim, kararını düzenli bir delil sistemi üzerine kurmalıdır¹¹².

Farklı süjeler tarafından ortaya konulan beyanların, doğası gereği çoğu zaman birbiriyle uyuşması beklenmez. Ancak vakıa gelişimi açısından bunlar arasında mantıksal bir bağlantı bulunması, vakıanın gerçekleşme biçimi açısından bazı temel veriler ortaya koyabilir.

Bunun dışında, yargılamada dinlenen tanıkların beyanları da bu kapsamda belirleyici olacaktır. Şayet imkan varsa, ceza yargılamasında vakıaya ilişkin bilgisi hangi seviyede olursa olsun tüm tanıklar dinlenmeli ve beyanları arasında bir irtibat varsa, bunlar tespit edilmelidir. Şayet farklı tanık beyanları arasında farklılık söz konusuysa, bunların, tanıklara soru yöneltilerek giderilmesi gerekir. Doğrudan soru sorma (CMK m.201), bilirkişiler bakımından da geçerlidir.

Bu noktada CMK'nın çelişmeli muhakemenin temini açısından sunduğu imkanlardan yararlanılmalıdır. Örneğin suç ortağının, tanığın veya bilirkişinin dinlenmesinden ve herhangi bir belgenin okunmasından sonra bunlara karşı bir diyecekleri olup olmadığı; katılana veya vekiline, C.Savcısına, sanığa ve müda-

¹¹² Coing, s.198-200.

fiine sorulurak (m.215) bir değerlendirme yapılmalıdır. Keza C.Savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir (m.201). Tanık ve sanıkların kovuşturmadaki beyanları ile daha önceki safahattaki beyanları arasında farklılık bulunması halinde bu beyanların ilgili tutanaklar okunarak giderilmesine çalışılmalıdır (m.212, m.213).

Diğer taraftan uzlaşma teorisi asıl fonksiyonunu, yargılama sùjelerinin etkin katılımının söz konusu olduğu ve ceza yargılamasının sonuçlanmasına doğrudan etki edebilme imkanına sahip oldukları alternatif çözümler bakımından icra eder. Bu kapsamda teori, sùjelerin iradelerinin uyuşmasıyla verilen yargısal kararın dayandığı gerçeğin türünün belirlenmesini sağlar. Diğer bir ifadeyle, bu tür çözüm yöntemlerinin ceza muhakemesinin gerçeğe ulaşma amacı açısından konumu, uzlaşma teorisine göre tespit edilir¹¹³. Söz gelimi, uzlaştırma kapsamında mağdur/suçtan zarar gören yahut katılma hakkı sahibi ile şüpheli/sanık arasındaki anlaşmaya dayalı olarak çözülen uyuşmazlık, araştırma ilkesine uygun olarak ortaya çıkarılmış bir gerçeği yansıtmaz; uygunluk teorisinin ortaya koyduğu şekliyle müzakere edilmiş bir gerçekliğe dayanır. Bu konuya, aşağıda daha ayrıntılı şekilde yer verilecektir.

IV. Ceza Yargılamasında Gerçeğin Kriteri: “Vicdani Kanaat”

1. Vicdani Kanaatin Dayanağı Olarak Delil

Yargılama konusu olayın gerçek yönü, yani maddi gerçeğin ne olduğu, ceza muhakemesi kuralları çerçevesinde yürütülen ispat faaliyeti ile ortaya çıkar¹¹⁴. Söz konusu faaliyetin konusunu ise deliller oluşturur. İspat aracı olarak deliller, yargılama konusunu oluşturan maddi olayı temsil etme kabiliyetini haiz olup bu suretle ceza muhakemesi sürecinde olayın canlandırılabilmesine, değerlendirilebilmesine, başka bir deyişle yargılama yapılabilmesine ve yargılamadan sonuç çıkarılmasına olanak veren ispat vasıtalarıdır¹¹⁵. Yargılamadan çıkarıla-

¹¹³ Weßlau, Das Konsensprinzip, s.88 vd.

¹¹⁴ AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara 2014, s.28 vd.; ÜNVER, Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, CHD., Y.1, S.2, Aralık 2006, s.103.

¹¹⁵ YENİSEY, Feridun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, CHD., S.4, Y.:2, Ağustos 2007, s.5; Koca, s.208; Centel/Zafer, s.232.

cak sonuç bakımından, özellikle mahkumiyet kararlarının mutlaka delile dayanması, ceza muhakemesinin en temel kurallarındandır¹¹⁶.

Yargılama safahatında deliller, soruşturmanın başlamasından, hüküm kurulana kadar her aşamada fonksiyon icra ederler. Örneğin soruşturmanın başında aranan basit şüphe, soruşturma makamının delillere ve vakıalara dayanan bir tahmininden ibaret olup CMK m.160/1'de; “.. bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez...” denilerek, suç işlendiği şüphesini (izlenimini) doğuran olguların varlığına işaret edilmiştir¹¹⁷. Aynı şekilde koruma tedbirlerinin uygulanması bakımından aranan diğer şüphe dereceleri (*makul, kuvvetli şüphe*), delillerin kesinlik ifade etmeyecek biçimde yorumlanmasının bir sonucudur. Bu bakımdan delil, şüphenin “*objektif yanını*” oluşturan bir unsurdur. Keza soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda *yeterli şüphe* oluşturuyorsa, C.Savcısı iddianame düzenleyecektir (m.170/2). Bu hükümlerle, “suç şüphesi” ile “delil kavramı” arasındaki ilişki vurgulanmış, bir suçun işlendiği hususundaki şüphenin, delillere dayanması aranmıştır.

Sübuta yarayacak her şey ceza muhakemesinde delildir. Bu itibarla ceza muhakemesinde delil serbestisi kuralı geçerlidir¹¹⁸. Delillerin duruşmada ortaya konulmasından sonra bunlardan sonuç çıkarılması için delillerin tartışılması gerekir¹¹⁹. CMK'ya göre hakim, kararını, çelişmeli muhakeme ilkesi gereğince duruşmaya getirilerek tartışılan delillere göre vermelidir. Bu deliller, hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir (m.217/1). Eğer hakim, delillerin değerlendirilmesi sonucunda, isnat edilen fiilin sanık tarafından gerçekleştirildiği hususunda mevcut şüpheyi yenebiliyorsa, mahkumiyet kararını meşru kılacak şekilde vicdani kanaate ulaşmış demektir. Şayet sanığın fiili işlemediği tespit edilirse, sanık hakkında beraat kararı verilir. Bazı durumlarda da yargıçta, du-

¹¹⁶ **HAFIZOĞULLARI, Zeki**, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Y.2, S.10, Temmuz-Ağustos 1996, s. 638.

¹¹⁷ Basit şüphe halinde, belli ve yaşanmış somut olguların suç işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması gerekmektedir. (**ÖZTÜRK, Bahri**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.52)

¹¹⁸ **Aydın**, Deliller, s.33 vd.; **KOCA, Mahmut**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, CHD., Y.1, S.2, Aralık 2006, s.20. Burada, bir şeyin delil olma özelliği taşıması ile ispatta kullanılabilir olmasının farklı hususlar olduğuna işaret etmek gerekir. Nitekim örneğin şüpheli yahut sanık, işlediği suçu gerçeğe uygun bir biçimde ikrar etmişse, bu bir delildir. Şayet bu ikrar CMK m.148'de düzenlenen yasak yöntemlerle elde edilmişse, Uygunluk teorisine yönelik eleştiriler başlığı altında daha önce ifade ettiğimiz üzere, bunun ispat aracı olarak kullanılması mümkün değildir.

¹¹⁹ **Ünver/Hakeri**, s.594.

ruşma sırasında ikame edilen delillere bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin nasıl gerçekleştiğine ilişkin bir vicdani kanaat oluşmaz. Bu durumda ceza muhakemesinde geçerli olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, sanık hakkında yine beraat kararı verilir¹²⁰.

2. Vicdani Kanaat ve Ceza Muhakemesinde Gerçeğe Ulaşma Amacı Arasındaki İlişki

A. Genel Olarak

Vicdani kanaatin oluşturulması, takdiren yerine getirilecek, hakimin yetki ve sorumluluğunda olan sübjektif bir faaliyettir¹²¹. Vicdani kanaatin sübjektif yapısı nedeniyle hakimin ulaştığı sonuç ile gerçek arasında farklılık bulunması her zaman olasıdır¹²². Bununla birlikte, CMK m.217'den açıkça anlaşılacağı üzere hakimin sübjektif açıdan vicdani kanıya ulaşmasında keyfiliğe yer yoktur¹²³. Hakim bu yetkiyi, ceza muhakemesinde geçerli olan ispata yönelik kurallara uyarak, gerçeğe en yakın sonuca ulaşabilmek adına kullanır¹²⁴. Vicdani kanaatin kişisel hislerle değil, mantık ve tecrübe kurallarına uygun biçimde oluşturulması gerekir¹²⁵.

Yukarıdaki anlatıma paralel olarak vicdani kanaat objektif esaslara, yani delillere dayandırılmalıdır¹²⁶. Zira ceza muhakemesini ilgilendiren olayın nasıl gerçekleştiğinin ortaya konulabilmesinin tek yolu, olaydan arta kalan izlerin, olayla ilgili belge ve tanıkların yardımından faydalanmaktan geçmektedir¹²⁷.

¹²⁰ **KARAKEHYA, Hakan**, Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek, Eskişehir Barosu Dergisi, Haziran 2006, s.97; **Karakehya**, Ceza Muhakemesinin Amacı, s.127.

¹²¹ **Centel/Zafer**, s.760; **Ünver/Hakeri**, s.594; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.664.

¹²² Hakimin, delilleri vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirmesi ilkesi, ceza muhakemesi hukuku açısından vazgeçilmezdir. Ancak vicdani kanaatin sübjektif özelliğinin ortaya çıktığı tehlikelerin bertaraf edilmesi gerekir. *Peters*'e göre bunun için delil yasakları gibi normatif sınırlamalar dışında, ceza yargıcının özellikle kriminalistik ve adli psikoloji alanında donanımlı olması önem arz eder. (**Peters**, s.20)

¹²³ Bu kapsamda hakimin, ilgili alanda geçerli olan bilimsel bilgi ve verilerden yararlanmak zorunda olduğu, bunun için de bilirkişiye müracaat edilmesinin önem arz ettiği vurgulanmıştır. (**Wolf**, s.138).

¹²⁴ **Engisch**, s.6.

¹²⁵ **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.664; **Sander (Löwe-Rosenber StPO)**, §261, kn.10; **Kargl**, s. 175, 176.

¹²⁶ **Ünver/Hakeri**, s.594.

¹²⁷ **Karakehya**, Maddi Gerçek (2006), s.97.

Vicdani kanaate ulaşılabilmesi, dar bir tahkikata dayalı olamaz; yargılama konusu olayın tüm yönleriyle aydınlatılmasını sağlayacak tarzda, titiz ve özenli bir araştırma yapılması gerekir¹²⁸. Nitekim re'sen araştırma ilkesi ve delil serbestisi kuralı, bunu temin etmek amacına matuftur. Bu çerçevede sanık, kendisi aleyhine yahut lehine gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sağlamamakla yükümlü olmadığı gibi¹²⁹, hakim, sanığın ikrarıyla da bağlı değildir. Sanık isnadı kabul etse dahi bu ikrar, yargılama safahatında elde edilen delillerle uyumlu olup olmadığına göre değerlendirmeye tabi tutulur¹³⁰.

Vicdani kanaatin mantık kurallarına uygun ve delillere dayalı olarak ortaya çıkan sübjektif bir değer yargısı olması, kararın adil olup olmadığını konusunda tereddüt oluşturmaz. Zira hukuk devleti ilkesinin görünülerinden biri olan hakim tarafsızlığı ve bağımsızlığı ilkesi (AY m.9, 138, 139), bu noktada güvence oluşturmaktadır.

B. Vicdani Kanaatin Esası: “Maddi Gerçek Yerine Yargısal (Kazai) Gerçek”

Yargılama sonucunda hakimde oluşan vicdani kanaat kapsamında ispat yönünden gündeme gelen kritik soru şudur: Ceza muhakemesinde hüküm, objektif-maddi gerçeğe uygun vicdani kanaate mi dayanmalıdır? Yoksa hüküm, hakim vicdani kanaatine göre vakıaların çok yüksek olasılıkla gerçekle uyum arz ettiği sonucuna ulaşıldığında mı kurulacaktır? Bu soru, vicdani kanaatin esasının tespit edilmesi bakımından önemlidir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki ceza yargılamasında objektif-mutlak (maddi) gerçeğe ulaşılması, yukarıda izaha çalışıldığı üzere çeşitli sebeplerle ve

¹²⁸ Meurer, s.539.

¹²⁹ “5237 Sayılı TCK.nun 62. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sanığın geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar irdelenmeden, suçlamayı inkar hakkı bulunan sanık hakkında “maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmadığından” bahisle yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...” (Yarg. 8. CD., 7.4.2016, 2016/667 E., 2016/4693 K.)

¹³⁰ “Ceza hukukunun temel amacı, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuya yer vermeksizin açığa çıkarılmasını sağlamaktır. Sanığın ifadesi, gerçeği öğrenmek konusunda hakim için delil teşkil edebilir ise de, yan kanıtlarla doğrulanmayan, oluşa ve maddi gerçeğe uygun düşmeyen, bilimsel kanıtlarla doğrulanmayan soyut ikrara dayanılarak mahkumiyet hükmü kurulması, ceza hukukunun “maddi gerçekliğe ulaşma” ilkesine aykırılık teşkil eder.” (Yarg. 10. CD., 23.1.2006, 2005/1716 E., 2006/19 K.)

ekseriyetle mümkün değildir. Kanun koyucu, CMK'da yer verdiği birtakım düzenlemelerle hakimin yargılama faaliyeti içerisindeki hareket alanını belirlemiş, diğer bir deyişle yargılama yetkisini sınırlandırmıştır. Bu çerçevede ceza yargılamasında gerçeğin kendisinin değil, delillere dayanarak oluşturulan yansımalarının dikkate alındığı söylenebilir¹³¹. Bu yansıma, hakimin delillere dayanarak oluşturduğu vicdani kanaatinin sonucu olarak ortaya çıktığından, herhangi bir yargılama süjesine ait gerçeklik algısını değil; gerçeğin etkileyici, inandırıcı, kesine yakın bir olasılığını ortaya koyar¹³². Zira hiçbir hukuk düzeni, hakimi, epistemolojik olarak insanın ulaşma ihtimali bulunmayan bir kesinliğe ulaşmaya zorlayamaz. Bu bakımdan ceza yargılamasının amacı, matematiksel, mutlak bilgiye değil, delile dayalı kesine yakın yüksek olasılıklı (deneysel) bir gerçeğe ulaşmaktır¹³³.

Ceza muhakemesi hukuku, sadece maddi ceza hukuku kurallarının uygulanmasını sağlamaya yönelik bir disiplin değildir. Nitekim yukarıda da izah edildiği üzere muhakeme işlemleri, CMK'da yer verilen, yargılama süjelerinin haklarını tespit eden ve koruyan kurallara riayet edilerek icra edilir. Dolayısıyla maddi ceza hukukunun, kusurlu failin cezalandırılması şeklindeki temel vazifesinin¹³⁴ yerine getirilebilmesi için muhakemenin, bu alanı düzenleyen hukuk kurallarına uygun yürütülmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, ceza muhakemesinin gerçeğe ulaşma amacının meşruluğu, usul hukuku kurallarına riayet edilerek yargılama yapılmasına bağlıdır.

Devlet tarafından kullanılan kamu gücü, maddi ceza hukuku alanında kusur prensibiyle¹³⁵, muhakeme hukuku alanında ise devletin hak ve özgürlükleri koruma ödevi¹³⁶ çerçevesinde öngördüğü düzenlemelerle sınırlandırılmıştır. Bu açıdan ceza adaleti, usulün adaletli yürütülmesine, yani usul adaletine muhtaçtır.

¹³¹ **Kokkinakis**, s.323.

¹³² **Niethammer**, s.27.

¹³³ **Kokkinakis**, s.324; **Meurer**, s.547.

¹³⁴ **ACHENBACH, Hans**, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974, s.3,4.

¹³⁵ Bu kapsamda, pozitif hukuk kurallarının üzerinde bir değere sahip olan kusursuz ceza olmaz ilkesi, devletin cebri gücünü sadece sınırlandırmaz; aynı zamanda bu gücün hangi doğrultuda kullanılacağı noktasında belirleyici bir fonksiyon da icra eder. (**Achenbach**, s.3).

¹³⁶ Bu ödevle ilişkin detaylı açıklamalara, çalışmanın giriş kısmında yer verilmiştir.

Netice itibarıyla ceza yargılaması sonucunda, maddi vakıa yönünden hakimde oluşan vicdani kanaatin esasını, -çoğunlukla- maddi gerçek değil; usul hukuku kurallarına göre yürütülen yargılama sonucunda ortaya çıkan “yargısal gerçek” oluşturur¹³⁷. Ceza muhakemesinin normatif yönü, yani kurala bağlı yürütülmesi, yargısal gerçeğin koşuludur¹³⁸.

V. Ceza Yargılamasında Alternatif Yöntemler ve Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Nüfusun artması, ekonomik ve sosyal hayatın günden güne daha karmaşık bir hal alması, teknolojinin süratli gelişimi, suç politikası esasları çerçevesinde çeşitli alanlarda karşılaşılan haksızlıklardan bazılarının, ultima ratio -son çare- ilkesi¹³⁹ dikkate alınarak suç olarak düzenlenmesi ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Bu da suç sayısının ve buna koşut olarak mahkemelerin iş yükünün artması anlamına gelir.

İş yükü artan fakat iş gücü yönünden aynı oranda desteklenemeyen mahkemelerin, her bir yargılamada maddi olayı tarihsel anlamda yeniden inşa ederek bir sonuca ulaşması zordur. Dolayısıyla bu türden uyuşmazlıklar yönünden, ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğe ulaşılmasına hizmet eden re’sen araştırma ilkesi, çelişmeli muhakeme gibi temel ilkeler gereği gibi işletilememekte, makul süreyi aşan yargılamalar, olağan tatbikat haline gelmektedir.

Bu hususları dikkate alan kanun koyucunun, özellikle haksızlık içeriği hafif olan ve bu yönüyle adli para cezasını yahut belli süreye kadar hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin ceza uyuşmazlıklarının, ya onarıcı adalet anlayışına¹⁴⁰ uygun olarak halli yoluna gittiği (*uzlaştırma*) veya kriminolojik yaklaşımlar temelinde; *önödeme*, *kamu davasının açılmasının ertelenmesi*, *hükümün açık-*

¹³⁷ Weßlau, Das Konsensprinzip, s.21, 23.

¹³⁸ Kokkinakis, s.328.

¹³⁹ Bu ilke, ceza hukukunun toplumsal düzeni koruma ödevinin, diğer hukuk alanlarında yahut başkaca vasıtalarla sağlanamaması durumunda, son çare olarak devreye girmesi anlamına gelir. Devletin kamu düzenini sağlamada sahip olduğu en keskin araç olan ceza hukukunu devreye sokma yetkisinin bu suretle sınırlandırılması, özgürlükler lehine son derece önemlidir. (CANPOLAT, Can, Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir, Adalet, Ankara 2016, s.115; MERAKLI, Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, Seçkin, Ankara 2017, s.55)

¹⁴⁰ Bu anlayışa ilişkin detaylı bilgi için bkz. CANPOLAT, Can/SABUNCUOĞLU, Zeyyat, Uzlaştırma, 2. Baskı, Legal, İstanbul 2019, s.4-11.

lanmasının geri bırakılması ile sonuçlandırılmasını sağladığı¹⁴¹ yahut da muhakemenin basitleştirilmesini (*seri muhakeme-basit yargılama*) tercih ederek çözüme kavuşturmayı amaçladığı görülmektedir.

Söz konusu kurumların uygulama şartlarının detayına girmemekle birlikte, bu tür yöntemlerin başlı başına doğru yahut yanlış olduğunu söylemenin, sadece lehinde veya aleyhinde görüş beyan etmenin mümkün olmadığını belirtelim. Bunlara ilişkin yasal düzenlemelerin elbette eleştirilecek çok yanı vardır. Ancak temel eleştiri, bu tür kurumların ihdas sebebi ve sonuçlarına ilişkindir. Nitekim yargılamanın adil bir şekilde ve ceza muhakemesi hukukunda asırlar boyunca elde edilen tecrübelere dayanılarak şekillenen, yazılı ve yazılı olmayan ilkelere uygun yürütülmesi, devletin sorumluluğundadır¹⁴². Dolayısıyla uygulamadan kaynaklanmasa da uygulamaya ilişkin bulunan iş yükü gibi nedenlerin, genel usulden sapmayı haklı kılmaya yeterli olup olmadığı tartışmaya açıktır. Bunun dışında, alternatif yöntemlerin sonuçlarına ilişkin eleştiriler çerçevesinde dikkate değer temel argüman, özellikle bunların, cezanın caydırıcılığını ortadan kaldırarak ceza hukukunun önleme fonksiyonuna zarar verme ihtimalleridir.

Olumsuz taraflarına rağmen birçok ülkede, basit suçlara ilişkin dahi olsa yargılama sürelerinin uzunluğu, yargılama safahatına yayılan uzun tutukluluklar nedeniyle, suç isnadı altındaki kişilerin rızalarına dayalı olarak uygulanması öngörülen alternatif yöntemlerin tercih edildiği¹⁴³; re'sen uygulanan alternatif yöntemler açısından ise temel amacın, yargılama makamlarını iş yükünden kurtarmak olduğu bilinmektedir.

Öncelikle alternatif yöntemlerin, iş yükünün azaltılmasına belli ölçüde katkı sağladığı kabul edilebilir. Ancak bu yöntemlerin başarısı bakımından şu soruların cevabı belirleyici olacaktır; “Alternatif yöntemler kapsamında kalan suçların işlenme oranı azaltılabiliyor mu? Bundan daha önemlisi, haksızlık içeriği zayıf olan suçların mahkeme önüne gelmesinin belli bir oranda engellenmesi, önemli olan suçlara yargılama makamlarınca daha fazla zaman ayrılmasına hizmet ediyor mu? Bunlara ilişkin muhakeme ilkeleri hak edildiği şekilde uygulanabiliyor mu? Bu tür suçların işlenme oranları azaltılabiliyor mu?”

¹⁴¹ Canpolat/Sabuncuoğlu, s.3.

¹⁴² Hettinger, s.296.

¹⁴³ Alman uygulaması yönünden benzer görüş için bkz. Volk/Engländer, §3, kn.2.

Bu soruların cevabı, alternatif yöntemlerin amaca uygun çalışıp çalışmadıklarını ortaya koyacaktır; yoksa bu yöntemlerle çözülen dosya sayısına ilişkin matematiksel verilerin bir önemi yoktur.

Bunların tatbikatının ceza muhakemesi ilkelerine uygunluğu açısından ise, özellikle şüpheli-sanık açısından bir ceza tehdidi olarak kullanılmamaları; soruşturma aşamasında, CMK m.160'ta tespit edildiği şekliyle olayı aydınlatmaya yarayacak lehte ve aleyhteki delillerin toplanması; kanun koyucunun, delile dayalı bir karar verilebilmesini sağlamak amacıyla öngördüğü normatif güvencelerin¹⁴⁴ titizlikle uygulanması, dikkat edilmesi gereken önemli konulardır.

Konumuzla bağlantılı olarak belirtmek gerekir ki, genel usule göre yürütülen yargılama sonunda verilen¹⁴⁵ hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı dışında, bunların tamamına ilişkin uygulama, uyumsuzluğun kovuşturma evresi By-Pass edilerek çözülmesi anlamına gelmektedir¹⁴⁶. Ayrıca özellikle seri muhakeme ve uzlaştırma açısından kamusal ilkesi yerine büyük ölçüde Amerikan ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan ve çekişmeli muhakemeyi esas alan modele¹⁴⁷ ağırlık verildiği izlenimi ortaya çıkmaktadır. Böylece bazı uyumsuzluklar yönünden, yukarıda zikredilen ve XII nci yüzyıldan itibaren Kıta Avrupası'nda geçerli olan re'sen araştırma prensibi yerine, bundan önce uygulama alanı bulan, tarafların talepleriyle sınırlı olup taraflarca gerçekleştirilen usuli işlemler üzerinden yürütülen muhakeme sisteminin, bazı sınırlamalarla da olsa kabul edildiği söylenebilir.

¹⁴⁴ Örneğin uzlaştırmaya tabi bir suç ile ilgili uzlaştırma işlemlerinin uygulanabilmesi için soruşturma aşamasında C.Savcısının yeterli şüpheye ulaşması gerekir (CMK m.253/4). Aksi takdirde, dosya uzlaştırma büro savcısı tarafından iade edilebilir (Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği m.11/b). Benzer şekilde, seri muhakemenin uygulanabilmesi için de soruşturma sonucunda yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi aranmıştır (Bkz. CMK m.250/1, Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği m.5/2).

¹⁴⁵ Seri muhakeme usulü kapsamında C.Savcısınca, CMK m.250/4'e göre belirlenen yaptırım yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir (m.250/6).

¹⁴⁶ Amerikan modeli esas alınarak kovuşturmasız maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin tartışmalar için bkz. **WEIGEND, Thomas**, Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Wahrheitssuche im Strafverfahren, in: Festschrift für Ruth Rissing-Van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, De Gruyter 2011, s.740 vd.

¹⁴⁷ Bu modelde, kararın konusunu oluşturacak vakıaların ne olduğu taraflarca belirlenmektedir. Bu bakımdan muhakeme sonucunda ulaşılan maddi değil, şekli gerçektir (**Hettinger**, s.293)

Kanımızca ceza muhakemesi hukukuna dahil edilen, daha doğrusu ilişti-ri- len yeni yöntemlerle, haksızlık içeriği ağır olan kadim suçlar dışındaki suçlara ilişkin uyuşmazlıkların, yavaş yavaş genel yargılama usulünün dışında bırakıl- masına ilişkin bir eğilim söz konusudur. Bu yöntemlerin kapsamına giren suç yelpazesi de her geçen gün artırılmaktadır.

Bu tür uyuşmazlık çözümleri, iş yükü nedeniyle ceza muhakemesi ilkele- rine uygun icra edilme özelliğini kaybetmiş muhakeme sistemindeki sorunların giderilmesi amacına yönelik olmakla birlikte, bunların uygulanması, söz konusu ilkelerden tamamen yahut kısmen feragat edilmesi riskini de beraberinde getir- mektedir.

Yargılama süjelerinin, bazı alternatif çözümler açısından ceza uyuşmazlı- ğının sonuca ulaştırılmasında etkin rol oynaması (*seri muhakeme, uzlaştırma*), ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacını tartışmaya açık hale getir- miştir. Bu tür uygulamalarla, sosyal ve bireysel menfaatler çerçevesinde yargı- lama konusu olayın gerçekleşme biçiminin müzakereye açılması (*diyaloga da- yalı gerçek*), re'sen araştırma prensibinin karakterize ettiği gerçeğe ulaşma fik- rine (*araştırmaya dayalı gerçek*) tezat oluşturur¹⁴⁸. Zira daha önce ifade ettiği- miz üzere, olağan ceza muhakemesi usulünde hakim, tarafların gerçeklik algısı ve bu çerçevede ortaya koydukları beyanlarla yetinmeden, gerçeği re'sen araş- tırmakla yükümlüdür¹⁴⁹. Gerçeğe ulaşılması, tüm tarafların katılımıyla icra edi- len açık yargılama sonucunda mümkündür¹⁵⁰. Buna karşılık söz konusu alterna- tif yöntemlerde, taraf iradesiyle icra edilen usul işlemleri, doğrudan doğruya uyuşmazlığın çözümüne etki etmektedir.

Çelişmeli yargılamanın yapılamadığı diğer alternatif usuller bakımından da maddi gerçeğe ulaşma amacı noktasında benzer endişeler söz konusudur. Dolayısıyla bu kapsamda ontolojik gerçeğe ulaşmak mümkün olmadığı gibi¹⁵¹, kovuşturma safahatında çelişmeli muhakeme ile inşa edilmiş yargısal bir gerçe- ğin ortaya çıkarılması da söz konusu değildir. Bunların uygulanmasıyla elde edilen sonucun gerçekle ilintisi, “*formalize edilmiş gerçek*”, “*uyuşmazlık öze-*

¹⁴⁸ Weßlau, Das Konsensprinzip, s.86, 87.

¹⁴⁹ Trüg, s.354.

¹⁵⁰ Weigend, s.740.

¹⁵¹ Trüg/Kerner, s.197.

linde ulaşılan gerçek”, “ *taraflarca hazırlanan gerçek*” gibi kavramlarla ifade edilmiştir¹⁵².

Kanımızca, gerçeğe ulaşma amacı bakımından alternatif usuller ile genel usule göre yürütülen muhakeme arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: Genel usullere göre yürütülen ceza muhakemesinde ulaşılmaya çalışılan gerçek ister ontolojik, ister yargısal olsun, uyuşmazlığa neden olan “ *suç failinin ortaya çıktığı anı*” dikkate alır; yani suçun işlendiği andaki gerçeğe ulaşma amacı güdüdür. Buna karşılık alternatif usullerde genellikle önemli olan, sosyal değeri bulunan ve “ *çözüm anının esas alındığı (a posteriori)*” bir gerçeğe ulaşmaktır¹⁵³. Bu yönüyle alternatif usullerde, “ *fonksiyonel gerçeklikten*” söz etmek mümkündür.

Bu durumun sakıncası, farklı gerçeklikler üzerinden farklı adalet anlayışlarının ortaya çıkması riskidir¹⁵⁴. Ceza muhakemesinin, delillere dayalı olarak yargılama konusu vakiya ilişkin gerçeği tespit etme çabası, kusurun belirlenmesiyle yakın irtibatlıdır. Zira olayın maddi yönü tespit edildikten sonra olayın özellikleri çerçevesinde, failin, iradesini özgürce norma aykırı davranışa yöneltilip yönelmediği (*kasten işlenen suçlar bakımından*) yahut özen yükümüne rağmen haksızlığın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine (*taksirli suçlar bakımından*) ilişkin bir tespitte bulunulması, yani kusurun maddi yapısına ilişkin bir sonuca ulaşılması gerekir¹⁵⁵. Ancak kovuşturma evresi By-Pass edilerek alternatif yöntemlerle gelen adalet, başka söyleyişle yargılamasız adalet, çözüm anına odaklanan bir gerçeğe dayalı olacağından, gerçeğin niceliği gibi, “ *fonksiyonel-pragmatik bir adalet anlayışına*” neden olabilir.

Kanun koyucu, bu olumsuzlukların önüne geçmek adına, alternatif yöntemlere yer verilen hükümlerde birtakım güvenceler öngörmüş ve verilen kararlara karşı kanun yollarının kullanılmasına imkan tanımıştır. Ancak bu güvenceleri temin edecek bir tatbikat geliştirilemediğinin altını çizmek gerekir.

¹⁵² Weßlau, Wahrheit, s.997.

¹⁵³ Trüg/Kerner, s.197.

¹⁵⁴ Theile, s.669.

¹⁵⁵ Kusurun maddi yapısıyla ilgili çeşitli teoriler çerçevesinde detaylı bilgi için bkz. Canpolat, s.144 vd.; Meraklı, s.103 vd.

VI. SONUÇ

Hukuk, devletin kamu düzenini tesis etme ve toplumu oluşturan bireylere hukuki koruma sağlama ödevinin yerine getirilmesinde yegane araçtır. Devletin, bu ödevini tam manasıyla yerine getirebilmesi için uyulması zorunlu kurallar ihdas etmesi yetmez. Bunu tamamlayıcı bir unsur olarak, toplumsal yaşam içerisinde kişiler arasında ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıkların, devlet eliyle ve yargı organları aracılığıyla çözüme ulaştırılması gerekir. Bu çerçevede medeni usul hukukunda taraflara ait şahsi hakların tesisi, ceza muhakemesi hukukunda ise kusurlu olanın cezalandırılması, masum olanın cezadan korunması suretiyle adaletin tesis edilebilmesi açısından, yargılamaya taşınan bir uyuşmazlığın konusunu oluşturan vakıya ilişkin gerçeğin tespit edilmesi son derece önemlidir. Hukukun sosyal barışı sağlaması, böylelikle mümkün olabilir.

Gerçeğin ortaya çıkarılması amacı, her iki muhakeme usulünde de normatif kurallara uygun bir yargılama yürütüldüğü takdirde muteberdir. Bu amaç, medeni usul hukukunda dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ve ispat dair birtakım kurallarla sınırlanmıştır. Bu çerçevede gerçeği bulmak, önemli bir ara hedeftir; taraflar, tartışmak istemedikleri noktaları yargılama dışı bırakabilirler. Çünkü bu noktada şahsi haklar açısından beklenti, uyuşmazlığa ilişkin topyekûn gerçeğe ulaşmak değil; sadece açıklığa kavuşması arzu edilen bir konuda uyuşmazlığın çözüme ulaştırılmasıdır. Ceza muhakemesi hukukunda ise; re'sen araştırma, delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi, çelişmeli muhakeme, delillerin elde edilmesi ve ikamesinde kural olarak konu ve zaman bakımından serbestlik gibi ilkeler aracılığıyla yargılama makamları, maddi gerçeğe ulaşmak açısından daha serbest hareket etme imkanına sahiptirler. CMK'da bu ilkelere uygun düzenlemelere yer verilmesi, ceza yargılamasının konusunu oluşturan haksızlıkların nicelik itibarıyla daha ağır oldukları, toplumsal barışı bozucu bir mahiyet arz ettikleri kabulüne dayanmaktadır.

Bu izahtan anlaşılacağı üzere her iki yargılama usulünde de amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Aradaki fark, ceza muhakemesi hukukunda önceliğin kamu düzeni; medeni muhakemede ise şahsi haklar olmasıdır. Bu bakımdan medeni muhakemede, belirtilen nedenlerle çoğu zaman şekli gerçeğe yetinilmesi gerekir.

Ceza muhakemesi hukuku kurallarının maddi, yani tarihsel gerçeği tespit etmeye elverişli olacak şekilde tasarlanması, bu alanda gerçeklik teorilerinden, gerçeği, önerme (akıl) ve nesne arasındaki uygunluk olarak tanımlayan *uygun-*

luk teorisinin benimsendiğini göstermektedir. Bu anlayışın yansıması, hakimın vicdani kanaatinin, bu kanaate esas oluşturan vakıalara ilişkin delillerle uygunluğu çerçevesinde ortaya çıkar. Bu kapsamda “nesne” yargılama konusu olayı; “uyuşma” delil serbestisi ilkesi çerçevesinde yürütülen yargılama sonucunda oluşan kanaati; “önerme (akıl)” ise hakimın deliller aracılığıyla oluşturduğu algıyı yansıtan ve ceza muhakemesi kanununa uygun şekilde verilen kararı ifade eder. Şayet hakimın kanaati, tarihsel gerçeği yansıtıyor, yargılama konusu olay ile uyuyorsa, verilen karar da ceza muhakemesinin amacını gerçekleştirmeye hizmet etmiş olacaktır.

Uygunluk teorisi, kendinden menkul ve değer yargısından bağımsız, objektif bir gerçeğe erişmenin, ceza yargılamasında çeşitli nedenlerle mümkün olmadığı temel argümanına dayanılarak eleştirilmiş ve ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacının, tutarlılık teorisine göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Tutarlılık teorisine göre hakim, ortaya çıkan her delilin, ilişkin olduğu temel/yan vakiaya dair diğer delillerle tutarlı olup olmadığını değerlendirir. Bir görüşe göre bu değerlendirme, esasen delilin sağlam olup olmadığına ilişkin de bir fikir edinmeyi sağlar. Vakıyla uyduğuna ikna olunan diğer delillerle tutarlılık göstermeyen bir delile itibar edilmez. Gerçek ile gerçek olmayan arasındaki ayırım, ontolojik olarak değil, kurulan bu doğrulama sistemine uygunluk üzerinden müspet bir kritere göre belirlenir. Hakim, yargılama konusu vakıanın gerçekliğine ilişkin nihai kanaatini, ortaya çıkan bütünü nazarı itibara alarak oluşturur.

Son olarak tutarlılık teorisine benzer kabullere dayanan *uzlaşma teorisine* göre, bir vakıanın gerçekliği, tecrübeye değil, o vakıalara ilişkin yargılama süjelerince ileri sürülen argümanların seyrine göre belirlenmelidir. Bu kapsamda her bir argüman, dilsel/söylemsel bir mantık içerisinde vakıa ile irtibatı bulunan diğer kişilerce kabul görüp görmemesine göre değerlendirilmelidir. Çoğunluk bu argümanı doğruluyorsa, onun gerçeğe uygunluğu kabul edilebilir.

Kanımızca *uygunluk teorisinin*, yargılama sonucunda verilen kararın ilk aşamada dahi adil olabilmesine, toplum düzeninin adaletli bir şekilde sağlanabilmesine ve kararın tarihsel gerçeğe uygunluk arayışı çerçevesinde denetime tabi tutulmasını sağlayacak mekanizmalar geliştirilmesine hizmet ettiği söylenebilir. Bu yönüyle teori, objektif gerçeğe ulaşmanın mümkün olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerden bağımsız olarak, ceza muhakemesi hukukunda

normatif alanda icra ettiği fonksiyon itibarıyla vazgeçilmezdir. *Tutarlılık teorisinin* ise, özellikle delillerin serbestçe değerlendirmesi ilkesi bakımından (CMK m.217) uygunluk teorisinden daha etkin bir fonksiyonu olduğu söylenebilir. Zira uygunluk teorisine göre gerçeklik, tüm nitelermelerden bağımsız, objektif ve kendinden menkul bir yapıya sahip olduğundan, yargılama konusu olayla veya bunu oluşturan vakılardan biriyle ontolojik manada uyuşan bir bilginin değerlendirilmesine de ihtiyaç yoktur. Bu bilgi ya doğrudur yahut değildir; bu husus takdire bağlı değildir. Buna karşılık tutarlılık teorisi, bir bilginin veya ifadenin doğruluğunun bir kriter üzerinden değerlendirilmesine ihtiyaç duyduğundan, takdire açık bir zemine sahiptir. *Uzlaşma teorisi*, genel usule göre yürütülen yargılamada, çelişmeli muhakeme açısından önemli bir fonksiyon icra eder. Zira tüm süjelerin katılımıyla gerçekleştirilen yargılamada, iddia makamı ve onun yanında yer alan katılan, savunma makamı olarak müdafî ve sanık ile tanıklar, vakıya ilişkin kendi perspektiflerinden birtakım beyanlar ortaya koyarlar. Bunun için her şeyden önce kovuşturma aşamasında taraflara dinlenilme hakkı tanınmalı ve bu çerçevede hakim, kararını, düzenli bir delil sistemi üzerine kurmalıdır. Farklı süjeler tarafından ortaya konulan beyanların, doğası gereği çoğu zaman birbiriyle uyuşması beklenemese de vakıa gelişimi açısından bunlar arasında mantıksal bir bağlantı bulunması, vakıanın gerçekleşme biçimi açısından bazı temel veriler ortaya koyabilir. Belirtmek gerekir ki *uzlaşma teorisi*, asıl fonksiyonunu, yargılama süjelerinin etkin katılımının söz konusu olduğu ve ceza yargılamasının sonuçlanmasına doğrudan etki edebilme imkanına sahip oldukları alternatif çözümler bakımından icra eder. Bu kapsamda teori, süjelerin iradelerinin uyuşmasıyla verilen yargısal kararın dayandığı gerçeğin türünün belirlenmesini sağlar. Diğer bir ifadeyle, bu tür çözüm yöntemlerinin ceza muhakemesinin gerçeğe ulaşma amacı açısından konumu, uzlaşma teorisine göre tespit edilir.

Netice itibarıyla alternatif yöntemleri bir kenara bırakırsak, genel yargılama usulünde ispat faaliyeti sırasında yukarıda sıralanan tüm teorilerden faydalanılabilir. Ancak gerçeğin kriteri her halükarda hakimin, etraflıca yürütülen tahkikat sonucunda elde edilen delilleri, mantık ve tecrübe kurallarına uygun ve serbestçe değerlendirmesiyle oluşturduğu vicdani kanaatidir. Vicdani kanaat, sübjektif bir değer yargısıdır. Bu durum, kararın adalete uygunluğunu tartışmalı hale getirmez. Zira bu noktada hukuk devleti ilkesi gereğince hakimler yönünden gündeme gelen bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri güvence oluşturmaktadır. Bununla birlikte, ceza yargılamasında çeşitli sebeplerle tarihsel ve objektif gerçeğe ulaşmak çoğu zaman imkansızdır. Buna bağlı olarak da vicdani kanaatin,

gerçeğin kendisine değil, delillere dayalı olarak ortaya çıkan yansımasına ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Bu yansıma, gerçeğin etkileyici, inandırıcı, kesine yakın bir olasılığını ortaya koyar. Bu bakımdan vicdani kanaat, usul hukuku kurallarına göre yürütülen yargılama sonucunda ortaya çıkan “*yargısal gerçek*” ile çakışıktır. Ceza muhakemesinin normatif yönü, yani kurala bağlı yürütülmesi, yargısal gerçeğin koşuludur.

Son olarak uzlaşma teorisinin *alternatif uyumsuzluk çözümleri* sonucunda verilen kararın meşruiyetine ilişkin ortaya koyduğu yaklaşımın, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacını tartışmaya açık hale getirdiğini ifade etmek gerekir. Bu tür uygulamalarla, sosyal ve bireysel menfaatler çerçevesinde yargılama konusu olayın gerçekleşme biçiminin müzakereye açılması (*diyaloga dayalı gerçek*), re’sen araştırma prensibinin karakterize ettiği gerçeğe ulaşma fikrine (*araştırmaya dayalı gerçek*) tezat oluşturur. Bunların uygulanmasıyla elde edilen sonucun gerçekle ilintisi, “*formalize edilmiş gerçek*”, “*uyumsuzluk özelinde ulaşılan gerçek*”, “*tarafarca hazırlanan gerçek*” gibi kavramlarla ifade edilebilir. Kanımızca, gerçeğe ulaşma amacı bakımından alternatif usuller ile genel usule göre yürütülen muhakeme arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: “Genel usullere göre yürütülen ceza muhakemesinde ulaşılmaya çalışılan gerçek ister ontolojik, ister yargısal olsun, uyumsuzluğa neden olan “*suç fiilinin ortaya çıktığı anı*” dikkate alır; yani suçun işlendiği andaki gerçeğe ulaşma amacı güdülür. Buna karşılık alternatif usullerde genellikle önemli olan, sosyal değeri olan ve “*çözüm anının esas alındığı (a posteriori)*” bir gerçeğe ulaşmaktır. Bu yönüyle alternatif usullerde kapsayıcı bir kavram olarak, “*fonksiyonel gerçeklikten*” söz etmek mümkündür.” Bu durumun sakıncası, farklı gerçeklikler üzerinden farklı adalet anlayışlarının ortaya çıkması riskidir. Ceza muhakemesinin, delillere dayalı olarak yargılama konusu vakıya ilişkin gerçeği tespit etme çabası, kusurun belirlenmesiyle yakın irtibatlıdır. Zira olayın maddi yönü tespit edildikten sonra olayın özellikleri çerçevesinde, failin, iradesini özgürce norma aykırı davranışa yönelip yöneltmediği (*kasten işlenen suçlar bakımından*) yahut özen yükümüne rağmen haksızlığın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine (*taksirli suçlar bakımından*) ilişkin bir tespitle bulunulması, yani kusurun maddi yapısına ilişkin bir sonuca ulaşılması gerekir. Ancak kovuşturma evresi By-Pass edilerek alternatif yöntemlerle gelen adalet, başka söyleyişle yargılamasız adalet, çözüm anına odaklanan bir gerçeğe dayalı olacağından, gerçeğin niceliği gibi, “*fonksiyonel-pragmatik bir adalet anlayışına*” neden olabilir. Bu noktada önemli olan, kanun koyucunun alternatif yöntemlere yer

verilen yasal düzenlemelerde öngördüğü güvencelerin temin edilebileceği bir tatbikat geliştirmektir.

KAYNAKÇA

* Çalışmada kullanılan yargı kararlarına, Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası internet sitesi üzerinden (www.kazanci.com.tr) erişilmiştir.

ACHENBACH, Hans, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1974.

AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesi Kanununda İtiraz, TBB Dergisi, S.65 (2006), (s.61-72).

AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara 2014.

BELING, Ernst, Deutsches Strafprozessrecht (mit Einschluss des Strafgerichtsverfassungsrechts), Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1928.

BEULKE, Werner, Strafprozessrecht, 11. Auflage, C.F.Müller, 2010.

CANPOLAT, Can/SABUNCUOĞLU, Zeyyat, Uzlaştırma, 2. Baskı, Legal, İstanbul 2019.

CANPOLAT, Can, Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir, Adalet, Ankara 2016.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Beta, İstanbul 2017.

CİHAN, Erol, Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi, İÜHFM, C.28 (1962), S.3-4, (s.701-712).

COING, Helmut, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin 1950.

DEDES, Christos, Grundprobleme des Beweisverfahrens, in: Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Walter de Gruyter, Berlin 1986, (s.929-946).

- EISENBERG, Ulrich**, Beweisrecht der StPO Spezialkommentar, 10. Vollständig überarbeitete und teilweise erweiterte Auflage, C.H.Beck, München 2017.
- ENGISCH, Karl**, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken (Vortrag, gehalten beim 491. Stiftungsfest der Ludwig-Maximilian-Universität München am 6. Juli 1963), Münchener Universitätsreden Neue Folge Heft 35, Max Hueber Verlag, München 1963.
- ENGLICH, Birte**, Urteileinflüsse vor Gericht, in: Handbuch der Rechtspsychologie (hrsg. von Renate Volbert und Max Steller), Hogrefe Verlag, Göttingen 2008, (486-496).
- ERDÖNMEZ, Güray**, Medeni Usul Hukukuna Hakim Olan İlkeler, in: Pekcanitez Usul, 15. Bası, XII Levha, İstanbul 2017.
- ERSOY, Uğur**, Ceza Muhakemesinin Amacı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım, in: Uğur Alacakaptan'a Armağan C.1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, (s.291-299).
- FEYZİOĞLU, Metin**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, US-A Yayıncılık, Ankara 1996.
- GMÜR, Rudolph/ROTH, Andreas**, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, 15. Auflage, Franz Vahlen 2018.
- (von) **GOETHE, Johann Wolfgang**, Maximen und Reflexionen, Verlag der Goethe Gesellschaft, Weimar 1907.
- GÖSSEL, Karl Heinz**, Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß?, Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin Heft 165, Walter de Gruyter, Berlin 2000.
- GUTMANN, Thomas**, Wahrheit, in: Beweis (Baden-Badener Strafrechtsgespräche herausgegeben von Prof. Dr. Thomas Fischer), Nomos, Baden-Baden 2019, (s.11-25).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki**, Hukuka Aykırı Surette Elde Edilen Deliller Meselesi, Yeni Türkiye, Yargı Reformu Özel Sayısı, Yıl:2, Sayı: 10, Temmuz-Ağustos 1996, (s.638-644).

HEGER, Martin, Strafprozessrecht, W. Kohlhammer, 2013.

HEGMANN, Sigrid, StPO § 102, in: Beck'scher Online-Kommentar StPO, 36. Edition, Verlag C.H.BECK, München 2020.

HETTINGER, Michael, Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem, JZ, 66. Jahrg., Nr. 6 (18. März 2011), (s.292-301).

KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçek, Eskişehir Barosu Dergisi, Haziran 2006.

KARAKEHYA, Hakan, Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine, TAAD, Yıl 7, Sayı 27 (2007), (s.59-82).

KARAKEHYA, Hakan, Ceza Muhakemesinin Amacı, İÜHFM C. LXV, S.2, (s.121-142).

KARGL, Walter, Wahrheit, Überzeugung und Wissen im Strafverfahren, - Über die Voraussetzungen der Erkenntnis im Schatten des Zweifels-, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Volume 105, Issue 2, 2019, (s.171-204).

KETTE, Gerhard/KONECNI, Vladimir J., Communication Channels and Gender Differences in Decoding and Integration of Cues in Legal Decision-Making, in: Psychology, Law, and Criminal Justice, (314-326).

KINDHÄUSER, Urs, Strafprozessrecht, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2013.

KOCA, Mahmut, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller", CHD., Y.1, S.2, Aralık 2006, (s.207-225).

KOCH, Raphael, Mitwirkungsverantwortung im Zivilprozess, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.

KOKKINAKIS, Kriton, Strafprozessuales operatives Vorgehen und strafrechtliches Rückwirkungsverbot, LIT Verlag, Hamburg 2001.

- KRAMER, Bernhard**, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 5. Aufl., Stuttgart, 2002.
- KUDLICH, Hans**, Einleitung, in: MüKoStPO, 1. Auflage, München 2014.
- KÜHNE, Hans Heiner**, Einleitung §§ 1-47 StPO, (Abschnitt B), in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Erster Band, 26., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 2006.
- KÜHNE, Hans Heiner**, Strafprozessrecht, 9. völlig neue bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 2015.
- MERAKLI, Serkan**, Ceza Hukukunda Kusur, Seçkin, Ankara 2017.
- Mevlânâ Celâleddin Rûmî**, Mesnevî, C.III, çev. Veled İzbudak, MEB Yayını, İstanbul 1990
- MÜLLER DIETZ, Heinz**, Der Wahrheitsbegriff im Strafverfahren, Zeitschrift für Evangelische Ethik (15), 1971, (s.257-272).
- NEUMANN, Ulfrid**, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, ZStW 101 (1989), (s.52-74).
- NEUMANN, Ulfrid**, Wahrheit im Recht, in: Beweis (Baden-Badener Strafrechtsgespräche herausgegeben von Prof. Dr. Thomas Fischer), Nomos, Baden-Baden 2019, (s.27-40).
- NIETHAMMER, Emil**, Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949, Walter de Gruyter, Berlin 1949, (s.26-43).
- OSWALD, Margit E./DREWNI AK, Regine**, Attitude and Behavior of Male and Female Judges Concerning the Punishment of Offenders, in: Psychology, Law, and Criminal Justice (International Developments in Research and Practice), Walter de Gruyter, Berlin 1996, (296-305).
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACA KSIZ, Pınar/TEPE, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Baskı, Seçkin, Ankara 2018.

- ÖZTÜRK, Bahri**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991.
- PAULUS, Rainer**, Prozessuale Wahrheit und Revision, in: Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Walter de Gruyter, Berlin 1992, (s.687-718).
- PEKCANITEZ, Hakan**, Medeni Usul Hukukuna İlişkin Genel Bilgiler, in: Pekcantez Usul, 15. Bası, XII Levha, İstanbul 2017.
- RANFT, Ottfried**, Bemerkungen zu den Beweisverboten im Strafprozeß, in: Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, Walter de Gruyter, Berlin 1992, (s.719-736).
- RESCHER, Nicholas**, Philosophische Vorstellungen -Studien über die menschliche Erkenntnis-, Ontos Verlag, Frankfurt 2012.
- ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd**, Strafverfahrensrecht, 27. Auflage, C.H. Beck, München 2012.
- SANDER, Günther**, § 261 StPO, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Band 6, 26., neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin 2006.
- SCHMIDT, Eberhard**, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2., völlig durchgearbeitete und erneuerte Auflage, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1964.
- STÜRNER, Rolf**, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1976.
- THEILE, Hans**, Wahrheit, Konsens und § 257c StPO, NStZ 2012, (s.666-671).
- TRÜG, Gerson/KERNER, Hans Jürgen**, Formalisierung der Wahrheitsfindung im (reformiert-) inquisitorischen Strafverfahren? Betrachtungen unter rechtsvergleichender Perspektive, in: Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007, Walter de Gruyter, Berlin 2007, (s.191-212).

- TRÜG, Gerson**, Erkenntnisse aus der Untersuchung des US-amerikanischen plea bargaining-Systems für den deutschen Absprachendiskurs, ZStW 120 (2008), Heft 2, (s.331-374).
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Adalet, Ankara 2019.
- ÜNVER, Yener**, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, CHD., Y.1, S.2, Aralık 2006, (s.103-205).
- VOLK, Klaus/ENGLÄNDER, Armin**, Grundkurs StPO, 8. neu bearbeitete Aufl., München, 2013.
- WEßLAU, Edda**, Das Konsensprinzip im Strafverfahren -Leitidee für eine Gesamtreform?, Nomos, Baden-Baden 2002.
- WEßLAU, Edda**, Wahrheit und Legenden: die Debatte über den adversatorischen Strafprozess, in: Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, Walter de Gruyter, Berlin 2014.
- WOLTER, Jürgen**, Kriminalpolitik und Strafprozessrechtssystem, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Walter de Gruyter, Berlin 2001, s.1150, (s.1141-1171).
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- YENİSEY, Feridun**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda (Hukuka Uygun Bir Şekilde Elde Edilmiş) Delil”, CHD., S.:4, Y.:2, Ağustos 2007, (s.5-60).
- YILDIRIM, Kamil**, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı, İstanbul 1990.

**RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA
SUÇA HAZIRLIK***

Preparation for Crime in the Criminal Law of The Russian Federation

Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU**

ÖZET

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'na bakıldığında sadece suç teşebbüsün değil, suç hazırlığın da cezalandırıldığı görülmektedir. Ancak suç hazırlık sadece ağır ve nitelikli ağır suçlar bakımından cezalandırılmakta, buna karşılık hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır.

Bununla birlikte, ağır ve nitelikli ağır suçlara yönelik olsa bile uygulamada suç hazırlık genellikle cezalandırılmamaktadır. Bunun nedeni, bu tür hareketlerin genellikle sosyal açıdan tehlike yaratmamasıdır. Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 14/2. maddesine göre, ceza kanununda yazılı suç tipine uymasına rağmen, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan bir fiil suç sayılmaz.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda suç hazırlığın sadece doğrudan kastla mümkün olabileceği kabul edilmektedir.

* Bu çalışma, "HÜSEYNOV, Emin, Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Teşebbüs, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Karabük Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Öğretim Üyesi, eminhuseyinoglu@karabuk.edu.tr, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4196-2295>.

Makale Geliş Tarihi: 08.05.2020

Makale Kabul Tarihi: 24.09.2020

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda gönüllü vazgeçme, “suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin durdurulması” şeklinde düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Rusya Federasyonu, Ceza Hukuku, Suça Hazırlık, Suça Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme.

ABSTRACT

It is seen that not only the criminal attempt but also the preparation for crime are punished in accordance with the Criminal Code of Russian Federation. However, the preparation for crime is just punished in the scope of indictable offense and major crime but the preparation for summary offense and the secondary offense are not penalized.

Nevertheless, even if it is aimed of indictable offense and major crime the preparation for crime is not generally penalized in the practice. Because, this kind of actions are not usually dangerous for social life. In accordance with the Article 14/2 of Criminal Code of Russian Federation, an action which is not considered as dangerous for social life since it is not very important shall not be considered as the crime although it is included in the crime type written in the criminal code.

It is accepted in the criminal code of Russian Federation that the preparation for crime are possible only with the direct intention.

The voluntary waiver is regulated as the ‘*stop the actions for preparation for crime or stop the actions aimed to commit the crime direct*’ in the Criminal Code of Russian Federation.

Keywords: Russian Federation, Criminal Law, Preparation for Crime, Criminal Attempt, Voluntary Waiver.

GİRİŞ

Suç işlemeye karar veren kişi, suç aleti hazırlama, suç ortağı arama, suç planı yapma gibi suçun işlenmesine ortam yaratan bazı hareketleri gerçekleştirir. Bu tür hareketler, “suça hazırlık hareketleri” olarak adlandırılır.

Hazırlık hareketlerinin anlamının belirsizlik göstermesi, bu aşamada suç işleme kararının henüz tam bir kesinlikle ortaya konulmamış olması, suç işleme planından vazgeçme ihtimalinin oldukça yüksek bulunması ve basit şüphelere dayanılarak kişi hak ve özgürlüklerinin aşırı baskı altına alınmasının önlemek istenmesi gibi nedenlerle modern ülkelerde suça hazırlık genellikle cezalandırılmamaktadır¹.

Türk Ceza Kanunu'na (TCK) bakıldığında hazırlık hakaretlerinin çok istisnai durumlarda cezalandırıldığı görülmektedir. Örneğin TCK'nın 227/1. maddesine göre, “Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi ... cezalandırılır. Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır”. Türk ceza hukukunda suça hazırlık hareketlerine kural olarak ceza verilmemektedir.

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'na (RFCK) bakıldığında ise ağır ve nitelikli ağır suçlar bakımından hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığı görülmektedir. 17.06.2019 tarih ve N146-FZ sayılı Kanunla değiştirilen RFCK'nın 15. maddesine göre; üst sınırı 3 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı ve taksirli suçlar, *hafif suç* sayılır. Üst sınırı 5 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar ile üst sınırı 10 seneye kadar hapis cezasını gerektiren taksirli suçlar, *orta dereceli suç* sayılır. Üst sınırı 10 seneye kadar hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlar ile üst sınırı 15 seneye kadar hapis cezasını gerektiren taksirli suçlar, *ağır suç* sayılır. Üst sınırı 10 seneden fazla hapis cezasını veya daha ağır cezayı gerektiren kasıtlı suçlar ise *nitelikli ağır suç* sayılır. Bu durumda, RFCK'ya göre üst sınırı 5 seneden fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlara hazırlık cezalandırılmakta, üst sınırı 5 sene ve daha az hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır.

Çalışmanın konusunu Rusya Federasyonu ceza hukukunda suça hazırlık oluşturmaktadır. Çalışmada ilk olarak suça hazırlığın cezalandırılması ile ilgili teoriler ve Rus hukukunda suça hazırlığın tarihsel gelişimi hakkında bilgi verilmektedir. Daha sonra ise yürürlükteki 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda düzenlenen suça hazırlığın tanımı, unsurları, sosyal tehlikeliliği ve cezalandırılma sorunu, cezası ve suça hazırlıkta gönüllü vazgeçme konusu ince-

¹ TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku, Genel Kısım, 13. Baskı, Ankara 2009, s.257-258.

lenmektedir. Çalışma kısa bir değerlendirme içeren sonuç kısmı ile sona ermektedir.

I. SUÇA HAZIRLIĞIN CEZALANDIRILMASI İLE İLGİLİ TEORİLER

Suçta teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan üç teori bulunmaktadır. Objektif teoriye göre, suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni suç tipiyle korunan hukuki konunun tehlikeye sokulmasıdır². İcra hareketlerine başlanmadığı sürece suç tipiyle korunan hukuki konu için bir tehlike meydana gelmeyeceğinden, bu teoriye göre hazırlık hareketlerine ceza verilmez³.

Sübjektif teoriye göre ise suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni, tehlikeli kişiliğini ortaya koyan failin suç işlemeye yönelik dış dünyaya yansıttığı iradedir. Objektif teorinin aksine, bu teori sübjektif tehlikeliliği cezalandırma nedeni saymaktadır⁴. Suçla korunan hukuki değer tehlikeye sokulmasını değil, failinin dışa yansıyan iradesini esas alması nedeniyle, bu teori hazırlık hareketlerine de ceza verilmesi sonucunu doğurarak, cezalandırma alanını genişletir⁵.

Sübjektif teoriyi objektif ölçülerle tamamlayan karma teoriler de bulunmaktadır⁶. Bunlardan etki teorisine göre; suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni, hem failin suç işleme iradesini açığa vurması, hem de hareketin hukuk düzeni açısından olumsuz bir etki yaratmış, toplumun huzur ve güvenini bozmuş olmasıdır⁷. Bu teoriye göre hazırlık hareketleri hukuku sarsıcı etkiye sahip olmadıkları veya bu etkiyi çok yüzeysel, geçici olarak doğurdıkları için genellikle cezayı gerektirmemektedir⁸.

² KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017, s.408.

³ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, İstanbul 2017, s.454.

⁴ Bkz. İÇEL, Kayıhan/EVİK, A. Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007, s.237.

⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.454.

⁶ ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2015, s.312.

⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.455.

⁸ TOZMAN, Önder, Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008, s.30.

Suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni konusunda objektif teoriyi benimseyen TCK'da hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamaktadır.

Suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni konusunda sübjektif teoriyi benimseyen RFCK'da ise hazırlık hareketlerinin cezalandırılması öngörülmüştür. Ancak Kanunda bu teorinin objektif ölçütlerle tamamlandığı da söylenebilir. Çünkü Kanunda suça hazırlık için tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalan suça oranla daha az ceza öngörülmüştür. Yine Kanunda ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmakla birlikte, hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık cezalandırılmamaktadır. Bunun yanında RFCK'nın 14/2. maddesi nedeniyle, ağır ve nitelikli ağır suçlara yönelik olsa bile az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan hazırlık hareketleri de cezalandırılmamaktadır. Bu konuya ileride değinilecektir.

II. SUÇA HAZIRLIK KAVRAMI

Kanunda suça hazırlık, kişinin suçun alet veya araçlarını araması, hazırlaması veya elde etmesi, suç ortağı araması, suç işlemek için anlaşma ya da suç işlemek için kasten farklı ortam yaratma seçimsel hareketleri olarak tanımlanmıştır (RFCK m.30/1). Bu düzenlemeye uygun olarak suça hazırlık, "herhangi bir şekilde suç işlemek için kasten ortam yaratma" şeklinde tanımlanabilir⁹.

Hazırlık hareketleri düşünce aşamasından farklıdır. Suça hazırlıkta fail sadece suç işleme kastını ortaya koymamakta, aynı zamanda suçun işlenmesine ortam yaratan somut hareketleri de gerçekleştirmektedir¹⁰. Örneğin failin yazılı bir şekilde mağduru öldüreceğini belirtmesi, suça hazırlık değil düşünce aşaması sayılır ve cezalandırılmaz. Yine, failin rüşvet vereceğine veya alacağına yöne-

⁹ İGNATOV, Aleksey/KRASİKOV, Yuriy (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (C. 1), Moskva 2000, http://lib.maupfib.kg/wp-content/uploads/Ugolovnoe-pravo-Rossii_v-2t_T-1-Obshhaya-chast_Pod-red-Ignatova-Krasikova_2000-639s.pdf, e.t.: 02.05.2020, s.125.

¹⁰ İGNATOV/KRASİKOV (Ed.), s.125. RSFSC Yüksek Mahkemesi'nin 1956 tarih ve 84-06-19 No.lu kararına konu olan bir olayda; Skvorsova çalıştığı mağazada yaptığı hırsızlığın delillerini ortadan kaldırmak amacıyla mağazada yangın çıkarmak istemiş ve bu niyetini Taraskova'ya söylemiştir. Yüksek Mahkeme, Skvorsova'nın hazırlık hareketlerini gerçekleştirdiğine ilişkin somut delillerin bulunmadığını ve düşünce aşamasının da cezalandırılmadığını gerekçe göstererek olayda yangın çıkarma suçuna hazırlığın bulunmadığına karar vermiştir. (Bkz. KUZNESOVA, Ninel, İzbranniye Trudi (Seçilmiş Çalışmaları), Sankt-Peterburg 2003, s.236-237).

lik irade açıklaması, bu iradesini gerçekleştirmek için somut hareketlerde bulunmadığı sürece cezalandırılmaz¹¹.

“*Tamamlanmış ve tamamlanmamış suç*” başlıklı RFCK’nın 29. maddesine göre; “1. Kişinin işlediği fiilde bu Kanunda öngörülen suç tipinin bütün unsurları mevcutsa, suç tamamlanmış sayılır. 2. Suça hazırlık ve suça teşebbüs tamamlanmamış suç sayılır”.

RFCK’nın 29/2. maddesinden de görüldüğü üzere Rusya Federasyonu ceza hukukunda hazırlık hareketleri suça teşebbüs olarak değil, “suça hazırlık” adı altında cezalandırılmaktadır. Hatta suça hazırlık ve suça teşebbüsün tamamlanmış suçun cezası ile cezalandırıldığı Sovyet hukukunda da hazırlık hareketleri, suça teşebbüs kavramı içinde değerlendirilmemiştir.

Gerek Sovyet doktrininde ve gerek Rusya Federasyonu doktrininde, suça hazırlık ve suça teşebbüs, bunların her ikisini kapsayan “*tamamlanmamış suç*” başlığı altında incelenmektedir. Yani Rusya Federasyonu ceza hukukunda, suça hazırlık ve suça teşebbüs tamamlanmamış suçun iki farklı türünü oluşturmaktadır.

III. SUÇA HAZIRLIK VE SUÇA TEŞEBBÜSÜN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. 1845 TARİHLİ ÇAR RUSYASI’NIN CİNAYET VE ISLAH CEZALARI HAKKINDAKİ KANUNNAMESİ

Çar Rusyası’nın 1845 tarihli Cinayet ve Islah Cezaları Hakkındaki Kanunnamesi’nde, suça teşebbüs cezalandırılmakla birlikte, istisnai olarak hazırlık hareketleri ve düşünce aşaması (kastın belirlenmesi) da cezalandırılmaktaydı. 1845 tarihli Kanunname’nin 7. maddesine göre, “*Yazılı veya sözlü olarak veya başka bir hareketle suç işleme niyetinin belirtilmesi kastın belirlenmesi sayılır. Herhangi bir haksızlık yapılacağı yönünde tehdit, övünme veya teklifte bulunma da kastın belirlenmesi sayılır*”¹². Ancak kanunnamede bu tür bir düşünce açık-

¹¹ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nin Rüşvet Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 10.02.2000 Tarih ve 6 No.lu Genel Kurul Kararı, <http://www.supcourt.ru/documents/own/8360/>, e.t.: 03.05.2020.

¹² KUZNESOVA, Ninel/TYAJKOVA, İrina (Ed.), Kurs Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (C. 1), Moskva 2002, s.362.

lamasının cezalandırılacağına dair genel bir hüküm bulunmaması nedeniyle, düşünce aşaması sadece kanunnamenin özel kısmında açıkça belirtilen suç tiplerinde cezalandırılmaktaydı. Bunlar devlete karşı işlenen bazı suçlardı¹³.

Düşünce aşamasının cezalandırılabilmesine ilişkin bu kural, Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti (RSFSC) ve Rusya Federasyonu ceza kanunlarında bulunmamaktadır.

1845 tarihli Kanunname'nin 8. maddesinde “suç işlemek için araç arama veya edinme” suça hazırlık olarak tanımlanmakla birlikte¹⁴; suça hazırlığın cezalandırılacağına dair genel bir hüküm bulunmaması nedeniyle, suça hazırlık da sadece kanunnamenin özel kısmında açıkça belirtilen suç tiplerinde cezalandırılmaktaydı. Bunlar isyan, kalpazanlık, insan öldürme ve yangın çıkarma suçlarına yönelik hazırlık hareketleriydi¹⁵.

1845 tarihli Kanunname'nin 9. maddesinde suça teşebbüs, “Kötü niyetin icrasına başlanması veya devam edilmesi şeklindeki her türlü hareket suça teşebbüs sayılır” şeklinde tanımlanmış ve teşebbüs halinde tamamlanmış suçun cezasının indirilerek verileceği hükme bağlanmıştır¹⁶.

1845 tarihli Kanunname'nin gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 113. maddesine göre ise “Suça hazırlık veya teşebbüs eden, kendiliğinden hareketlerini durdurarak kastettiğini gerçekleştirmemiş ise, işlemeyi kastettiğinden değil, sadece gerçekleştirdiği hazırlık veya teşebbüs kendi başına suç oluşturduğunda cezalandırılır”¹⁷.

¹³ KUDRYAVSEV, Vladimir/LUNEEV, Viktor/NAUMOV, Anatoliy (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2006, s.234; TAGANSEV, Nikolay, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Çast 1 (1. Bölüm), Po İzdaniyu 1902 Goda (1902 Yılı Baskısına Göre), 2003, <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105>, e.t.: 02.01.2010, s.162,

¹⁴ KUDRYAVSEV, Vladimir/NAUMOV, Anatoliy (Ed.), Uçebnik Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Ders Kitabı), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1996, s.168; TAGANSEV, s.163.

¹⁵ TAGANSEV, s.164.

¹⁶ TAGANSEV, s.165, 167.

¹⁷ TAGANSEV, s.168.

B. 1919 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA HUKUKUNUN REHBER İLKELERİ

1917 tarihli Ekim devriminden sonra Sovyet ceza hukukunun ilk kaynaklarını çeşitli devrim kararnamelemleri oluşturmaktaydı¹⁸. Bu kararnamelerde suç hazırlık ve suç teşebbüsün tamamlanmış suç gibi cezalandırılması gerektiği yönünde doğrudan hükümler bulunmaktaydı¹⁹. Bu tutum, 27 maddesi bulunan ve sadece genel hükümlerden oluşan 1919 tarihli Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri'nde de korunmuştur. Bu metnin, 18., 19. ve 20. maddelerine göre; “18) Failin kendi niyetini gerçekleştirmek için gerekli olduğunu düşündüğü her şeyi icra etmesi, fakat onun elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinde, suçun işlenmesine yönelmiş hareket, suç teşebbüs sayılır. 19) Kişinin suç işlemek için araç, alet veya benzeri şeyleri araması, edinmesi veya elde etmesi suç hazırlık sayılır. 20) Suçu işleyen kişinin niyetini gerçekleştirme evresi kendi başına, failin tehlikelilik derecesine göre belirlenen ceza tedbirine etki etmez”²⁰.

Görüldüğü gibi Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri, suç hazırlık ve suç teşebbüsün tamamlanmış suçun cezasının aynıyla cezalandırılmasını öngörmekle birlikte, bu durumlarda cezanın da failin kişiliğine göre belirleneceğini ifade etmiştir. Bu durum, Sovyet ceza hukukunda pozitivist hukuk okulunun ne kadar etkili olduğunun göstergesidir.

C. 1922 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

1922 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda (RSFSCCK) suç hazırlık, tanımlanmakla birlikte, kural olarak cezalandırılmamaktaydı. 1922 tarihli RSFSCCK'nın 12. maddesine göre; “Suç işlemek için alet, araç arama, edinme veya elde etme ve ortam hazırlama suç hazırlık sayılır. Suç hazırlık, sadece kendi başına suç teşkil ettiğinde cezalandırılır”.

¹⁸ Bunlardan 24.11.1917 tarih ve “Mahkeme Hakkında” isimli 1 no.lu kararnamede Çar Rusyası'nın mevzuatından sadece devrim hükümeti tarafından değiştirilmeyen, devrim vicdanı ve devrim bilincine aykırı olmayan hükümlerin mahkemeler tarafından uygulanabileceği belirtilmekteydi. (NAUMOV, Anatoliy, (Tercüme: Qurbanov H.), Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 1998, s.98).

¹⁹ VELİYEV, Samir, Cinayete Hazırlığa ve Cinayet Etmeye Cehde Göre Mesuliyet Meseleleri, Bakı 2001, s.20-21.

²⁰ KUZNESOVA, s.215.

Ancak hazırlık hareketlerinin kural olarak cezalandırılmayacağı ilkesi, Sovyet ceza hukukunda uzun süreli varlığını koruyamamıştır. Çünkü 10.07.1923 tarihinde 1922 tarihli RSFSCCK'nın 12. maddesi değiştirilmiş ve suça hazırlık halinde, sosyal tehlikeli sayılan kişilere bazı sosyal savunma tedbirlerinin uygulanabileceği konusunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır²¹. Bunlar sürgün, görevden alma ve belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanması şeklindeki sosyal savunma tedbirleriydi²².

1922 tarihli RSFSCCK'da suça teşebbüs ise tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktaydı. 1922 tarihli RSFSCCK'nın 13. maddesine göre; *“Fail amacını gerçekleştirmek için gerekli olan her şeyi yapamadığında veya gerekli olduğunu düşündüğü her şeyi yapmasına rağmen, elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi halinde, suç işlemeye yönelik hareketler suça teşebbüs sayılır”*. Bu Kanununun 14. maddesine göre ise *“Herhangi bir suça teşebbüs, işlenmiş suç gibi cezalandırılır; bunun yanında zararlı neticelerin yokluğu veya azlığı mahkeme tarafından cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınabilir. Teşebbüs edenin kendi isteğiyle tamamlanmayan suçta ise, fail somut olarak işlediği suçtan cezalandırılır”*.

D. 1926 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

1926 tarihli RSFSCCK'da hem suça hazırlık hem de suça teşebbüs tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktaydı.

1926 tarihli RSFSCCK'nın 19. maddesine göre; *“Herhangi bir suça teşebbüs, aynı şekilde suç işlemek için alet, araç arama veya elde etme ve ortam yaratma olarak ortaya çıkan suça hazırlık hareketleri, işlenmiş suç gibi takip edilir; bunun yanında mahkeme ıslah edici sosyal savunma tedbirlerini seçerken failin tehlikeliliğini, hazırlık veya teşebbüsü, failin neticeye yakınlığını ve suçun tamamlanmamasının sebeplerini dikkate alır. Failin gönüllü vazgeçmesi sonucu kastedilen suçun işlenmemesi durumunda mahkeme sadece failin somut olarak gerçekleştirdiği davranışlardan dolayı sosyal savunma tedbirlerine hükmeder”*.

²¹ TRAYNİN, Aron, “Ugolovnaya Otvetstvennost za Prigotovitelniye k Prestupleniyu Deystviya (Suça Hazırlık Hareketlerinden Dolayı Ceza Sorumluluğu)”, *Sosialistiçeskaya Zakonnost*, 1953, No:12, s.28.

²² VELİYEV, s.23.

Suçta hazırlığa ilişkin norm, 30'lu ve 40'lı yıllarda ağır hukuk ihlallerinin yaşanmasına neden olmuştur. Bu dönemde, ispat edilemeyen “terör eylemine hazırlık” davalarında çoğu kez suçta hazırlık hükmüne başvurulmuş ve cezaya hükmedilmekteydi. Bu “terör eylemleri”ni de genellikle Stalin ve dava arkadaşlarına yönelik eylemler oluşturmaktaydı²³. Çünkü Sovyet ceza kanunlarında devrim karşıtı saiklerle iktidar temsilcilerine karşı yapılan eylemler, terör eylemi sayılmaktaydı.

1926 tarihli RSFSCK'nın yürürlükte olduğu dönemde, RSFSK Yüksek Mahkemesi suçta teşebbüsten dolayı ölüm cezasının da verilebileceğine karar vermiştir²⁴.

E. 1960 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

1960 tarihli RSFSCK'da da hem suçta hazırlık hem de suçta teşebbüs tamamlanmış suç gibi cezalandırılmaktaydı²⁵.

1960 tarihli RSFSCK'nın 15. maddesine göre; “Suç işlemek için alet veya araç arama veya elde etme ve kasten farklı ortam yaratma suçta hazırlık sayılır. Doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş kasıtlı hareketler, suç suçlunun²⁶ elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suçta teşebbüs sayılır. Suçta hazırlık ve suçta teşebbüsten dolayı ceza, ilgili suç için sorumluluk öngören bu

²³ KUDRYAVSEV/NAUMOV (Ed.), s.168; KUZNESOVA/TYAJKOVA (Ed.), s.37.

²⁴ 03.09.1956 tarihinde gerçekleşen bir olayda; S, ormanda A'ya cinsel saldırıda bulunduktan sonra, işlediği suçu gizlemek için, mağduru karından ve göğsünden çok kez bıçaklamış ve mağdurun öldüğünü zannederek olay yerinden kaçmıştır. Ancak mağdur ormanda bulunan başka kişiler tarafından bulunmuş, hastaneye kaldırılmış ve yaralı olarak kurtarılmıştır. RSFSK Yüksek Mahkemesi insan öldürme suçuna teşebbüs halinde ölüm cezasının verilemeyeceğine ilişkin kanunda bir hükmün bulunmadığını gerekçe göstererek, ilk derece mahkemesinin sanık S hakkında verdiği ölüm cezasını onamıştır. (Bkz. TİŞKEVİÇ, İvan, Prigotovleniye i Pokuşeniye po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Hazırlık ve Teşebbüs), Moskva 1958, s.178-179).

²⁵ Bununla birlikte uygulamada, kural olarak suç için öngörülen seçimlik cezalardan hafif olanın seçilmesi veya cezanın üst sınırdan belirlenmemesi suretiyle, suçta hazırlık suçta teşebbüse oranla, suçta teşebbüs ise tamamlanmış suçta oranla daha hafif ceza ile cezalandırılmaktaydı. (KRİGER, German/KURİNOV, Boris/TKAÇEVSKİY, Yuriy (Ed.), Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1981, s.245).

²⁶ Kanundaki “suçlu” ifadesi doktrinde eleştirilmiştir. Çünkü bir kimsenin suçlu sayılabilmesi için suçu işlediğine dair kesinleşmiş mahkeme kararının bulunması gerekir. (SEMENDE-ROV, Firudin, Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 2007, s.330). Kanaatimizce de kanunda “suçlu” yerine “fail” veya “kişi” ifadesinin kullanılması daha isabetli olurdu.

Kanunun özel kısmındaki madde hükmüne göre belirlenir. Mahkeme cezaya hükmederken suçlunun hareketinin sosyal tehlikelilik derecesini ve özelliğini, saikini ve suçun tamamlanmama nedenlerini dikkate alır”.

Gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 16. maddeye göre ise; *“Suçu tamamlamaktan gönüllü vazgeçen kişi, sadece işlediği fiil esasen başka bir suç oluşturduğunda ceza sorumluluğu taşır”.*

F. 1996 TARİHLİ RUSYA FEDERASYONU CEZA KANUNU

Önceki 1960 tarihli RSFSCCK’den farklı olarak, yürürlükteki 1996 tarihli RFCK’da suça hazırlık ve suça teşebbüs halinde ceza indirimi öngörülmüştür (m.66). Yine 1960 tarihli RSFSCCK’den farklı olarak, 1996 tarihli RFCK’ya göre, sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmakta; hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır (m.30/2).

“Tamamlanmış ve tamamlanmamış suç” başlıklı RFCK’nın 29. maddesine göre; *“1. Kişinin işlediği fiilde bu Kanunda öngörülen suç tipinin bütün unsurları mevcutsa, suç tamamlanmış sayılır. 2. Suça hazırlık ve suça teşebbüs tamamlanmamış suç sayılır. 3. Tamamlanmamış suçtan dolayı ceza sorumluluğu, bu Kanunun 30. maddesine atıfta bulunmak suretiyle, bu Kanunun tamamlanmış suç için sorumluluk öngören madde hükmüne göre belirlenir”.*

“Suça hazırlık ve suça teşebbüs” başlıklı RFCK’nın 30. maddesine göre ise; *“1. Kişinin suçun alet veya araçlarını araması, hazırlaması veya elde etmesi, suç ortağı araması, suç işlemek için anlaşma ya da suç işlemek için kasten farklı ortam yaratma, suç kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça hazırlık sayılır. 2. Sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık ceza sorumluluğuna sebep olur. 3. Kişinin doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş kasıtlı hareketleri (hareketsizlik), suç kişinin elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamışsa, suça teşebbüs sayılır”.*

IV. SUÇA HAZIRLIĞIN UNSURLARI

A. SÜBJEKTİF (MANEVİ) UNSUR

Suçta hazırlık, sadece kasıtlı suçlar bakımından mümkündür. Taksirli suçlara hazırlık mümkün değildir.

Suçta hazırlık halinde ceza sorumluluğundan söz edilebilmesi için failin suç işleme kastının kesin olarak ispat edilmiş olması da gerekmektedir²⁷. Ancak bu durumlarda failin suç işleme kastını ispat etmek kolay değildir. Çünkü sadece hazırlık hareketlerine bakılarak failin hangi suçu işleyeceğini saptamak olanaklı değildir. Üzerinde bıçakla yakalanan kimse bu bıçakla yaralama suçunu işleyebileceği gibi tehdit, mala zarar verme, yağma suçunu da işleyebilir²⁸. Yine bomba yapmak için gerekli malzemeyi temin ederek bombayı imal eden, fakat henüz herhangi bir yere yerleştirmeyen failin suç kastının hangi suçu işlemeye yönelik olduğunu ispat etmek kolay değildir. Kanaatimizce bu tür durumlarda “şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin uygulanması isabetli olur. Eğer yukarıdaki örnekte failin suç kastının ağır ve nitelikli ağır değil de hafif veya orta dereceli bir suça yönelik olabileceği hususunda tereddüt varsa faile sadece patlayıcı madde hazırlama (RFCK m.223.1) suçundan ceza verilmesi gerekir. Failin suç kastının hangi ağır veya nitelikli ağır suça yönelik olduğu hususunda tereddüt bulunduğu durumlarda ise faile bu suçlardan cezası az olan suça hazırlıktan ceza verilmesi gerekir.

Rusya Federasyonu doktrininde, olası kastla suçta hazırlığın mümkün olmadığı konusunda görüş birliği bulunmaktadır²⁹. Örneğin “gerekebilir” düşüncesiyle tabanca elde eden kişi, insan öldürme suçuna hazırlıktan sorumlu olmaz. Ancak bu örnekte, fail ruhsatsız silah bulundurma (RFCK m.222) suçundan sorumlu olabilir³⁰.

Ayrıca Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi’nin Kasten Öldürme Suçlarına İlişkin Mahkeme Uygulamaları Hakkındaki 27.01.1999 tarih ve 1 No.lu

²⁷ KUZNESOVA, s.255.

²⁸ AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C:55, S:1, s.92.

²⁹ VELİYEV, s.80.

³⁰ SEMENDEROV, s.328.

Genel Kurul kararında³¹ insan öldürmeye teşebbüsün sadece doğrudan kastla mümkün olabileceği belirtildiğine göre³², suça hazırlığın da sadece doğrudan kastla mümkün olabileceğini kabul etmek gerekir. Çünkü uygulamada Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul kararlarının mahkemeleri bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir³³.

B. OBJEKTİF UNSUR (CEZALANDIRILABİLİR HAZIRLIK HAREKETLERİ)

1. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Arama

Suç aletini, somut suçu işlemeye elverişli olan her türlü eşya şeklinde anlamak gerekir. Yani suç aleti doğrudan suçun işlenmesinde kullanılan eşyalardır. Suç aracı ise suçun işlenmesine yardım eden, onun işlenmesini kolaylaştıran eşyalardır³⁴. Örneğin kasten öldürme suçunda bıçak veya tabanca suç aletidir, bayıltıcı sprey ise suç aracıdır³⁵.

Aynı eşya bir suçta alet iken, başka bir suçta araç olabilir. Örneğin hırsızları taşımak için kullanılmak istenen otomobil hırsızlık suçu için bir araçtır. Buna karşılık mağduru ezerek öldürmek için kullanılmak istenen otomobil ise kasten öldürme suçu için bir alettir³⁶. Suç aleti ve suç aracı ayrımının, cezaya etkisi bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

³¹ Rusya Federasyonu Anayasası'nın 126. maddesine göre; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi, mahkeme uygulamalarına ilişkin açıklama yapma yetkisine sahiptir. Rusya Federasyonu Mahkemelerinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunun 56. maddesine göre, bu yetki Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Genel Kurulu tarafından kullanılır.

³² Karar için bkz. <http://www.supcourt.ru/documents/own/7794/>, e.t.: 02.05.2020.

³³ SMİRNOV Andrey, "O Yuridicheskoy Sile Postanovleniy Plenuma Verhovnogo Suda Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul Kararlarının Hukuki Gücü Hakkında)", Oteçestvennaya Yurisprudensiya, 2016, No:12 (14), <https://legalscience.ru/images/PDF/2016/14/o-yuridicheskoy-sile-postanovlenij.pdf>, e.t.: 02.05.2020.

³⁴ KOROLKOV, A. (Ed.), Kommentariy k Ugolovnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Şerhi), Moskva 2004, s.85.

³⁵ İVANOV, Nikita, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2003, s.248.

³⁶ KOROLKOV (Ed.), s.85.

Doktrinde, suç işlemek amacıyla alet veya araç aramanın, bunları “arayıp bulma” şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir³⁷. Çünkü failin suçun alet ve araçlarını sadece araması, düşünce aşaması sayılır ve cezalandırılmaz³⁸. Örneğin bir kimsenin başkasına silahının bulunup bulunmadığını sorması veya failin silah satılan yeri tespit etmesi gibi davranışlar, suça hazırlık değil düşünce aşaması sayılır³⁹.

Suç işlemek amacıyla alet veya araç arama yönteminin hukuka aykırı veya hukuka uygun olması önemli değildir. Bunlar satın alma, kiralama, takas, hırsızlık veya başka şekilde ortaya çıkabilir⁴⁰. Ancak suç aleti veya aracı başka bir suçun işlenmesi yoluyla elde edilmişse, fail ayrıca ilgili suçtan da sorumlu olur. Örneğin, fail insan öldürmek için silah çalmışsa, hem silah çalma (RFCK m.226) suçundan, hem de insan öldürme suçuna hazırlıktan sorumlu olur⁴¹.

Bir görüşe göre kanunda “arama” teriminin kullanılması nedeniyle, arama olmaksızın suç aletini veya aracını failin hediye sonucu edinmesi veya failin bunları tesadüfen yerde bulması suça hazırlık olarak değerlendirilemez. Yine, failin suç işleme kararını gerçekleştirmek için yerden sıradan bir eşya alması suça hazırlık sayılmaz. Ancak failin bu eşyaları yerden seçerek alması suça hazırlık sayılır. Bu görüşü savunan yazara göre bu tür hareketlerin de hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirilebilmesi için kanunda “arama” yerine “edinme” teriminin kullanılması daha isabetli olurdu⁴². Kanaatimizce, failin yerden sıradan bir eşya alması suç işlemek amacıyla alet veya araç arama sa-

³⁷ VELİYEV, s.59; TİŞKEVİÇ, s.38; RAROG Aleksey (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2008, s.179; İVANOV, s.247; VETROV, Nikolay, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2002, s.192; MAGOMEDOV, Asbeg, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997, s.57; SOLOPANOV, Yulian (Ed.), Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1981, s.93; NAZARENKO, Gennadiy, Russkoye Ugolovnoye Pravo (Rus Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2005, s.118; ZAGORODNİKOV, Nikolay, Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1975, s.118.

³⁸ RAROG (Ed.), s.180.

³⁹ VELİYEV, s.59.

⁴⁰ REVİN, Valeriy (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2000, s.204.

⁴¹ İVANOV, s.247.

⁴² RAROG (Ed.), s.179-180.

yılmasa da suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma olarak suça hazırlık kapsamında değerlendirilebilir.

Suç işlemek amacıyla alet veya araç aramanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, aranan alet veya aracın ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesine yönelik olması gerekir (RFCK m.30/2).

2. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Hazırlama

Herhangi bir yöntemle suç aleti veya aracı hazırlama, suça hazırlık kapsamında değerlendirilir⁴³. Örneğin failin hırsızlık yapmak için evin kapısına uygun anahtar hazırlaması⁴⁴, otlardan zehir hazırlanması veya sahte para basmak için makine hazırlanması⁴⁵ böyledir.

Suç işlemek amacıyla alet veya araç hazırlamanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, hazırlanan alet veya aracın ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesine yönelik olması gerekir (RFCK m.30/2).

3. Suç İşlemek Amacıyla Alet veya Araç Elde Etme

Suç işlemek amacıyla alet veya araç elde etme, failin elinde bulunan eşyanın suçun işlenmesini sağlayacak veya kolaylaştıracak şekilde işlenerek, suç aleti veya suç aracı elde edilmesidir⁴⁶. Örneğin bıçağın bilenmesi, şarabın zehirle karıştırılması⁴⁷, tornavidanın ucunun sivrileştirilerek insan öldürmeye elverişli hale getirilmesi⁴⁸ veya bozuk silahın tamir edilerek suçun işlenmesine elverişli hale getirilmesi böyledir⁴⁹.

⁴³ RAROG (Ed.), s.180.

⁴⁴ NAUMOV, s.297.

⁴⁵ Türk ceza hukukunda sahte para basmak için makine hazırlama eylemi, bağımsız suç olarak cezalandırılmaktadır. TCK'nın 200. maddesine göre; "*Paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır*".

⁴⁶ TIŞKEVİÇ, s.38-39.

⁴⁷ İVANOV, s.247.

⁴⁸ NAUMOV, s.297.

⁴⁹ SEMENDEROV, s.327.

Suç işlemek amacıyla araç veya alet elde etmede, bunları hazırlamadan farklı olarak fail gereken eşyalara zaten sahiptir, sadece bu eşyaların suçta etkili bir şekilde kullanılabilmesi için biraz daha işlenmesi gerekmektedir⁵⁰.

Suç işlemek amacıyla alet veya araç elde etmenin suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, elde edilen alet veya aracın ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesine yönelik olması gerekir (RFCK m.30/2).

4. Suç İşlemek Amacıyla Suç Ortağı Arama

Failin para verme, ikna etme, vaatte bulunma, şantaj veya tehditte bulunma gibi yöntemlerle kişileri suç işlemeye yönlendirmesi, suç işlemek amacıyla suç ortağı arama sayılır⁵¹. Bu tür bir hazırlık hareketi genellikle azmettiren için söz konusu olmaktadır⁵².

Suç işlemek amacıyla suç ortağı aramadan dolayı sorumluluk, aynı zamanda suça iştiraki düzenleyen RFCK'nın 34/5. maddesinde “*Diğer kişileri elinde olmayan nedenlerle suç işlemeye ikna edemeyen kişi, suça hazırlıktan sorumlu olur*” şeklinde hükme bağlanmıştır⁵³.

⁵⁰ İVANOV, s.247.

⁵¹ NAZARENKO, s.119.

⁵² Moskova Bölge Mahkemesi'nin 05.10.2010 tarihli kararına konu olan olayda; boşandığı kocası Saçkov A'yı öldürmek isteyen Saçkova T, bu niyetini gerçekleştirebilmek için kiralık katil aramış, ancak onun bu niyeti kolluk makamları tarafından öğrenilmiştir. Bunun üzerine adli makamların bilgisi dâhilinde kolluk görevlisi İsayev O, kiralık katil rolünde (tahrikçi ajan), Saçkova T ile irtibata geçerek Saçkov A'yı para karşılığı öldürebileceğini söylemiş ve taraflar 23.10.2009 tarihinde 60.000 ruble karşılığında Saçkov A'nın öldürülmesi konusunda sözde anlaşmışlardır. Daha sonra 28.10.2009 tarihinde, İsayev O, Saçkova T'yi telefonla arayarak Saçkov A'yı öldürdüğünü söylemiş ve vaat edilen parayı ödemesi için kendisiyle buluşmasını teklif etmiştir. Bu buluşma sırasında Saçkova T, kolluk görevlileri tarafından yakalanmıştır. Davaya bakan Moskova Bölge Mahkemesi, Saçkova T hakkında insan öldürme suçuna hazırlıktan 8 sene hapis cezasına hükmetmiş, ancak bu cezanın ertelenmesine karar vermiştir. (Karar için bkz. http://www.mosoblsud.ru/ss_detale.php?id=139185, e.t.: 01.03.2011). Bu olayı Türk ceza hukuku açısından değerlendirirsek, burada herhangi bir suçun oluşmadığı sonucuna varırız. Çünkü Türk ceza hukukunda hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmamaktadır ve olayda tahrikçi ajan İsayev O, herhangi bir icra hareketi gerçekleştirmiş değildir. TCK'nın 40/3. maddesine göre, “*Suçta iştiraktan dolayı sorumlu tutulabilmek için ilgili suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir*”.

⁵³ Bir olayda, mağdur Şirokov'un evine girerek yağma suçunu işlemek isteyen sanık Koskov, suçu birlikte işlemek için K'yı birkaç gün boyunca ikna etmeye çalışmış ve suç işleme planını K'ya anlatmıştır. Aralarında geçen konuşmalardan birisini gizlice kaydeden K, polise başvurmuştur. Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Koskov'un yağma suçuna hazırlıktan ce-

Suç işlemek amacıyla suç ortağı aramanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, failin ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesi için suç ortağı araması gerekir (RFCK m.30/2). Ayrıca failin ortak aradığı suçun, soyut değil somut nitelik taşıması da gerekmektedir⁵⁴.

Suç işlemek amacıyla suç ortağı arama, aynı zamanda Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinde bağımsız suç olarak düzenlenmiştir. Bunlar, kiralık asker toplama (m.359), saldırgan savaş hazırlığı (m.353), silahlı örgüt kurma (m.209) suçlarıdır. Kanun koyucu bu suçları aşırı sosyal tehlikeli olmaları sebebiyle tamamlanmış suç olarak cezalandırmaktadır⁵⁵. Bu suçların işlenmesi durumunda fail sadece söz konusu suçtan sorumlu olur; ayrıca suça hazırlıktan sorumlu olmaz.

5. Suç İşlemek Amacıyla Anlaşma

Ceza ehliyeti bulunan iki veya daha fazla kişinin, bir veya birden fazla suçun işlenmesi için anlaşması, suç işlemek amacıyla anlaşma sayılır⁵⁶.

Suç işlemek amacıyla anlaşma halinde, ilgili suç teşebbüs aşamasına varmamış ise azmettirenin kim olduğu önemli olmaksızın bütün suç ortakları suça hazırlıktan sorumlu olur⁵⁷. Suça iştiraki düzenleyen RFCK'nın 34/5. maddesinde de bu husus, "*Failin⁵⁸ elinde olmayan nedenlerle suçun tamamlanması halinde, diğer suç ortakları suça teşebbüs veya hazırlıktan sorumlu olurlar*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Suç işlemek amacıyla anlaşmanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, failerin ağır veya nitelikli ağır bir suçun işlenmesi için anlaşmış olmaları

zalandırılmasına ilişkin hükmün doğru olduğuna karar vermiştir. (Karar için bkz. 2000 Yılı 5 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/11154/>, e.t.: 02.05.2020).

⁵⁴ KUDRYAVSEV/LUNEEV/NAUMOV (Ed.), s.237.

⁵⁵ KOZAÇENKO, İvan/NEZNAMOVA, Zinaida (Ed.), Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997, s.218.

⁵⁶ VETROV, s.192.

⁵⁷ RAROG (Ed.), s.181.

⁵⁸ Kanunun orijinal metninde "fail" değil, "icracı" anlamına gelen "ispolnitel" terimi kullanılmıştır.

rı gerekir (RFCK m.30/2). Ayrıca anlaşma konusu suçun soyut değil somut nitelik taşıması da gerekmektedir⁵⁹.

6. Suç İşlemek Amacıyla Kasten Farklı Ortam Yaratma

Suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma; alet veya araç arama, hazırlama veya elde etme, suç ortağı arama, suç için anlaşma dışında kalan ve failin kastını gerçekleştirmek için gerekli ortamı oluşturan diğer hareketleri kapsamaktadır⁶⁰. Örneğin ilerde işlenecek suçu kolaylaştırmak için evin elektrik kablolarını tahrip etme, köpekleri zehirlenme⁶¹, suçun işleneceği yerin hazırlanması, muhtemel tanığı öldürme, alarm sistemini inceleme⁶², alarm sistemini tahrip etme, dikkatleri başka yere çekmek için panik yaratacak olayları gerçekleştirme⁶³, muhtemel engelleri ortadan kaldırma⁶⁴, pusu kurma gibi davranışlar, suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma sayılır.

SSCB Yüksek Mahkemesi bir olayda, failin cinsel saldırı amacıyla mağdurun bulunduğu yere gelmesini, cinsel saldırı suçuna hazırlık olarak değerlendirmiştir⁶⁵.

Doktrinde suç işlemek için plan hazırlama da hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁶. Ancak TİŞKEVİÇ'e göre; failin suç işlemek için plan hazırlaması, başkaları tarafından öğrenilse bile, düşünce aşaması sayılır.

⁵⁹ KUDRYAVSEV/LUNEEV/NAUMOV (Ed.), s.237.

⁶⁰ VELİYEV, s.63.

⁶¹ MAGOMEDOV, s.57.

⁶² RAROG (Ed.), s.181.

⁶³ SEMENDEROV, s.327-328.

⁶⁴ ZAGORODNİKOV, s.118.

⁶⁵ SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 26.01.1972 Tarihli Kararı: "Timohin ilk soruşturmada ve mahkemede, kadının (Z'nin) bulunduğu yere ona cinsel saldırıda bulunmak amacıyla geldiğini, ancak polisleri görünce kaçtığını ifade etmiştir. Timohin, eğer polislerle karşılaşmasaydı, Z'ye cinsel saldırıda bulunacağını da itiraf etmiştir. Timohin'in, Z'ye cinsel saldırıda bulunmak amacıyla suç mahaline gelmesi cezalandırılmayan düşünce aşaması olarak değerlendirilemez. Onun davranışları cinsel saldırının gerçekleştirilmesine imkân sağlamaya yönelik olduğundan cinsel saldırı suçuna hazırlık olarak değerlendirilmelidir". (http://www.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow DocumID_33318.html, e.t.: 22.01.2010).

⁶⁶ RAROG (Ed.), s.181; KOZAÇENKO/NEZNAMOVA (Ed.), s.219; SEMENDEROV, s.327; VELİYEV, s.65.

Suç planı hazırlama, sadece birden fazla fail tarafından yapıldığında, suça hazırlık sayılır⁶⁷.

Failin, suç işlendikten sonra ceza sorumluluğundan kurtulmasına yardım edecek hareketleri de suça hazırlık kapsamında değerlendirilir. Örneğin failin sahte pasaport, peruk, bıyık veya sakal hazırlaması böyledir⁶⁸. Yine failin çalınacak malları saklamak için depo kiralaması veya öldürülecek kişinin cesedini saklamak için çukur kazması gibi hareketler de suça hazırlık sayılır⁶⁹.

Suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratmanın suça hazırlık olarak cezalandırılabilmesi için, işlenmesine ortam yaratılan suçun ağır veya nitelikli ağır bir suç olması gerekir (RFCK m.30/2).

Kişinin suçun alet veya araçlarını araması, hazırlaması veya elde etmesi, suç ortağı araması ve suç işlemek için anlaşma şeklinde ortaya çıkan suça hazırlık, ihmali davranışla yapılamaz. Ancak suç işlemek amacıyla kasten farklı ortam yaratma şeklinde ortaya çıkan suça hazırlık, ihmali davranışla da yapılabilir. Örneğin depoyu korumakla görevli olan bekçinin depo kapısını açık bırakması böyledir⁷⁰.

V. SUÇ HAZIRLIĞIN SOSYAL TEHLİKELİLİĞİ VE CEZALANDIRILMA SORUNU

1960 tarihli RSFSCCK tasarısının hazırlandığı dönemde suça hazırlığın cezalandırılmasının gerekip gerekmediği tartışmalara neden olmuştur. Bu konudaki birinci görüş⁷¹, suça hazırlığın her suç bakımından cezalandırılması gerektiğine ilişkin genel kuralın, ceza kanununda bulunması gerektiğini ileri sürmekteydi. Ancak bu görüşü savunan yazarlar, suça hazırlıkta ceza sorumluluğunun aşırı genişletilmemesi için “*az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan hareketler suç sayılmaz*” kuralının da ceza kanununda muhafaza edilmesi gerektiğini savunmaktaydılar. Bu görüşe göre, bu kural sayesinde önemsiz sayılabilecek hazırlık hareketleri cezalandırılmamış olacaktı.

⁶⁷ TİŞKEVİÇ, s.52-53.

⁶⁸ TAGANSEV, s.163; İVANOV, s.248.

⁶⁹ VELİYEV, s.64.

⁷⁰ RAROG (Ed.), s.183.

⁷¹ TRAYNİN, s.28 vd.; KUZNESOVA, s.285-287. Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. VELİYEV, s.90-91.

İkinci görüş⁷² ise, suça hazırlığın cezalandırılmasının ceza sorumluluğunu aşırı derecede genişlettiğini, dürüst insanların asılsız bir şekilde cezalandırılması sonucunu doğurabileceğini, bu hareketleri gerçekleştiren failin kastını tespit etmenin zor olduğunu, gönüllü vazgeçme ihtimalinin yüksek olduğunu ve bu nedenle suça hazırlığın sadece özel kısımda öngörülen bazı suçlar bakımından cezalandırılması gerektiğini ileri sürmekteydi. Bu görüşe göre, hazırlık hareketleri zaten az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli değildir ve hazırlık hareketlerinin suç sayılıp sayılmayacağına kanun koyucunun karar vermesi gerekirken, “*az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmayan hareketler suç sayılmaz*” kuralı nedeniyle bu yetki mahkemelere devredilmiş olmaktadır.

1947 tarihli SSCB Ceza Kanunu Tasarısı ikinci görüşe yer vererek, suça hazırlığın cezalandırılmasını sadece ceza kanununun özel kısmında düzenlenen bazı suçlar bakımından kabul etmişti⁷³. Ancak sonraları bu tasarı kanunlaşmamış ve birinci görüşe yer veren 1960 tarihli RSFSCCK kabul edilmiştir.

1960 tarihli RSFSCCK’da herhangi bir suça hazırlık için ceza sorumluluğu öngörülmekteydi. Ancak bununla birlikte uygulamada hazırlık hareketleri çoğu zaman cezalandırılmamaktaydı⁷⁴. Hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığına ilişkin örnekler ise genellikle ağır suçlara⁷⁵ yönelik olan hazırlık hareketleriydi⁷⁶.

⁷² SERETELİ, Tinatin, “Nakazuyemost Prigotovleniya k Prestupleniyu po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suça Hazırlığın Cezalandırılabilirliği)”, *Sosialistiçeskaya Zakonnost*, 1954, No:12, s.10 vd.; TİŞKEVİÇ, s.78-79; Bu görüşü savunan diğer yazarlar için bkz. VELİYEV, s.89-90; KUZNESOVA, s.280-283.

⁷³ DURMANOV, Nikolay, *Stadii Soverşeniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri)*, Moskva 1955, s.94.

⁷⁴ Bu durumun bir sebebi hazırlık hareketlerinde failin kastının ispat edilmesinin çoğu zaman mümkün olmamasıydı. Diğer sebebi ise suçun tamamlanmasından çok uzak olan bu hareketlerin, genellikle az önemli olmaları sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmamasıydı. (GRİŞAEV, Pavel/ZDRAVOMISLOV, Boris, *Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Çast Obşaya (Genel Kısım)*, Moskva 1982, s.199). Çünkü 1960 tarihli RSFSCCK’nın 7/2. maddesinde “*Bu Kanunun özel kısmında öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket veya hareketsizlik suç sayılmaz*” hükmü yer almaktaydı.

⁷⁵ 1960 tarihli RSFSCCK’da suçlar, basit ve ağır olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Ağır suçların tamamı kanunun 7/1. maddesinde açıkça sayılmaktaydı.

⁷⁶ KRİGER, German/KUZNESOVA, Ninel/TKAÇEVKİY, Yuriy (Ed.), *Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım)*, Moskva 1988, s.167.

Bu durumun bir sebebi hazırlık hareketlerinde failin kastının ispat edilmesinin çoğu zaman mümkün olmamasıydı. Diğer sebebi ise suçun tamamlanmasından çok uzak olan bu hareketlerin, genellikle az önemli olmaları sebebiyle sosyal tehlikeli sayılmamasıydı⁷⁷. Çünkü 1960 tarihli RSFSCCK'nın 7/2. maddesinde “*Bu Kanunun özel kısmında öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket veya hareketsizlik suç sayılmaz*” hükmü yer almaktaydı.

1996 tarihli RFCK'da ise sadece ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık cezalandırılmakta, hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır.

Her ne kadar da kanunda ağır ve nitelikli ağır suçlara (üst sınırı 5 seneden fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı suçlara) hazırlık için ceza sorumluluğu öngörülmüş ise de uygulamada suça hazırlığın cezalandırıldığına ilişkin örneklerle sık rastlanmamaktadır⁷⁸. Bunun sebeplerinden birisi suça hazırlık halinde, ceza muhakemesi açısından failin suç işleme kastının ispat edilmesinin zor olmasıdır⁷⁹. Bir diğer sebebi ise ağır ve nitelikli ağır suçlara yönelik olsa bile hazırlık hareketlerinin çoğu zaman RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesidir⁸⁰. Söz konusu maddeye göre; “*Bu Kanunda öngörülen herhangi bir fiilin unsurlarını biçimsel olarak içerse bile, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan hareket (hareketsizlik) suç sayılmaz*”.

Bu düzenleme nedeniyle, Rusya Federasyonu ceza hukukunda bir fiilin suç sayılması için ceza kanununda yazılı suç tipine uygun olmasının yeterli olmadığı, ayrıca “sosyal tehlikeli” olması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹.

Dolayısıyla ağır ve nitelikli ağır suçlara yönelik olsa bile hazırlık hareketlerinin biçimsel olarak tespit edilmesi, tek başına cezalandırma için yeterli de-

⁷⁷ GRİŞAEV/ZDRAVOMISLOV, s.199.

⁷⁸ ZAGORODNİKOV, s.118; SEMENDEROV, s.328.

⁷⁹ GRİŞAEV/ZDRAVOMISLOV, s.199.

⁸⁰ Uygulamada suça hazırlığın az önemli olduğu durumlarda genellikle soruşturma evresinde takipsizlik kararı verilmekte ve dolayısıyla ceza davası açılmamaktadır. Bu yüzden suça hazırlığa RFCK'nın 14/2. maddesinin uygulandığı mahkeme kararlarına pek rastlanmamaktadır. (VETROV, s.193).

⁸¹ Suçun sosyal tehlikelilik özelliği ve RFCK'nın 14/2. maddesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HÜSEYİNOĞLU, Emin, “Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, 2018, C:76, S:1, s.132-139.

ğildir. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi için onların ayrıca sosyal açıdan tehlikeli olduğunun mahkemece tespit edilmiş olması gerekir⁸². Mahkeme tarafından bu tespit yapılırken somut olayın bütün özellikleri⁸³, özellikle de hukuki konunun önem derecesi, bu hareketlerin suçun icrasına yakınlığı ve neticenin gerçekleşmesindeki önem derecesi dikkate alınmalıdır⁸⁴.

Örneğin karısını boğarak öldürmeye karar veren failin kablo temin etmesi, biçimsel olarak insan öldürme suçuna hazırlık olarak değerlendirilebilir. Ancak böyle bir amacın icrasının zorluğu, bu hareketin suçun icrasından zaman olarak çok uzak olması, mağdur için doğrudan tehlike doğurmaması, bu hareketi sosyal açıdan tehlikesiz veya önemsiz kılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir hareket kolaylıkla RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilebilir ve bu nedenle suç sayılmayabilir⁸⁵.

Durmanov'a göre; suç aletinin hazırlanması için malzeme arama, günlük hayatta kullanılan (kibrit, ip, balta gibi) eşyaların elde edilmesi, gelecekte işlenecek suç için failin antrenman yapması gibi suçun işlenmesinden çok uzak olan hazırlık hareketleri az önemli oldukları için sosyal tehlikeli sayılmamalı ve cezalandırılmamalıdır⁸⁶.

Kuznesova'ya göre; fail tarafından gerçekleştirilen hazırlık hareketleri suçun işlenmesinden çok uzak ise, somut suçun işlenmesi için yeterli imkan yaratmıyorsa, az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli değildirler ve cezalandırılmazlar. Örneğin insan öldürmek isteyen fail bıçak satın almak için pazara gitmiş, ancak parası yetmediği için bıçağı satın alamamışsa; konutta hırsızlık yapmak isteyen fail gürültü çıkarmayan ayakkabı satın almak için mağazaya gelmişse, bu hareketler az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmazlar. Yine suç işlemek için ortak arayan failin “ağız yoklamak” amacıyla komşusuna belli bir suçu işleyeceğini söyleyerek onun bu konudaki fikrini sorması, az önemli olduğu için, cezalandırılabilir bir hazırlık hareketi değildir⁸⁷.

⁸² KUZNESOVA, s.264.

⁸³ DURMANOV, s.73.

⁸⁴ KUZNESOVA, s.152.

⁸⁵ NAUMOV, s.299-300.

⁸⁶ DURMANOV, Nikolay, Ponyatiye Prestupleniye (Suç Kavramı), Leningrad 1948, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1555.html, e.t.: 14.11.2009. s.268.

⁸⁷ KUZNESOVA, s.249, 259.

Rarog'a göre; suça hazırlık hareketlerinin sınırlandırılmayarak, “suç işlemek için kasten farklı ortam yaratma” gibi bir ifadenin ceza kanununda kullanılması, cezalandırılmaması gereken düşünce aşamasının da cezalandırılması sonucunu doğurabilir. Çünkü hazırlık hareketleri ile düşünce aşamasının birbirinden ayrılması kolay değildir. Ayrıca, kanunda suça hazırlık hareketleri arasında sayılan hareketlerin önem derecesi farklı olabilir. Bunlar tesadüfi veya gerekli, önemli veya önemsiz olabilirler. Örneğin hırsızlık için maymuncuk hazırlama, mağduru yaralamak için muşta hazırlama, dolandırıcılık için sahte belge hazırlama gibi hareketler önemli ve gerekli oldukları için suça hazırlık olarak değerlendirilebilirler. Buna karşılık, çalınacak malların taşınması için failin torba elde etmesi gibi bir hareket, hırsızlık suçunun işlenmesi bakımından önemli bir hareket olmayıp ikincil, tesadüfi değer taşımaktadır. Çünkü hırsızlık suçunun niteliği veya işleniş şekli bu harekete bağlı değildir ve bu hareket failin suç işleme kararının icrasına başladığını göstermez. Bu yüzden çalınacak malları taşıyabilmek için torba elde edilmesi, failin antrenman yapması veya zehir hazırlamak için pet şişe satın alınması gibi hareketler düşünce aşaması sayılmalı ve cezalandırılmamalıdır⁸⁸. Yine bazı yazarlara göre; failin cesaretlenmek amacıyla bira içmek için birahaneye gitmesi, dua etmesi, yakınlarına veda mektubu yazması gibi hareketler, suça hazırlık değil, düşünce aşaması sayılır. Çünkü bu hareketler fail için önemli ise de ceza hukuku açısından önemsiz hareketlerdir. Bu hareketler hukuki konu için herhangi bir tehlike doğurmadığı gibi, suçun işlenmesine ortam da yaratmamaktadırlar⁸⁹.

Suçta hazırlığın cezalandırılabilmesi için hazırlık hareketlerinin kesilmesinin failin elinde olmayan nedenlerle meydana geldiğinin ispat edilmiş olması da gerekmektedir. Çünkü bu süre içerisinde fail suçun işlenmesinden gönüllü vazgeçmiş olabilir⁹⁰.

⁸⁸ RAROG (Ed.), s.182-183.

⁸⁹ KUZNESOVA, s.260.

⁹⁰ İGNATOV/KRASİKOV (Ed.), s.127-128; Bir olayda, zorunlu çalışma kampında hükümlü olan S ve K, firar etmek için sahte belge hazırlamış, ancak daha sonra planladıkları suçu gerçekleştirmek için başkaca bir faaliyette bulunmamışlardır. İlk derece mahkemesi sanıklar hakkında hükümlünün firar etmesi suçuna hazırlıktan cezaya hükmetmiş, ancak SSCB Yüksek Mahkemesi Genel Kurulu, “dosyada sanıkların iradeleri dışında firar edemediklerine ilişkin bir veri bulunmamaktadır” demek suretiyle sanıkların hükümlünün firar etmesi suçuna hazırlıktan sorumlu tutulamayacaklarına karar vermiştir. (1943 Yılı SSCB Yüksek Mahkemesi Genel Kurul ve Ceza Daireleri Kararlar Dergisi, Moskva 1978, s.19. (Bkz. KUZNESOVA, s.153)).

Yukarıda belirtilen nedenlerle, uygulamada hazırlık hareketleri genellikle cezalandırılmamakta ise de özellikle iştirak halinde işlenmek istenen suçlarda suça hazırlığın cezalandırıldığına ilişkin örneklerle rastlanmaktadır⁹¹.

Tagansev'e göre; bir kimsenin zehir satın alması, hırsızlık için maymun-cuk hazırlaması, onun suç işleyeceği konusunda bir tahminde bulunmaktan öte-ye geçmemektedir. Çünkü bu davranışları sergileyen failin suçun icrasına baş-laması için yeterli cesarete sahip olup olmadığı bilinmemektedir⁹².

Sereteli'ye göre; neticeden çok uzak olmaları ve hukuki konu için gerçek tehlike yaratmamaları sebebiyle hazırlık hareketleri kural olarak sosyal tehlikeli değildirler. Uygulamada da suça hazırlığın sık cezalandırılmadığı dikkate alın-

⁹¹ Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 2004 Tarih ve 5-004-215 No.lu Kararı: “*Sanık Makarov, A'ya para karşılığı ticari rakibi S'yi öldürmesini teklif etmiştir. Bunun üzerine A, aralarında geçen bu konuşmayı içeren teyp kaydını S'ye vererek Makarov'un teklifini S'ye anlatmıştır. Daha sonra A, adli makamlara başvurmuş ve hazırlığı yapılan suçu ihbar etmiştir. Makarov'un hareketi mahkeme tarafından insan öldürme (RFCK m.105/2-z) suçuna teşebbüs (RFCK m.30/3, m.33/3) olarak değerlendirilmiştir. Temyiz mahkemesi ise aşağıdaki gerekçeyle Makarov'un hareketinin insan öldürme (RFCK m.105/2-z) suçuna hazırlık (RFCK m.30/1, m.33/3) olduğuna karar vermiştir: Mahkeme Makarov'un hareketlerini kiralık katil yöntemiyle S'nin ölümünü organize etmek olarak değerlendirmiştir. O insan öldürmeyi organize eden olarak, suçun işlenmesi için plan hazırlamış, fail (A'yi) bulmuş ve ona para ödemiştir. Ancak suç, Makarov'un elinde olmayan nedenlerle tamamlanmamıştır. Çünkü onun kiraladığı fail hazırlığı yapılan suçu S'ye ve adli makamlara bildirmiştir. Mahkeme somut olayı doğru olarak tespit etmekle birlikte, hukukî açıdan olayı doğru değerlendirmemiştir. Makarov'un yaptığını, doğrudan doğruya mağdurun öldürülmesine yönelik hareketlerin gerçekleşmemiş olması nedeniyle suça teşebbüs olarak değil, suça hazırlık olarak değerlendirmek gerekir*”. (2005 Yılı 7 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/10934/>, e.t.: 03.05.2020); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 17.10.2006 Tarih ve 51-o06-67 No.lu Kararı: “*Mahkemenin kararıyla K, savunmasız durumda olan kişiye karşı kiralık katil yöntemiyle insan öldürme suçuna hazırlıktan mahkûm olmuştur. Temyiz dilekçesinde avukat Lihtoroviç A.P, K'nın suç işleme niyetinin bulunmadığını, olayın polis memurunun kışkırtması sonucunda meydana geldiğini ileri sürerek hükmün bozulmasını talep etmektedir. Dosya kapsamında görüldüğü gibi, polis görevlileri tarafından K'ya karşı herhangi bir kışkırtma yönteminin kullanılmadığı, inisiyatifin sanıkta bulunduğu, onun kendi başına B'yi öldürme kararı aldığı, mağdur hakkında, onun yerleşim yeri, hayat tarzı ve çevresi hakkında suçun failine bilgi verdiği, ona sözde işlenmiş öldürme karşılığında ilk başta 10000 ruble, daha sonra 20000 ruble ödediği mahkeme tarafından tespit etmiştir. Tüm bunlar sanığın soruşturmadaki ifadesi, mağdurun ve tanıkların ifadeleri, K ile suçun faili arasında geçen konuşmaları içeren ses kaydı ve diğer delillerle tespit edilmiştir. Bu nedenlerle mahkemenin kararı hukuka uygun ve isabetlidir*”. (<http://law7.ru/base35/part5/d35ru5720.htm>, e.t.: 19.05.2011).

⁹² TAGANSEV, s.164.

dığında, suça hazırlığın kural olarak cezalandırılmadığını, yani suça hazırlığın istisnai bir sorumluluk şekli olduğunu söylemek gerekir⁹³.

Kanaatimizce; RFCK'nın 14/2. maddesi dikkate alındığında, ağır ve nitelikli ağır suçlara yönelik olsa bile kanunda suça hazırlığın kural olarak cezalandırılmadığı, hazırlık hareketlerinin istisnai durumlarda cezalandırıldığı ifade edilebilir. Çünkü RFCK'nın 14/2. maddesinde failin değil, fiilin sosyal tehlikeliliği esas alınmıştır. Yani fiil hukuki konu için bir tehlike arz etmediğinde az önemli olması nedeniyle sosyal tehlikeli sayılmaz. Hazırlık hareketleri genellikle hukuki konu için bir tehlike doğurmaz. Bu yüzden RFCK'nın suça hazırlığa ilişkin hükümlerini, "ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlık sadece sosyal tehlikeli olduğunda, yani hukuki konu için tehlike arz ettiğinde cezalandırılır" şeklinde anlamak gerekir. Özellikle hazırlık hareketlerinin suçun işlenmesinden zaman olarak uzak olduğu durumlarda, bu hareketler RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin mağduru öldürmek için mağdurun evinin önünde bekleyen failin hareketi, sosyal tehlikeli olarak değerlendirilebilir. Çünkü bu hareket mağdurun hayatı, yani hukuki konu için doğrudan veya somut olmasa bile, yine de bir tehlike oluşturmaktadır. Buna karşılık, birkaç gün sonra mağduru zehirlenmek için zehir hazırlayan failin hareketi, hukuki konuyu tehlikeye düşürmemektedir ve bu nedenle RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmelidir. Yine suç işlemek için plan yapma, suçun işleneceği yerin etrafının gezilmesi gibi düşünce aşaması ile hazırlık hareketlerinin ayrılmasının zor olduğu durumlarda, bu hareketler RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmeli ve cezalandırılmamalıdır. Ayrıca mahkemenin suça hazırlık hareketlerini sosyal tehlikeli kabul ederek cezaya hükmettiği durumlarda, bu hareketlerin neden sosyal tehlikeli olarak değerlendirildiğini gerekçeli olarak kararında açıklaması gerekir.

VI. SUÇA HAZIRLIĞIN CEZASI

Tamamlanmamış suç için ceza sorumluluğunu düzenleyen RFCK'nın 66. maddesine göre; "1. Tamamlanmamış suç için cezanın belirlenmesi sırasında, suçun tamamlanmamasına neden olan sebepler dikkate alınır.

2. Suça hazırlıktan dolayı cezanın süresi veya miktarı, bu Kanunun özel kısmının ilgili maddesinde tamamlanmış suç için öngörülen en ağır ceza türünün üst sınırındaki süre veya miktarın yarısından fazla olamaz".

⁹³ SERETELİ, s.12.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göre ise, “Suça hazırlıktan ... dolayı ölüm cezasına⁹⁴ veya müebbet hapis cezasına hükmedilemez”.

RFCK'nın 66/1. maddesi, suça hazırlık veya teşebbüsten dolayı cezaya hükmedilirken, hakim sadece suçun tamamlanmamasına neden olan sebepleri dikkate alacağı şeklinde anlaşılmalıdır. RFCK'nın 60/3. maddesine göre; “Cezanın belirlenmesi sırasında suçun niteliği ve sosyal tehlikelilik derecesi ile failin kişiliği; cezayı hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenler, cezanın failin ıslah olmasına, failin ve onun ailesinin hayatına etkisi dikkate alınmalıdır”. Örneğin suç işlemek için plan yapma, suç işlemek için alet veya araç hazırlamaya oranla suçun işlenmesinden daha uzak olan bir hareket olup, sosyal açıdan daha az tehlikelidir ve bunun cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınması gerekir⁹⁵.

Doktrinde 66. madde hükmünün zorunlu ceza indirimi öngördüğü ifade edilmektedir⁹⁶. Ancak kanaatimizce, 66. madde hükmü tam anlamıyla bir “zorunlu ceza indirimi” değil, bir tür “cezayı üst sınırdan belirleme yasağı” öngörmektedir. Örneğin kasten öldürme suçunun basit şeklinin cezası, 6 seneden 15 seneye kadar hapis cezasıdır (RFCK m.105/1). Bu durumda, kasten öldürme suçuna hazırlığın cezası, 6 seneden 7,5 seneye kadar hapis cezası olmaktadır. Görüldüğü gibi, suça hazırlık için öngörülen indirim, suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında belirlenecek sonuç ceza üzerinden yapılmamaktadır. Yani 66. madde, suça hazırlıkta, tamamlanmış suç için öngörülen cezanın alt sınırından daha az ceza verilmesini öngörmüş değildir.

İfade etmek gerekir ki, Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak⁹⁷ Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'na göre, herhangi bir suçtan dolayı cezanın belirlenmesi

⁹⁴ Rusya Federasyonu Anayasası'na göre, kanunda açıkça belirtilmek şartıyla ölüm cezası sadece hayata karşı işlenen suçlar karşılığında uygulanabilir (m.20/2). Ancak Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 19.11.2009 tarih ve 1344-O-R No.lu kararında ölüm cezasının Rusya Federasyonu'nun hiçbir bölgesinde uygulanamayacağına karar vermiştir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. HÜSEYİNOĞLU, Emin, “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Ölüm Cezası”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C:28, S:2, 2020, s.427-444).

⁹⁵ RAROG (Ed.), s.184-185.

⁹⁶ KUZNESOVA/TYAJKOVA (Ed.), s.369.

⁹⁷ Türk ceza hukukunda mahkeme önce suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı TCK'nın 61/1. maddesinde yer alan hususları dikkate alarak belirler. Daha sonra ise mahkeme belirlediği temel cezaya olası kast, bilinçli taksir, teşebbüs, iştirak, zincirleme suç, haksız tahrik gibi suçun cezasına etki eden nedenleri uygular. RFCK'nın aksine, bu şekilde belirlenen sonuç ceza, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın altına düşebileceği gibi üst sınırının üzerine de çıkabilir.

sırasında faile işlediği suçu düzenleyen madde hükmünde öngörülen cezadan daha ağır ceza verilmesi mümkün değildir. Yine, RFCK'nın 64. maddesinin uygulandığı durumlar hariç olmak üzere, faile işlediği suçu düzenleyen madde hükmünde öngörülen cezadan daha hafif ceza verilmesi de mümkün değildir (RFCK m.60). Yani hakim cezayı hafifletici ve ağırlaştırıcı nedenleri, sadece kanunun özel kısmında o suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasındaki sonuç ceza- yı belirleme bakımından dikkate alabilmektedir.

Suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt sınırından daha hafif bir ceza verilememesi kuralının istisnasını RFCK'nın 64. maddesi oluşturmaktadır. Bütün suçlarda uygulanabilen ve “*takdiri hafifletici nedenler*” olarak adlandırabileceğimiz bu maddeye göre; failin amaç ve saiki, suçtaki rolü, suçtan önceki ve sonraki davranışları, suçun sosyal tehlikeliliğini önemli derecede azaltan diğer nedenler, iştirak halinde işlenen suçlarda suçun ortaya çıkmasına etkin yardımda bulunma ve benzeri nedenlerin varlığı halinde, mahkeme suç için öngörülen cezanın alt sınırından daha hafif cezaya hükmedebilir veya zorunlu olan ek cezalara hükmetmeyebilir. Uygulamada suça hazırlık durumunda mahkemelerin bazen bu hükme başvurarak daha hafif ceza verme yoluna gittikleri görülmektedir⁹⁸.

⁹⁸ Örneğin bir olayda, sanık Anistratenko, kocasını öldürmesi için M'ye 50.000 ruble teklif etmiş ve 25.000 rubleyi M'ye peşin olarak ödemiştir. Fakat M, bir süre sonra polise başvurarak durumu adli makamlara anlatmıştır. Bunun üzerine adli makamların bilgisi dâhilinde, sanık M ile Anistratenko arasındaki suçun ispat edilmesini sağlayacak sonraki konuşmalar kayda alınmıştır. Davaya bakan Ulyanov Bölge Adliye Mahkemesi; sanığın sabıkasız olmasını, küçük yaşta çocuğunun olmasını, kendisinin ve kızının sağlık durumunun bozuk olmasını, suçun ortaya çıkması için adli makamlara yardımcı olmasını ve kocasının kendisini affetmesini gerekçe göstererek Anistratenko hakkında RFCK'nın 64. maddesini uygulayarak nitelikli kasten öldürme suçuna hazırlıktan dolayı sonuç cezayı alt sınırın da altında belirleyerek 3 sene hapis cezasına hükmetmiştir. (Kiralık katil yöntemiyle (nitelikli) kasten öldürme suçu RFCK'nın 105/2. maddesine göre, 8 seneden 20 seneye kadar hapis ve 1 seneden 2 seneye kadar özgürlüğün sınırlandırılması veya ölüm cezası ile cezalandırılır). (Ulyanov Bölge Mahkemesi'nin 19.10.2007 tarih ve 2-40/2007 No.lu kararı için bkz. <http://www.ulobsud.ru/index.php?option=3&id=90&idCard=10043>, e.t.: 03.05.2020); Bir başka olayda, sanık Rasskazçikova alacaklısı olduğu mağdur İ'den alacağını tahsil edemeyince onu öldürmeye karar vermiş ve internette “kiralık katil” ilanı veren K ile irtibata geçmiştir. Rasskazçikova, K'ya çeşitli tarihlerde mağduru öldürmesi için ödemelerde bulunmuş, ancak K, daha sonra sanığın bulunduğu şehre gelerek polise başvurmuş ve durumu adli makamlara anlatmıştır. Davaya bakan Ulyanov Bölge Mahkemesi; sanık Rasskazçikova hakkında sabıkasız olmasını, hasta olmasını, iki küçük yaşta kızının bulunmasını gerekçe göstererek, RFCK'nın 64. maddesini uygulamış ve nitelikli kasten öldürme (RFCK m.105/2) suçuna hazırlıktan 3 sene hapis cezasına hükmetmiştir. (Ulyanov Bölge Adliye Mahkemesi'nin 01.07.2010 tarih ve 2-10/2010 No.lu kararı için bkz. <http://www.ulobsud.ru/index.php?option=3&id=90&idCard=20791>, e.t.: 03.05.2020); Bir

Eğer hazırlık hareketleri aynı zamanda başka bir suçta da oluşturuyorsa, faile hem suça hazırlıktan, hem de söz konusu suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilir. Örneğin fail insan öldürmek için tabanca çalmışsa, hem silah çalma suçundan (RFCK m.226), hem insan öldürme suçuna (RFCK m.105) hazırlıktan dolayı ayrı ayrı cezalandırılır⁹⁹.

Ancak kanun koyucu hazırlık hareketlerinin kendisini tamamlanmış suç gibi cezalandırıyor, faile ayrıca suça hazırlıktan dolayı ceza verilmez. Örneğin suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kurma (m.209) suçu böyledir¹⁰⁰.

İştirak halinde işlenen suçlarda¹⁰¹, yardım eden sıfatıyla suça iştirak eden kişinin davranışları suça hazırlık niteliğinde bulunsun bile, anlaşma konusu suçun işlenmesi durumunda yardım eden kişi, suça hazırlık hükümlerine göre değil, iştirak hükümlerine göre sorumlu olur. Örneğin hırsızların evine girmeyi düşündükleri ev sahibini misafir olarak kendi evine çağıran iştirakçi, hırsızlığın gerçekleşmesi halinde, hırsızlık suçuna hazırlıktan değil, hırsızlık suçuna iştiraktan sorumlu olur¹⁰².

Kuşkusuz tamamlanmış veya teşebbüs halinde kalmış suçta, faile ayrıca suça hazırlıktan ceza verilmez¹⁰³.

başka olayda, Afanasyev, karısı K'yı öldürmek için akrabası olan Kazakov'dan kiralık katil bulmasını istemiş ve Kazakov P'yi, 100.000 ruble para karşılığında K'yı öldürmesi için ikna etmiştir. Daha sonraları sanıklar suçun nasıl işleneceği konusunda plan yapmış, ancak bir süre sonra P gönüllü vazgeçerek polise başvurmuştur. Davaya bakan Ulyanov Bölge Mahkemesi; her iki sanık hakkında 64. madde hükmünü uygulamış ve nitelikli kasten öldürme (RFCK m.105/2) suçuna hazırlıktan Afanasyev hakkında 6 sene, Kazakov hakkında ise 4 sene hapis cezasına hükmetmiştir. Mahkeme Afanasyev hakkında 64. madde hükmünü uygulamasına gerekçe olarak; sanığın sabıkasız olmasını, küçük yaşta çocuğunun olmasını, bazı hastalıklarının bulunmasını, anne ve babasının yaşlı, kardeşinin ise engelli olmasını göstermiştir. Kazakov hakkında 64. madde hükmünü uygulamasına gerekçe olarak ise; sanığın sabıkasız olmasını, küçük yaşta çocuğunun olmasını, annesinin engelli olmasını, suçunu itiraf etmesini ve suçun ortaya çıkması konusunda adli makamlara yardımcı olmasını göstermiştir. (Ulyanov Bölge Adliye Mahkemesi'nin 19.05.2010 tarihli kararı için bkz. <http://www.ulobsud.ru/index.php?option=3&id=90&idCard=19992>, e.t.: 03.05.2020).

⁹⁹ KOZAÇENKO/NEZNAMOVA (Ed.), s.219-220; ZAGORODNİKOV, s.119.

¹⁰⁰ SEMENDEROV, s.323.

¹⁰¹ Suça iştirak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. HÜSEYİNOĞLU, Emin, "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C:67, S:4, s.735-782.

¹⁰² SEMENDEROV, s.328.

¹⁰³ KUZNESOVA/TYAJKOVA (Ed.), s.364; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 12.03.2008 Tarih ve 33-P08 No.lu Kararı: "10.02.2000 tarihinde M, K ve S, B'yi ve ona eşlik

VII. SUÇA HAZIRLIKTAKİ GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

“Suçu işlemekten gönüllü vazgeçme” başlıklı RFCK’nın 31. maddesine göre;
“1. Suçu tamamlama imkanına sahip olduğunun bilincinde olan kişi tarafından suça hazırlık hareketlerinin veya doğrudan doğruya suçun işlenmesine yönelmiş hareketlerin (hareketsizlik) durdurulması gönüllü vazgeçme sayılır.

2. Suçu tamamlamaktan gönüllü ve kesin olarak vazgeçen kişi, ceza sorumluluğu taşımaz.

3. Suçu tamamlamaktan gönüllü vazgeçen kişi, sadece işlediği fiil esasen başka bir suç oluşturduğunda ceza sorumluluğu taşır”.

Gönüllü vazgeçme, genellikle suça teşebbüs durumlarında görülmektedir. Uygulamada suça hazırlık hallerinde gönüllü vazgeçmeyle ilgili mahkeme kararları bulunmakla birlikte¹⁰⁴, bu tür örnekler çok sık rastlanmamaktadır. Bunun sebebi hazırlık hareketlerinin çoğu zaman gizli kalması ve adli makamların bundan haberdar olamamasıdır. Ayrıca doktrinde ve uygulamada, failin gönüllü vazgeçtiğini ispat etmesinin gerekli olmadığı kabul edilmektedir. Buna göre,

eden kişileri havaalanında öldürme konusunda plan hazırlamışlardır. Gerek 11.02.2000 tarihinde, gerek 12.02.2000 tarihinde B havaalanına gelmemiş ve bu nedenle K, M ve S kastetdiklerini gerçekleştirememişlerdir. 13.02.2000 tarihinde B, havaalanına geldiğinde ise K ve M onun bulunduğu otomobile doğru ateş etmiştir. Bunun sonucunda otomobilde bulunan N hayatını kaybetmiş, B ise olay yerinden kaçmayı başarmıştır. Olayda işlenen fiil sadece kasten öldürme suçuna teşebbüs ve N’yi kasten öldürme suçu olup, kasten öldürme suçuna hazırlıktan ayrıca ceza verilmesi gerekmez. Çünkü aynı mağdura ve aynı neticeye yönelik hareketler, kısa zaman aralıklarıyla ve aynı amaç ve saiklerle yapıldığında tek suç sayılır”. (2008 Yılı 10 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/12850/>, e.t.: 03.05.2020); Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi 771P06 No.lu kararında, İnavpomoş şirketinde silahlı soyumak isteyen sanıkların 25.05.2001 tarihinde şirkete yaklaştıklarında maskelerini zamanında takamadıkları için görevlilerin kendilerini tanıyacaklarından korkarak olay yerini terk ettikleri, ancak 28.05.2001 tarihinde amaçladıkları soygunu gerçekleştirdikleri olayda, failin tek bir yağma suçunu oluşturması gerekirken, tamamlanmış yağma suçundan ve yağma suçuna hazırlıktan ayrı ayrı ceza verilmesinin hatalı olduğuna karar vermiştir. (Karar için bkz. 2007 Yılı 11 No.lu Yüksek Mahkeme Bülteni, <http://www.supcourt.ru/files/12607/>, e.t.: 03.05.2020).

¹⁰⁴ Bir olayda, “Neftehimik” Anonim Şirketinin müdürü olan P’yi öldürmek isteyen sanıklar (kiralık katiller), birkaç gün boyunca mağdurun işe gidiş-dönüş saatini, eve kimlerin gelip gittiğini, kapı zili çaldığında kapıyı kimin açtığını gözlemlemiş ve P’nin evine girerek onu ve dört kişiden oluşan ailesini öldürme yönünde plan yapmışlardır. Ancak olay günü apartmana girdikleri sırada sanıklardan birisi kadın ve çocukları öldürmeyeceğini söylemiş ve bunun üzerine sanıklar P’nin ailesini öldürmekten vazgeçerek sadece P’yi öldürmüşlerdir. Bu olayda sanıklar sadece (P’ye karşı) kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmuş, gönüllü vazgeçme nedeniyle aile üyelerine karşı insan öldürme suçuna hazırlıktan sorumlu tutulmamışlardır. (Bkz. Revin, s.216-217).

suça hazırlıktan veya suça teşebbüsten dolayı failin cezalandırılabilmesi için hareketlerin kesintiye uğramasının failin iradesi dışında meydana geldiğinin kesin olarak saptanması gerekir¹⁰⁵. Ancak suça hazırlıkta failin suç işleme kastını ispat etmek zor olduğu gibi, gönüllü vazgeçmediğini ispat etmek de zordur. Çünkü suça hazırlıkta gönüllü vazgeçme için failin hareketlerine devam etmesi yeterli olup, suç aleti veya suç planının yok edilmesi gibi gerçekleştirdiği hazırlık hareketlerinin izlerini ortadan kaldırması gerekli değildir¹⁰⁶. Başka bir ifadeyle, suça hazırlıkta failin gönüllü vazgeçmesi için pasif davranışta bulunması yeterlidir. SSCB Yüksek Mahkemesi bir kararında, gerçeğe aykırı düzenlenen belgenin imza kısmının henüz sanık tarafından taklit edilmemiş olmasını gerekçe göstererek, belgede sahtecilik suçuna hazırlığın oluşmadığını belirtmiştir¹⁰⁷.

Gönüllü vazgeçme, failin suça teşebbüs veya suça hazırlıktan dolayı cezalandırılmasını önler. Ancak gönüllü vazgeçme durumunda failin vazgeçme anına kadar yaptığı hareketler bağımsız bir suçu oluşturuyorsa, fail o suça ait ceza ile cezalandırılır (RFCK m.31/3). Örneğin insan öldürmek için ruhsatsız silah elde eden kişi, suçun icrasına başlamadan mağduru öldürmekten gönüllü vazgeçerse, insan öldürme suçuna teşebbüs veya hazırlıktan dolayı cezalandırılmaz,

¹⁰⁵ DURMANOV, s.197; KUZNESOVA, s.378; Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 11.02.2004 Tarih ve 3-004-4 No.lu Kararı: “Krasnov’un RFCK’nın 290/2. maddesinde belirtilen suçtan (rüşvet alma) gönüllü vazgeçtiğine ilişkin savunması mahkemece çürütülemediği, hatta tam tersine bu savunma somut olayda desteklenmiştir. Mahkemenin beyanlarını sahil bulduğu Morozkin’in ifadesine göre; o rüşvet konusu parayı teslim etmek için Krasnov’la anlaşmış, fakat Krasnov buluşma yerine gelmemiştir. Daha sonraları da Krasnov paranın alınması için herhangi bir eylemde bulunmamıştır. Bir süre sonra onlar tesadüfen karşılaştıklarında, Morozkin, Krasnov’a parayı almasını teklif etmiş, fakat Krasnov hiçbir şey istemediğini belirterek teklifi geri çevirmiştir. Krasnov’u rüşvet alma suçuna teşebbüsten suçlu bulan mahkeme, buna gerekçe olarak onun, Morozkin’in dilekçesiyle adli makamlara başvurusu nedeniyle, yani elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamadığını göstermiştir. Oysa sanık (Krasnov), Morozkin’in adli makamlara başvurduğundan ve hakkında soruşturma yürütüldüğünden haberi olmadığını ve hareketlerinin hukuka aykırı olduğunun farkına vardığı için paranın alınmasından gönüllü vazgeçtiğini ifade etmiştir. Bunun aksi soruşturma organları ve mahkeme tarafından tespit edilememiştir. Mahkemenin, Krasnov’un kastettiğini gerçekleştirmesinin imkânsız olduğunu anladığını ve bu nedenle sorumluluktan kurtulmak için parayı almadığı şeklinde bir sonuca (kanaate) varması sadece tahminden ibarettir. Rusya Federasyonu Ceza Usul Kanunu’nun 14/4. ve 302/4. maddelerine göre, mahkûmiyet kararı tahminlere dayanılarak verilemez. Bunun yanında iddianamede de Krasnov’un parayı almasının imkânsız olduğunu anladığını ve sorumluluktan kurtulmak için Morozkin’den parayı almaktan vazgeçtiği belirtilmemiştir. Bu nedenlerle Krasnov’un rüşvet alma suçundan gönüllü vazgeçtiğini kabul etmek gerekir”. (<http://bazakonov.ru/doc/?ID=175983>, e.t.: 22.04.2011).

¹⁰⁶ DURMANOV, s.197; KUZNESOVA, s.378-379.

¹⁰⁷ Bkz. DURMANOV, s.197-198.

ancak ruhsatsız silah bulundurma suçundan (RFCK m.222) dolayı cezalandırılır¹⁰⁸.

SONUÇ

Suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni konusunda objektif teoriyi esas alan Türk ceza hukukunda suça hazırlığa kural olarak ceza verilmemektedir.

Suçta teşebbüsün cezalandırılma nedeni konusunda sübjektif teoriyi esas alan Rusya Federasyonu ceza hukukunda ise sadece suça teşebbüs değil, suça hazırlık da cezalandırılmaktadır. Ancak RFCK'da suça hazırlık sadece ağır ve nitelikli ağır suçlar bakımından cezalandırılmakta, buna karşılık hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık ise cezalandırılmamaktadır.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda suça hazırlık, suça teşebbüs kavramı içinde değerlendirilmemektedir. Suça hazırlık ve suça teşebbüs için, ikisini de kapsayan “*tamamlanmamış suç*” kavramı kullanılmaktadır. Yani suça teşebbüs ve suça hazırlık tamamlanmamış suçun iki farklı türünü oluşturmaktadır. Ayrıca suça hazırlık halinde, suça teşebbüse oranla daha hafif ceza öngörülmüştür.

Rusya Federasyonu ceza hukukunda suça hazırlığın sadece doğrudan kastla işlenen suçlar yönünden mümkün olabileceği, olası kastla işlenen suçlara ise hazırlığın mümkün olmadığı konusunda uygulamada ve doktrinde görüş birliği bulunmaktadır.

Kanunda ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlığa ceza sorumluluğu öngörülmeyle birlikte, uygulamada hazırlık hareketleri genellikle cezalandırılmaktadır. Bunun nedeni hazırlık hareketlerinin hafif veya orta dereceli suçlara yönelik olması değildir. Çünkü RFCK'da zaten hafif ve orta dereceli suçlara hazırlık için ceza sorumluluğu öngörülmemiştir. Ağır ve nitelikli ağır suçlara hazırlığın uygulamada genellikle cezalandırılmamasının nedeni, bu hareketlerin etkisinin hukuki konu için tehlikesiz kabul edilerek RFCK'nın 14/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesidir. Söz konusu düzenlemeye göre, ceza kanununda yazılı suç tipine uymasına rağmen, az önemli olduğu için sosyal tehlikeli sayılmayan bir fiil suç sayılmamaktadır.

¹⁰⁸ VETROV, s.200.

Bununla birlikte uygulamada suçta hazırlığa ceza verildiğine yönelik mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Bunlar genellikle iştirak halinde işlenmek istenen suçlarda, suçun icrasına başlanamadığı durumlarda suç ortaklarının suçta hazırlıktan sorumlu tutulduklarına ilişkin kararlardır. Kanaatimizce, modern ceza kanunlarında genellikle cezalandırılmayan ya da istisnai olarak cezalandırılan suçta hazırlığın Rusya Federasyonu ceza hukukunda da cezalandırılmaması ve RFCK'nın bu yönde değiştirilmesi isabetli olurdu. Özgürlükçü ceza hukukuna geçilmek isteniyorsa, totaliter Sovyet rejiminin ürünü olan "hazırlık hareketlerinin cezalandırılması" kuralından vazgeçmek gerekir.

KAYNAKÇA

AYDIN, Devrim, "Suça Teşebbüs", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C:55, S:1, s.85-113.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, İstanbul 2017.

DURMANOV, Nikolay, Stadii Soversheniya Prestupleniya (Suçun İşlenme Evreleri), Moskva 1955.

DURMANOV, Nikolay, Ponyatiye Prestupleniya (Suç Kavramı), Leningrad 1948, http://www.pravo.vuzlib.net/book_z1555.html, Erişim: 14.11.2009.

GRİŞAEV, Pavel/ZDRAVOMISLOV, Boris, Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Çast Obşaya (Genel Kısım), Moskva 1982.

HÜSEYİNOĞLU, Emin, "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Ölüm Cezası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020, C:28, S:2, 2020, s.427-444.

HÜSEYİNOĞLU, Emin, "Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça İştirak", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019, C:67, S:4, s.735-782.

HÜSEYİNOĞLU, Emin, "Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı", Ankara Barosu Dergisi, 2018, C:76, S:1, s.120-146.

HÜSEYNOV, Emin, Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2011.

İGNATOV, Aleksey/KRASİKOV, Yuriy (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Tom 1 (C. 1), Moskva 2000, http://lib.maupfib.kg/wp-content/uploads/Ugolovnoe-pravo-Rossii_v-2t_T-1-Obshhaya-chast_Pod-red-Ignatova-Krasikova_2000-639s.pdf, e.t.: 02.05.2020.

İÇEL, Kayıhan/EVİK, A. Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 2. Kitap, 4. Bası, İstanbul 2007.

İVANOV, Nikita, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2003.

KOROLKOV, A. (Ed.), Kommentariy k Ugolovnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Şerhi), Moskva 2004.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2017.

KOZAÇENKO, İvan/NEZNAMOVA, Zinaida (Ed.), Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelskaya Gruppya İNFRA.M-NORMA, Moskva 1997.

KRİGER, German/KURİNOV, Boris/TKAÇEVSKİY, Yuriy (Ed.), Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1981.

KRİGER, German/KUZNESOVA, Ninel/TKAÇEVKİY, Yuriy (Ed.), Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1988.

KUDRYAVSEV, Vladimir/LUNEEV, Viktor/NAUMOV, Anatoliy (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2006.

KUDRYAVSEV, Vladimir/NAUMOV, Anatoliy (Ed.), Uçebnik Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Ders Kitabı), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1996.

KUZNESOVA, Ninel, İzbrannıye Trudı (Seçilmiş Çalışmaları), Sankt-Peterburg 2003.

KUZNESOVA, Ninel/TYAJKOVA, İrina (Ed.), Kurs Ugolovnoğo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (C. 1), İzdatelstvo Zersalo, Moskva 2002.

MAGOMEDOV, Asbeg, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 1997.

Moskova Bölge Mahkemesi'nin 05.10.2010 tarihli kararı, <http://www.mosoblsud.ru/ss_detale.php?id=139185, e.t: 01.03.2011.

NAUMOV Anatoliy, (Tercüme: Qurbanov H.), Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 1998.

NAZARENKO, Gennadiy, Russkoye Ugolovnoye Pravo (Rus Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2005.

ÖZTÜRK Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Ankara 2015.

RAROG Aleksey (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2008.

REVİN, Valeriy (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 2000.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin Resmi Web Sitesi, <http://www.supcourt.ru>, 03.05.2020.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 11.02.2004 Tarih ve 3-004-4 No.lu Kararı, <http://bazazakonov.ru/doc/?ID=175983>, e.t.: 22.04.2011.

Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'nin 17.10.2006 Tarih ve 51-o06-67 No.lu Kararı, <http://law7.ru/base35/part5/d35ru5720.htm>, e.t.: 19.05.2011.

SEMENDEROV, Firudin, Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, Bakı 2007.

SERETELİ, Tinatin, “Nakazuyemost Prigotovleniya k Prestupleniyu po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Suça Hazırlığın Cezalandırılabilirliği)”, *Sosialistiçeskaya Zakonnost*, 1954, No:12, s.10-15.

SMİRNOV Andrey, “O Yuridiçeskoj Sile Postanavlennyj Plenuma Verhovnogo Suda Rossiyskoj Federasii (Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi Genel Kurul Kararlarının Hukuki Gücü Hakkında)”, *Oteçestvennaya Yurisprudensiya*, 2016, No:12 (14), <https://legalscience.ru/images/PDF/2016/14/o-yuridicheskoj-sile-postanovlenij.pdf>, e.t.: 02.05.2020.

Smolenskiy Bölge Mahkemesi'nin 2009 Tarihli Kararı, http://oblsud.sml.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=181, e.t.: 03.05.2020.

SOLOPANOV, Yulian (Ed.), *Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım)*, Moskva 1981.

SSCB Yüksek Mahkemesi'nin 26.01.1972 Tarihli Kararı, http://www.innovbusiness.ru/pravo/DocumShow_DocumID_33318.html, e.t.: 22.01.2010.

TAGANSEV, Nikolay, *Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Çast 1 (1. Bölüm), Po İzdaniyu 1902 Goda (1902 Yılı Baskısına Göre)*, 2003, <http://www.allpravo.ru/library/doc101p0/instrum105>, e.t.: 02.01.2010.

TİŞKEVİÇ, İvan, *Prigotovleniye i Pokuşeniye po Sovetskomu Ugolovnomu Pravu (Sovyet Ceza Hukukuna Göre Hazırlık ve Teşebbüs)*, Moskva 1958.

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku, Genel Kısım*, 13. Baskı, Ankara 2009.

TOZMAN, Önder, *Suçta Teşebbüs*, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.

TRAYNİN, Aron, “Ugolovnaya Otvetstvennost za Prigotovitelniye k Prestupleniyu Deystviya (Suça Hazırlık Hareketlerinden Dolayı Ceza Sorumluluğu)”, *Sosialistiçeskaya Zakonnost*, 1953, No:12, s.28-34.

Ulyanov Bölge Mahkemesi'nin Resmi Web Sitesi, <http://www.uloblsud.ru/>, e.t.: 03.05.2020);

VELİYEV, Samir, Cinayete Hazırlığa ve Cinayet Etmeye Cehde Göre Mesuliyet Meseleleri, Bakı 2001.

VETROV, Nikolay, Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Moskva 2002.

ZAGORODNİKOV, Nikolay, Sovetskoye Ugolovnoye Pravo (Sovyet Ceza Hukuku), Obşaya i Osobennaya Çast (Genel ve Özel Kısım), Moskva 1975.

HART - DEVLIN TARTIŞMASINDA OLMAYAN ARGÜMANLAR

Missing Arguments in Hart-Devlin Debate

Dr. Öğr. Üyesi Engin ARIKAN*

Öz

Ahlakın hukuk tarafından meşru bir şekilde hangi gerekçelerle dayatılabileceği meselesi oldukça geniş kapsamlı ve önemli bir meseledir. Hart-Devlin tartışması bu konuda bir referans noktasıdır. Bu tartışmada Lord Devlin, eşcinsel ilişkilerin, toplumsal değerlere aykırılık gerekçesi ile hukuk tarafından meşru bir şekilde yasaklanabileceğini savunmuştur. Devlin'e göre hukukun toplumsal değerleri muhafaza işlevini sağlamaması halinde toplumsal çözülmeye kapı açılır. H. L. A. Hart ise hukukun kişilerin başkalarına veya kendilerine zararı olmayan rızaya dayalı ilişkilerine karışmasının doğru olmadığını ve hukukun toplumdaki çoğunluğun değerlerini yansıtmamasının toplumsal çözülmeye sebep olmayacağını savunmuştur. Hart-Devlin tartışması birçok açıdan aydınlatıcı olsa da bu konu hakkında bu tartışmada öne sürülen argümanlardan fazlası vardır. Aristoteles, Aquinas, Finnis, George, Feinberg, Rawls, Dworkin ve Raz gibi pek çok düşünürün konu hakkında farklı görüşleri mevcuttur. Tüm bu farklı

* Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Ana Bilim Dalı, Telefon: 05335230457, Email: arikan@tau.edu.tr, ORCID®: 0000-0002-4264-706X.

yaklaşımların incelenmesi, konunun basit formüller ile çözülemeyeceğini göstermektedir.

Anahtar Kelimeler: Ahlakın Dayatılması, Hart-Devlin Tartışması, Mükemmeliyetçilik, Anti- Mükemmeliyetçilik, Liberalizm

Abstract

The question of on what grounds can morality be legitimately enforced by law is a very broad and important issue. Hart-Devlin debate is a reference point in this topic. In this debate, Lord Devlin defends that homosexual conduct can be legitimately prohibited by law on the grounds of contrariety against social values. According to Devlin, in case law does not fulfil its function to conserve social values, it opens the door to social disintegration. H. L. A. Hart, on the other hand, argued that it is not right to interfere in the consensual relationships of individuals that do not harm others or themselves, and that the law not reflecting the values of the majority in society will not cause social disintegration. Although the Hart-Devlin debate is enlightening in many respects, there is more to this subject than the arguments put forward in this debate. Many thinkers such as Aristotle, Aquinas, Finnis, George, Feinberg, Rawls, Dworkin and Raz have different views on the subject. The examination of all these different approaches shows that the issue cannot be solved with simple formulas.

Keywords: Enforcement of Morality, Hart-Devlin Debate, Perfectionism, Anti- Perfectionism, Liberalism

Giriş

Hukukun içeriğinin ve sınırlarının ne olması gerektiği oldukça eski bir tartışmadır. Her ne kadar hukukun toplumsal hayatın düzenlenmesi konusundaki asli rolü inkâr edilemese de *her* konuda hukukun müdahalesi hoş karşılanmaz. Bu itirazların yükseldiği önemli bir başlık, ahlakın hukuk eliyle insanlara dayatılması meselesidir. Hukukun; rızanın olmadığı hallerde somut ve açık zararları önlemek için cebri araçlara başvurusu doğal karşılanırsa da, bu tipte zararların gerçekleşmediği haller kuşku ile karşılanır. Örneğin hukukun cinayeti, tecavüzü, hırsızlığı önlemesi ve cezalandırması normaldir. Ancak rızaya dayalı cinsel ilişkilere, televizyon programlarına, kişilerin kendi sağlıklarına ilişkin

kararlarına müdahale etmesi başka bir düzlemedir. Bu münazarada bir tarafta “hukuk ahlaka karışamaz” çizgisi varken, diğer taraftan “toplumun değerleri korunmalıdır” talebi gelir.

Bu çalışmada ahlakın hukuk tarafından dayatılması konusu ele alınacaktır. Hukuk felsefesi literatüründe bu konuyu temsil etmesi açısından bir dönüm noktası kabul edilen Hart-Devlin tartışmasındaki argümanlar sunulduktan sonra bu tartışmada değinilmeyen ancak önem arz eden diğer argümanlar incelenecektir. Bu çalışmanın temel amacı söz konusu tartışmalarda ele alınan konulara doğrudan nihai cevaplar getirmek değildir. Bunun yerine tartışmanın temas ettiği sorunların, soruların aydınlatılmasına ve basit cevapların yetersizliğinin gösterilmesine öncelik verilecektir. Çalışmanın sonunda ahlakçı yasalar hakkında belli değerlendirmeler yapılacak olmakla beraber her bir ahlakçı yasanın toplumsal koşullar da dikkate alınacak şekilde ayrı ve özel olarak değerlendirilmeye tutulması gerektiğinden bu kişisel değerlendirmeler genel ilkeler seviyesinde sunulacaktır. Çalışmada Hart-Devlin tartışmasının konusu olan eşcinsel ilişkiler meselesine odaklanılmayacak, bunun yerine hukukun ahlaki bir tutum aldığı konulara genel olarak bakılacaktır.

İlk başlıkta Hart-Devlin tartışmasının ana hatları sunulacak ve tarafların verdiği argümanların değerlendirmesi yapılacaktır. İkinci başlıkta, hukukun ahlaki dayatması lehine kullanılabilir alternatif argümanlara bakılacaktır. Üçüncü başlıkta ise, hukukun ahlaki dayatmasına karşı kullanılabilir alternatif argümanlar incelenecektir.

I. Hart-Devlin Tartışması

1950’lerde eşcinsel ilişkilerin cezai soruşturmalara git gide artan sayılarıyla konu olması, İngiliz Parlamentosunu bu konunun değerlendirilmesi için 1954’te Sir John Wolfenden başkanlığında bir komisyon kurmaya yöneltmiştir. Bu komisyon üç yıl boyunca, dini liderler, polisler, hâkimler, psikiyatrlar, kamu çalışanları ve eşcinseller ile görüşmeler yapmış 1957’de bu ilişkilerin belli şartların sağlanması halinde ceza konusundan çıkartılması önerisinde bulunmuştur. Bu şartlar, kişilerin 21 yaşından büyük olması, rıza vermesi, silahlı kuvvetler mensubu olmaması ve ilişkinin özel alanda gerçekleştirilmesidir. Uzun tartışmalardan sonra 1967’de İngiliz parlamentosu Wolfenden raporu doğrultusunda eşcinsel ilişkileri suç olmaktan çıkartmıştır. Yaş şartı 1994’teki

değişiklik ile 18'e, 2000'deki değişiklik ile de 16'ya indirilmiştir ki bu, heteroseksüel ilişkiler için aranan yaş şartı ile denktir.¹

Bu süreçte bir yüksek mahkeme yargıcı olan Lord Devlin 1959'da verdiği bir konferansta “kişisel ahlak alanı, hukukun işi değildir” yaklaşımını benimseyen Wolfenden raporunu *Ahlakın Dayatılması (Enforcements of Morals)* yazısında eleştirmiştir. Diğer taraftan reform yanlısı bir hukuk felsefecisi olan H. L. A. Hart, Devlin'in argümanlarını eleştiren eserler kaleme almıştır. Bu çalışmalarını da 1963'te *Law, Liberty, and Morality (Hukuk, Özgürlük ve Ahlak)* kitabında bir araya getirmiştir. Bu iki düşünür arasındaki tartışma, yasaların ahlakı dayatmadaki rolü konusunda bir referans noktası olmuştur.

A. Lord Devlin

Devlin bu tartışmada ahlakı toplumu bir arada tutan bir bağ olarak görür. Toplumun devamı, onu bir arada tutan ahlakın devamına bağlıdır. Toplumdaki bireyler de bu toplumda yaşadıklarına ve bundan faydalandıklarına göre bu bağları muhafaza etme ödevi altındadırlar. Kişilerin kendi ahlaki görüşleri, toplumdan farklı olabilir ancak toplumun benimsediği ahlaka karşı gelmemelidirler. Devlet de bu bağlamda toplumu bir arada tutan bağları muhafaza etmek ve toplumun dağılmasını önlemek için toplum ahlakına aykırı davrananlara müdahale edebilir. Devlin'e göre özel alan ile kamusal arasında akılcı bir çizgi çekilemez. Zaten Wolfenden raporu da meselenin asıl odağının söz konusu eylemin yatak odasında gerçekleşip gerçekleşmediğinde değil, bu eylemin rıza göstermeyen diğer kişilere zarar verip vermediği sorusu olduğunu belirtmiştir. Kişilerin özel alanları olan yatak odalarında bomba imal etmeleri zararlıdır, ama kamusal bir alan olan parkta el ele tutuşmaları ise zararsızdır². Öte yandan Devlin, raporun “zarar” kavramını eksik bir şekilde yorumladığı görüşündedir. Devlin'e göre tarafların cinsel ilişkiye girmesi üçüncü kişilere doğrudan bir etkide bulunmasa da, süreç içerisinde kişilerin içinde yaşadıkları toplumun dağılması bir zarar teşkil eder. Devlin, üçüncü kişilere doğrudan etkisi olmasa dahi pek çok eylemin hukuk tarafından yasaklandığını ve buna karşı gelenlerin cezalandırıldığını öne sürer: hayvanlara eziyet, kürtaj, ötenazi, düello, ensest gibi. Adam öldürme, yaralama, cinsel saldırı gibi suçlarda tarafların rızası olsa dahi bu ey-

¹ Claude J. Summers, “Wolfenden Report”, *Glbqtarchive*, 2004, http://www.glbqtarchive.com/ssh/wolfenden_report_S.pdf, Son erişim tarihi: 15.7.2020.

² Robert P. George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, Oxford: Clarendon Press, 1993, s. 49, n. 4.

lemler suç olarak sınıflandırılır. Devlin'e göre eylemlerin ihlal ettiği ahlaki normlar toplumu bir arada tuttuğu için muhafaza etmeye değerdir ve hukukun bunları koruması için haklı gerekçeler mevcuttur.³

Devlin, eşcinselliğin “kötü” olduğuna dair bir doğruluk iddiasında olmadığını açıkça ifade eder. Devlin'e göre ahlaki yargılar kişiden kişiye göre değişir ve bunlar arasında nesnel bir doğruluk iddiasında bulunmak mümkün değildir. Öte yandan Devlin, toplumun genelinin belli ahlaki yargıları benimsediğinin nesnel bir şekilde tespit edilebileceğini belirtir. Görüleceği üzere Devlin, söz konusu ahlaki normun objektif manada iyi veya kötü olmasına dayanarak hukukun bunu dayatmasını savunmaz, *toplumun* bu normu iyi bulmasına dayanarak hukukun bunu korumasını ve zorlamasını savunur. Devlin'e göre hukukun toplumun değerlerini koruması ve yansıtmasının gerekçesi, bu toplumsal değerlerin *değerli* olması *değil*, bu değerlerin *toplumun* değerleri olmasıdır. Bu sayede Devlin, ahlaki iyiler ve kötülere ilişkin yargılara başvurmaksızın nesnel olgulara dayanan bir argüman geliştirmiş olur. Hatta Devlin, savunduğu yaklaşımın çıkarımlarının toplumdaki topluma değişeceğini de ifade eder. Örneğin çok eşliliğin yasaklanması, çok eşliliği gayriahlaki bulan toplumlarda meşru iken (her ne kadar çok eşli evlilikler, tek eşli veya bekâr kişilere doğrudan bir zarar vermese dahi), çok eşliliğin ahlaki görüldüğü toplumlarda meşru değildir. Bu toplumlarda çok eşlilik serbest bırakılmalı ve hatta desteklenmelidir.⁴

B. H. L. A. Hart

Hart ise reformu destekleyerek Devlin'in argümanının hatalı olduğunu iddia etmiştir. Hart'a göre devletin kişilerin eylemlerine karışmasının esas gerekçesi üçüncü kişilerde yaratabileceği zararı engellemektir. John Stuart Mill'in “zarar ilkesi” olarak ifade ettiği bu argümana göre devletin kişilerin ahlaklarına müdahale etmesi, başkalarına zarar söz konusu olmadıkça meşru değildir⁵. Hart, Mill'den farklı olarak devletin kişilerin *kendilerine* verebilecekleri zararları önleme konusunda da meşru olabileceğini kabul eder. Örneğin Mill'e göre devlet bireylerin kullanacakları ilaçları bir reçete sistemi ile düzenleme veya yasak-

³ Patrick Devlin, “The Enforcement of Morals”, **Maccabean Lecture in Jurisprudence - Proceedings of the British Academy**, Cilt: 45, 1959, ss. 137-142.

⁴ Patrick Devlin, **The Enforcement of Morals**, Oxford: Oxford University Press, 1965, ss. 10-17; Patrick Devlin, “Law, Democracy, and Morality”, **University of Pennsylvania Law Review**, Cilt: 110, Sayı: 5, 1962, ss. 638-640.

⁵ John Stuart Mill, **On Liberty**, Güncel Baskı, Harmondsworth: Penguin Books, 1859/1985, s. 68.

lama konusunda müdahalede bulunmamalıdır çünkü bunlar bireylerin kendilerine dair kararlardır. Hart ise bunu “fantastik” olarak niteler ve makul bulmaz. Ancak Hart, üçüncü kişilere zarar ve paternalist gerekçelerin dışında devletin kişilerin hayatına müdahale etmesini haksız bulur.⁶

Hart, ahlakın dayatılmasındaki haksızlığın iki zarardan kaynaklandığına işaret eder. Bunlardan birincisi, iyi bir gerekçe olmaksızın iddia edilen ahlaksızlığı yapanın cezalandırılmasıdır. Bu kişi kendisine verilen ceza yüzünden dolaşım özgürlüğünden, sosyal yaşantısından veya mülkiyetinden mahrum kalır. İkinci zarar ise, kişinin bu dayatma yüzünden kendini bastırmasından kaynaklanır. Bireyin iyi bir gerekçe olmaksızın cinsel dürtülerini bastırması o kişi açısından oldukça ıstıraplı olabilir. Hart, hukukun yukarıda sayılan gerekçelere (üçüncü kişilere zarar ve paternalizm) dayanarak insan davranışlarına müdahale etmesini kabul eder ancak bu gerekçeler olmaksızın ahlakın dayatılmasını yarattığı zararlardan dolayı meşru bulmaz.⁷

Hart bu açıklamalarından sonra ahlakın dayatılması için Devlin’in sunduğu gerekçelerin haklılığını değerlendirir. Hart, Devlin’in argümanında iddia edilen sonuçların ampirik bir temele dayanmadığını söyler. Devlin, toplumların ahlaki normlarının değişmesi halinde bu toplumların çözüleceğini iddia etmişti. Hart ise bunun gözlemlenmediğini ifade eder. Pekâlâ, her toplumda belli ahlaki değişimler, dönüşümler gerçekleşir. Ama bu toplumların dağıldığı, toplum düzeninin ortadan kalktığı söylenemez. Bir toplum belli ahlaki değerlerini bırakıp başka ahlaki değerleri benimsediğinde o toplum farklılaşır ama ortadan kalkmaz. Bu durum bir toplumun barışçıl bir şekilde anayasasını veya daha basit bir şekilde yasalarını değiştirmesi gibidir.⁸

Hart’a göre eğer yeni ahlaki normların “kötü”, eski ahlaki normların ise “iyi” olduğuna ilişkin bir iddia yoksa ki Devlin bunu iddia etmemişti, o zaman bu ahlaki normların farklılaşmasından endişe duyulacak bir durum yoktur⁹. Belli bir ahlakın sırf var olması, onun iyi ve muhafaza edilmeye değer olduğunu göstermez. Pekâlâ, toplumdaki birçok grup farklı ırktan kişilerin ilişki kurması-

⁶ H. L. A. Hart, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Çev: Erol Öz, İstanbul: Işık Yayınları, 2020, ss. 15-17 ve ss. 40-42.

⁷ **Ibid.**, ss. 30-31.

⁸ **Ibid.**, ss. 57-59.

⁹ H. L. A. Hart, “Social Solidarity and the Enforcement of Morals”, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 250.

nı da gayrı ahlaki buluyor olabilir. Böyle bir ahlaki tutumun var olması, o tutumun hukuk tarafından korunmaya değer olduğuna ilişkin bir gerekçe teşkil etmez.¹⁰

Hart, Devlin'in ileri sürdüğü analogilerin devletin ahlaki dayatması olarak yorumlanmadan da açıklanabileceğini söyler. Örneğin çeşitli suçlarda mağdurun rızasının suçu ortadan kaldırmaması, paternalizm ile açıklanabilir. Hukuk sistemi kişinin kendisine verilecek zararı önlemeyi hedeflemektedir. Başka yasaklarda ise esasında yine üçüncü kişileri farklı statülerde koruma gayesi mevcuttur. Örneğin hayvanlara eziyet etmenin yasak olmasındaki temel gerekçe hayvanların ıstırabıdır, insanların ahlaksızlığı değil. Benzer bir durum kürtaj ve ensest için de geçerlidir. Hukuk bu durumlarda ceninin varlığını veya sağlığını korumak için müdahalede bulunur. Hart, iddia edilen ahlaksızlıkların kamuya açık olması durumunda makul bir şekilde yasaklanabileceğini kabul eder. Örneğin aleni cinsellik veya dine küfür durumlarında hukukun müdahalesi meşrudur. Ancak bu durumlarda da temel gerekçe, bu eylemleri izleyen veya ifadeleri duyanlardaki rahatsızlıktır. Bu kişiler eğer ellerinde olmadan rahatsız olacakları bir görüntüye veya ifadeye maruz kalıyorlar ise bu kişilerin korunması için bu görüntü veya ifadelerin engellenmesi makuldür. Ancak bu eylem ve ifadelerin kişilerin kendi özel alanlarında gerçekleşmesi durumunda üçüncü kişilerin rahatsız olması için bir sebep kalmaz. Bu sebep olmaksızın da ahlakın dayatılması meşrulaştırılmaz.¹¹

Bu tartışmanın kazananının Hart olduğu söylenebilir. Bunun iki sebebi vardır. Birincisi, Devlin'in değer tartışmalarına girmeyerek argümanını kısırlaştırmasıdır. Ahlakın dayatılmasına ilişkin iyi bir gerekçe söz konusu eylemin "kötü" olmasıdır. Devlin ise ele aldığı meselenin maddi boyutuna eğilmemektedir. İkinci olarak, Devlin her ne kadar değer yargılarına başvurmadığı için mütevazı bir başlangıç noktasından hareket etse de iddia ettiği sonuçlar fazlasıyla abartılı olmuştur. Hart da bu durumda bahis konusu ahlakın kötü olmadığını göstermeye bile ihtiyaç duymamış, bu müdahalenin yaratacağı somut zararların, müdahalenin olmaması halinde iddia edilen afaki zararlardan daha büyük olduğunu göstermesi yeterli olmuştur. Öte yandan hukukun ahlaki dayatması konusundaki argümanlar Devlin'in veya Hart'ın argümanları ile sınırlı değildir. Aşa-

¹⁰ Hart, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak...**, ss. 27-29.

¹¹ Ertuğrul Uzun, "Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", **H. L. A. Hart ve Hukuk- Ahlak Ayrımı**, 2. Baskı, Editör: Serca Gürler, İstanbul: Tekin Yayınları, 2017, ss. 90-94.

ğıda alternatif argümanları ele alarak bu konunun farklı boyutlarını inceleyeceğiz.

II. Hukukun Ahlakı Dayatması Lehine Alternatif Argümanlar

Devlin her ne kadar bu tartışmada zayıf kalsa da savunduğu pozisyonunun dayanabileceği gerekçelendirmeler onun argümanları ile sınırlı değildir. Aristoteles, Thomas Aquinas, John Finnis ve Robert George'un konuya dair önemli analizleri mevcuttur. Bu alternatif argümanları doğrudan Hart-Devlin tartışmasının somut konusu olan eşcinsel ilişkiler için değil, bu tartışmanın esas teması olan "hukukun ahlakı dayatmadaki rolü" çerçevesinde inceleyeceğiz.

A. Aristoteles

Klasik antik dönem felsefesinin en önemli düşünürlerinden Aristoteles, devletin ahlakı dayatmasını paternalist gerekçelere dayandırır. Düşünür, devleti yalnızca vatandaşların menfaatlerini saldırganlardan koruyan bir araç olarak görmez. Haksızlıkların önlenmesi toplumsal düzenin varlığı için gerekli olsa da, bu yeterli değildir. Siyasi bir toplum aynı zamanda insanların mükemmel, erdemli bir hayat yaşaması için oluşturulmuş bir yapıdır.¹² Aristoteles'e göre her ne kadar bilge insanlar aklın yoluyla ikna edilerek erdemli yaşam tercihlerine yönlense de her insan böyle değildir. Karakterleri zayıf olan insanlar akıl yerine tutkuları doğrultusunda tercihlerde bulunurlar¹³. Devlet işte bu kişileri cebir kullanarak zaafa yönlenmelerini engellemelidir. Bu tip yasalara birçok örnek verilebilir: içki, sigara ve uyuşturuculara dair kısıtlamalar getirilmesi, fuhşun önlenmesi, düellolara izin verilmemesi gibi. Aristotelesçi bir bakış açısı bu durumlarda kişilerin belli duyguların etkisi ile kendilerini erdemli hayattan uzaklaştıran irrasyonel kararlar aldığını iddia edecektir. Örneğin hayatının önemli bir kısmını basit hazları tecrübe etmek için veya üzüntülerini unutmak için uyuşturucular ile geçiren, cinsel iştahını doyumak için fuhşa yönelen, intikam arzusundan dolayı düelloya girişen, para kazanma isteği ile salt bir cinsel obje olarak kullanılmayı kabul eden bir kişinin hayatının tam manasıyla *iyi* olarak nitelenmesi zordur. Bu faaliyetlere karşı cebirin kullanılması, kişileri bu faaliyetlere yönelten tutkularına karşı dengeleyici bir kuvvet teşkil edecektir. *Ahlaki pater-*

¹² Aristoteles, **Politika**, 2. Baskı, Çeviren: Özgüç Orhan, İstanbul: Pinhan Yayınları, 2020, 3. Kitap, 5. Paragraf, 1280b.

¹³ Aristoteles, **Nikomakhos'a Etik**, 2. Baskı, Çeviren: Saffet Babür, Ankara: Bilgesu Yayıncılık, 2009, 10. Kitap, 9. Paragraf, 1179b-1180a.

nalizm, fiziksel paternalizme benzer ancak daha geniş kapsamlıdır. Fiziksel paternalizmde, kişilerin sağlıklarına ve güvenliklerine ilişkin müdahalelerde bulunulurken (örneğin kişilerin kanser olmamaları için sigaraya caydırıcı vergiler konulması gibi), ahlaki paternalizmde kişilerin karakterlerini yozlaşmadan korumak ve mükemmelleştirmek için müdahalelerde bulunulur¹⁴. Bu yaklaşımda belli yaşam tarzları ve tercihleri iyi ve erdemli, bunlara aykırı olanlar ise kötü ve zaaf içindedir. Belli tercihler arasında olumlu veya olumsuz değer yargılarında bulunmasından dolayı bu anlayış *mükemmeliyetçi* (*perfectionist*) olarak isimlendirilir¹⁵¹⁶.

Aristoteles'in yaklaşımı, Devlin'ininkinden farklıdır. Devlin'in argümanının içeriği söz konusu değerlerin *toplumsal* niteliği çevresinde gelişirken, Aristoteles'in argümanı müdahalenin hedef aldığı eylemlerin *kötü*, amaçlanan sonucun ise *iyi* olduğu iddiasına dayanır. Bu sebeple mükemmeliyetçi bir argümanda söz konusu müdahalenin temsil ettiği değer toplum tarafından benimseniyor olmasının bir ağırlığı yoktur. Hatta toplumun çoğunluğu söz konusu değerleri benimsemiyor da olabilir. Toplumdaki bilge insanların sayısı, karakteri zayıf olanlardan daha az olabilir. Mükemmeliyetçi yaklaşıma göre asıl önemli olan neyin iyi veya kötü olduğudur, çoğunluğun bu konudaki görüşü değil. Bu sebeple mükemmeliyetçi bir argümanın geliştirilebilmesi için söz konusu eylem hakkında değer yargılarında bulunulması gerekir. Örneğin eşcinsellik hakkında ahlakçı bir yasa çıkartılacak ise sadece toplumun eşcinsellik hakkında olumsuz bir algısını olduğunu göstermek (Devlin'in stratejisi buydu) yeterli olmaz, eşcinselliğin erdemli olmadığına ilişkin gerekçeler sunulmalıdır. Başka bir örnek ele alırsak, çekeşliliğe karşı çıkartılacak bir yasanın meşruluğu, bu pratiğin toplumun çoğunluğu tarafından benimsenmesi veya benimsenmemesinden bağımsız olarak erdemli bir hayata ters olması ile açıklanmalıdır. Devlin ile Aristoteles arasındaki bir diğer farklılık argümanlarının hedefidir. Devlin *toplumun* bütünlüğünü korumayı hedeflerken, Aristoteles ahlakçı yasa ile *kısıtlanan kişinin* iyisini koruduğu iddiasındadır. Bu sebeple paternalist bir ahlakçı yasanın meşru olabilmesi için kişinin iyiliğini ön planda tutması ve bunu gerekçelen-

¹⁴ Gerald Dworkin, "Paternalism", **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

¹⁵ Steven Wall, "Perfectionism in Moral and Political Philosophy", **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/#PerPlu>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

¹⁶ Hart da bu argümanın ileri sürülebileceğini belirtmiş ancak Devlin ile tartışmasında buna başvurulmadığı için derinlemesine incelemeye gerek duymamıştır. Hart, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", s. 248.

dirmesi gereklidir. Sadece toplumun bundan tatmin olacağını iddia etmek yeterli olmaz.

B. Thomas Aquinas

Ortaçağ Katolik felsefesinin önde gelen filozofu Thomas Aquinas, devletin ahlaki dayatmasını *genel ahlakının (public morality)* korunmasına dayandırır. Aquinas, Aristoteles ile mükemmeliyetçilik açısından aynı görüştedir. Aquinas'a göre de erdemli olan ve olmayan yaşam tarzları ve tercihleri vardır. Ancak Aquinas, paternalizmi kabul etmez çünkü bu durumda kişinin başkalarına zararı olmadığı için adalete aykırı bir durum yoktur. Devlet ancak kamunun ve diğerlerinin haklarını korumak için etiği cebren uygulayabilir, kişinin kendisini ilgilendiren meselelerde devletin bu hakkı yoktur. Kişilerin erdemli olmayan bir hayat yaşamaları Aquinas'a göre yine kötüdür ama devlet buna paternalist temelde karışamaz. Aquinas açısından bu tip kötülüklerin yargılayıcısı Tanrı'dır, devlet değil. Ancak kişilerin yaşam tarzının veya tercihlerinin *başkalarını yozlaştırma* ihtimali söz konusu olduğunda işte o zaman devletin genel ahlaki koruma hakkı ortaya çıkar. Bu müdahalenin gerekçesi Devlin'in ifade ettiği gibi toplumun dağılmasını engellemek değil, kişilerin erdemli bir hayata erişebilme için gerekli şartları sağlamaktır.¹⁷

Aquinas, paternalist müdahalelerde pratik bir sorunun da olduğunu kabul eder. Ahlakçı bir yasa kişinin gayri ahlaki eylemleri gerçekleştirmesine engel olsa dahi karakterini ahlaki hale getiremez. Çünkü karakter kişinin iç dünyasına ilişkin bir unsurdur, hukuk ise ancak dış eylemleri şekillendirebilir. Bu cebri müdahaleler, serbestlikleri kısıtlanan kişilerin tepkisine de sebep olacağından bu kişileri erdemlerden daha da uzaklaştırabilir. Hukuk, insanları ahlaki yapamaz, sadece ahlaki olabilmeleri için gerekli koşulları sağlayabilir. Bu nedenlerden dolayı devlet ahlak konularında özel alanlara karışmaktan imtina etmelidir. Hıristiyan bir filozof olan Aquinas, aynı mantığın dinin dayatılması meselesinde de geçerli olduğunu söyler. Aquinas'a göre en üstün iyi, insanların cennete gitmesidir ve bunun için de insanların Hıristiyanlığı benimsemeleri gerekir. Ancak devlet, dinsizlere, paganlara veya Musevilerin kendi topluluklarındaki ibadetlerine karışmamalıdır. İnsanları Hıristiyan ibadetlerine zorlamak onların eylemle-

¹⁷ Thomas Aquinas, **Summa Theologica**, Christian Classics Ethereal Library, 1485, Kısım I-II, 96. Soru, 2. Madde; 98. Soru, 1. Madde; 100. Soru, 2. Madde, <https://www.ccel.org/ccel/a/aquinas/summa/cache/summa.pdf>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

rini değiştirse de inançlarını şekillendiremez. Hatta buna içlerinden tepki göstereceklerinden dolayı mevcut inançlarına daha da bağlanabilirler.¹⁸

Aquinas'ın modelinin günümüz hukuk sistemleri tarafından kullanıldığı söylenebilir. Genel ahlak, pek çok hukuki kaynakta özgürlüklerin kısıtlanması için meşru bir gerekçe olarak sayılmaktadır. Bu hukuki kaynakların arasında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de vardır.¹⁹ Hart-Devlin tartışmasına geri dönersek, Wolfenden raporunun ulaştığı sonuç da Aquinas'ın modeli ile paraleldir. Eşcinsel ilişkiler özel alanlarda serbest bırakılırken, kamusal alandaki sınırlamalar muhafaza edilmiştir. Arjantin Anayasasının 19. maddesi de Aquinas'ın formülünü net bir şekilde ifade etmektedir: “İnsanların kamu düzenine, kamu ahlakına ve üçüncü kişilere zarar vermeyen özeldeki eylemleri tamamen Tanrı'nın takdirindedir ve hâkimlerin yetki alanının dışındadır.”²⁰

C. John Finnis

Finnis, doğal hukuk kuramının en önemli çağdaş temsilcilerinden biridir ve bu kuramın geleneksel çizgisini savunmasıyla tanınmaktadır. Düşünür, Aquinas'ın argümanlarını güncelleyerek ahlakçı yasalara ilişkin tartışmalara katkıda bulunmakta ve liberal argümanlardaki eksikliklere işaret etmektedir. Finnis de Aquinas gibi ahlakçı yasaların sadece paternalist nitelikte olması halinde gayri meşru olduğunu teslim eder²¹.

Bununla birlikte Finnis, ahlaksızlıkların kamusal bir bağlamda olması halinde devletin müdahale etmesi gerektiğini savunur. Düşünür burada hem Wolfenden raporuna hem de İngiltere'de intihar girişimini suç olmaktan çıkarmasına rağmen intihara teşvikin cezasını arttıran yasa değişikliğine işaret eder ve her iki değişikliği de haklı bulur.²² Finnis, evlilik içerisinde ve üremeye yönelik olmadığı için eşcinsel ilişkilerin gayri ahlaki olduğu görüşündedir. Aynı du-

¹⁸ **Ibid.**, Kısım I-II, 95. Soru, 1-3. Madde; Kısım II-II, 10. Soru, 1. Madde.

¹⁹ John Finnis, **Natural Law & Natural Rights**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 210-218.

²⁰ Aktaran John Finnis, “Hart as a Political Philosopher”, **Philosophy of Law: Collected Essays of John Finnis Volume IV**, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 268.

²¹ John Finnis, “Introduction”, **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, s. 10.

²² Finnis, “Hart as a Political Philosopher”, ss. 267-270.

rum, doğum kontrol yöntemlerinin kullanıldığı cinsel ilişkiler ve zina için de geçerlidir. Finnis'e göre cinsel yönelim ve isteklere ilişkin "olanlar", bunların "olması gerektiğine" ilişkin bir ahlaki değer teşkil etmez. Düşünürü göre kişinin arzuları doğrultusunda kendisini cinsel olarak araçsallaştırması, kendisini evlilik içindeki insan iyisinden uzaklaştırdığı için kötüdür. Finnis, eşcinselliğe karşı bu eleştirel tutumun aslında eşcinselliğe oldukça olumlu bakan bir toplumda yaşamış olan klasik felsefeciler Sokrates, Platon ve Aristoteles tarafından paylaşıldığını da belirtir.²³ Eşcinselliğin kötü olduğunu düşünen Finnis, bunun özel alanlarda yaptırma tabi tutulmasına karşıdır ancak kamusal alanda kısıtlamalar (kamusal alanda eşcinsel fuhşun, pornografinin yasaklanması, eşcinsel evliliğin ve evlat edinme hakkının tanınmaması gibi) getirilmesini destekler²⁴.

Finnis'in modelinde, kamusal alan kapalı kapılar ardında olmayan şeyler manasına gelmez. Buradaki asıl ölçüt, söz konusu eylemin bir başkasına etkisinin olup olmamasıdır. Örneğin ötenazi de intiharda olduğu gibi bir evin veya bir hasta odasının içerisinde olsa da sonuçta bir kişinin bir diğeri üzerindeki edimini ifade ettiği için devletin müdahale alanının içinde olmalıdır. Veya iki eşcinselin kendi özel alanlarındaki ilişkisine devlet karışmasa da, bir kişinin diğere fiziksel zarar verdiği sadomazoşist cinsel ilişkilere müdahale etmesi meşrudur²⁵.²⁶ Kişiler arasındaki tahakküm ve bağımlılık ilişkileri söz konusu olduğunda kişilerin "kendi" özel alanlarından bahsedilemez. Finnis, kürtaj ve insan embriyoları üzerindeki bilimsel çalışmaların da gayrı meşru olduğunu çünkü bu eylemlerin başka kişileri (insan embriyolarını) öldürdüğünü ifade eder²⁷.

Finnis, ahlak meselelerinde devletin tarafsız ve pasif olmasını savunan liberal düşünürlerin "Kantçı" argümanlarının esasında Kant'ın görüşlerini yansıtmadığını belirtir. Devletin rasyonel bireylere karışmamasını insan haysiyeti-

²³ John Finnis, "Law, Morality, and 'Sexual Orientation'", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 336-

²⁴ Finnis, "Hart as a Political Philosopher", ss. 268-269.

²⁵ Finnis, "Law, Morality, and 'Sexual Orientation'", s. 335.

²⁶ Aynı şekilde, aile içi şiddet vakalarının özel *alanda* olması şiddetin *özel* nitelikte olduğunu göstermez ve bu vakaları devlet müdahalesi kapsamının dışına çıkarmaz. Gündemdeki İstanbul Sözleşmesine ilişkin tartışmalarda getirilen eleştirilerden biri, bu sözleşmenin ailenin "içinde" gerçekleşenlere karşı devleti müdahil olmaya yöneltmesidir. Hâlbuki aile "içi" şiddet kavramı, sadece şiddetin nerede gerçekleştiğini ifade etmektedir, devlet yetkisinin ötesinde kalan özel bir alanı değil.

²⁷ John Finnis, "Justice for Mother and Child" **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 307-314.

nin bir gereği olarak öne süren bu yazarlar Kant'ın kuramını kendi görüşleri için bir temel olarak almaktadırlar. Finnis ise, Kant'ın kişilerin *kendilerine karşı* ödevlerinin olduğunu savunduğunu belirtir. Kişiler bu ödevlerine aykırı davranışları halinde herkesin içinde var olan insanlığın (*Menschheit*) hakkını ihlal eder. Kant bu başlıkta sübyancılık ve hayvanlarla cinsel ilişkiyi örnek olarak gösterir. Kant'a göre hayvanlarla ilişkiye girenler toplumdan süresiz bir şekilde kovulmalıdır. Finnis, Kant'ın otonomi ve insan haysiyeti anlayışının, insanın arzuları peşinde istediği gibi koşması manasına gelmediğine işaret eder. Kant açısından gerçek haysiyet ve otonomi, kişinin arzu ve isteklerini *akla* tabi kılması halinde gerçekleşebilir²⁸. Liberal yazarlar ise Kant'ın görüşlerini çarpıtarak onu kişilerin arzuladıkları gibi yaşamalarında hiçbir sakınca görmeyen bir düşünür olarak resmetmektedir.²⁹

Finnis'e göre Hart'ın ve diğer anti-mükemmeliyetçi düşünürlerin esas problemi hukukun ahlaki koruma konusundaki maddi içeriğe ilişkin meseleleri görmezden gelmeleridir. Finnis'e göre şekli formüller etiği açıklayamaz, insan için neyin *iyi* olduğuna ilişkin açıklamaların getirilmesi gerekir. Ancak bu maddi sorulara verilecek maddi cevaplar doğrultusunda ahlakçı yasalar hakkında akılcı bir tartışma yapılabilir. Ancak günümüz liberal anlayışı bu konularda bir yargıda bulunmamayı tercih etmektedir. Örneğin belli bir şeyin kamusal alanda yasaklanıp yasaklanmaması konusunda, o şeyin iyi bir insan hayatına katkıda bulunduğu veya zarar verdiğine ilişkin bir yargıda bulunulması gerekir.³⁰

Finnis, ahlaki "serbestleşmeden" dolayı gerçekleşen toplumsal değişikliklere de eleştirel yaklaşır. Liberal anlayış ahlaki serbestleşmenin kişilerin kendi hayatlarını arzu ettikleri gibi yaşadıkları ve mutlu oldukları bir gelecek vaat etmiştir. Finnis ise batı dünyasının 1960'lardan itibaren bir yozlaşma evresine girdiğini düşünmektedir³¹. Örneğin ötenazinin yasallaşması, yaşlı ve engelli kişilerin ihtiyaç duyduğu tedavi ve bakımı sağlamaktan ziyade öldürülmelerini

²⁸ Gökçe Çataloluk, "Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2019, s. 204.

²⁹ John Finnis, "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant vs. Neo-Kantians", **Columbia Law Review**, Cilt: 87, 1987, ss. 446-452; Immanuel Kant, *The Metaphysical Elements of Justice*, 2. Baskı, İngilizceye Çeviren: John Ladd, Indianapolis: Hackett, 1999, Paragraflar: 362-366.

³⁰ **Ibid.**, ss. 452-456.

³¹ Finnis, "Hart as a Political Philosopher", ss. 274-275.

daha iyi bir seçenek gibi sunmuştur³². Cinsel serbestleşme ve aile kurumunun zayıflaması, çocukların sağlıklı bir ortamda yetiştirilmesini zorlaştırmıştır³³. Kürtaj yasallaştırılırken ilk başta süre ve gerekçe şartları gibi belli sınırlamalar getirilse de bu sınırlamalar zaman içinde kaldırılmıştır³⁴.

D. Robert George

George, Princeton Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin hukuk felsefesi kürsüsü başkanıdır ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki siyasi, ahlaki ve hukuki tartışmalarda ön planda olan muhafazakâr bir düşündürdür.³⁵

George, hukukun ahlaki dayatması konusunda *çoğulcu mükemmeliyetçiliği* (*pluralistic perfectionism*) savunur. George Aristoteles'in paternalist mükemmeliyetçi anlayışını ilkesel olarak doğru bulur. Bununla birlikte George, Aristoteles'in insan iyisine ilişkin çoğulcu bir anlayıştan yoksun olduğunu belirtir. Farklı insanlar, farklı tercihlerde bulunarak aynı derecede erdemli hayatlar yaşayabilir. Mükemmeliyetçi anlayışın, erdemli hayatın işte bu farklı görünümelerini kapsayabilmesi gerekir. Devletin tek bir erdemli hayat görünümünü tüm insanlara dayatması doğru olmaz. George'a göre gerek Aristoteles'in gerekse de Aquinas'ın hatası bu olmuştur.³⁶ Bununla birlikte bazı yaşam tarzlarının ve tercihlerinin diğerlerinden daha iyi olduğuna ilişkin de akılcı yargılarda bulunulabilir. Bu yargılar da o kişilerin iyiliğini ve otonomisini koruma saikiyle ahlakçı yasaları şekillendirir ise toplumun bireyin haklarını ihlal ettiği söylenemez. Anti-mükemmeliyetçi yaklaşımların hatası da bu ihtimalleri gözden kaçırmalarıdır.³⁷

³² John Finnis, "Economics, Justice, and the Value of Life", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 249-250.

³³ John Finnis, "Marriage: A Basic and Exigent Good", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 323-325.

³⁴ Finnis, "Hart as a Political Philosopher", ss. 277-278, n. 78-79.

³⁵ Bakınız: David D. Kirkpatrick, "Robert P. George, the Conservative-Christian Big Thinker", **The New York Times Magazine**, 16 Aralık 2009.

³⁶ George, **Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality**, ss. 35-42.

³⁷ **Ibid.**, ss. 96-109; ss. 130-139. Daha sonraki eserlerinde paternalizmi reddetse de aynı eleştiri John Finnis de yapmıştır: Finnis, **Natural Law & Natural Rights**, 221-223.

George, mükemmeliyetçiliği belli temel haklar ile birleştirerek çoğulcu mükemmeliyetçi modeli oluşturur. İfade özgürlüğü, basın özgürlüğü, mahremiyet hakkı, örgütlenme özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü hakları bu anlayışın gereklilikleridir. Bu hakların olduğu toplumlarda, neyin iyi olduğuna ve bu iyilerin korunması ve yerleştirilmesi için hangi adımların atılması gerektiğine ilişkin kararlar alınabilir. George, her toplumda aynı ahlakçı yasaların olması gerektiğine dair mutlak bir iddiada bulunmaz. Bu kararlar toplumların kendi koşullarına göre değerlendirilmelidir.³⁸ Örneğin uyuşturucu kullanımının ve bağımlılığının yüksek olduğu toplumlarda topyekûn bir yasağın etkisiz olabileceği gerekçesi ile regülasyona karar verilebilir. Uyuşturucu kullanımının kontrol altında tutulabileceği toplumlar ise doğrudan yasaklamayı tercih edebilir.

George, Finnis'in aksine ahlakçı yasalar konusunda özel-kamusal alan ayrımında bulunmaz. George, Aquinas'ın paternalist yasalara olan tutumunun temelini de ilkesel değil, pratik gerekçelerden ötürü olduğunu ifade eder³⁹. George'a göre hukuk, kişilerin ahlaki karakterlerini düzeltmek veya yozlaşmasını engellemek için müdahalelerde bulunabilir⁴⁰. Örneğin kişilerin kendi özel alanlarındaki uyuşturucu kullanımı da meşru bir müdahale alanı olabilir. Bununla birlikte George, Finnis'ten farklı olarak çoğulculuğun güvence altına alınması için yukarıda sayılan hakların gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Örneğin devlet, "doğru" din veya "doğru" siyasi görüşü yaymak için diğer din ve siyasi görüşleri yasaklayamaz. Aynı şekilde, kişilerin mahrem alanlarındaki faaliyetleri mutlak olmamakla beraber kamusal alanlara kıyasla devletin müdahalesinden muaf tutulmalıdır.

George, Devlin'in argümanının hatalı olduğunu ancak makul bir şekilde yeniden yapılandırılabileceğini de savunur. Devlin'in argümanındaki esas zayıflık, ahlakın hukuk tarafından korunmaması halinde toplumun dağılacağına ilişkin sağduyudan uzak, aşırı bir iddiaya dayanmasıdır. Bugünkü duruma bakıldığında Devlin'in öngörülerinin açıkça hatalı olduğu aşikârdır. İngiltere'nin de dâhil olduğu pek çok ülkenin ahlaki değerleri son yıllarda ciddi dönüşümler geçirmiştir. Ama bu toplumların çöktüğünü söylemek Hart'ın da ifade ettiği üzere bir hata olur. Bu ülkelerde insanlar hala işlerine gitmekte, çocuklarını okula göndermekte ve hayatlarını belli bir düzen içerisinde devam ettirmekte-

³⁸ George, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, ss. 189-228.

³⁹ *Ibid.*, ss. 30-34.

⁴⁰ *Ibid.*, ss. 42-47.

dirler. Toplumsal refah göstergeleri de ciddi bir olumsuzluğa işaret etmemektedir. Öte yandan Devlin'in argümanı kadar iddialı olmayıp, daha mütevazı bir temelden hareket edilerek, sağduyulu müdahaleler gerekçelendirilebilir. Bazı ahlaki değerlerin değişmesi veya ortadan kalkması her ne kadar toplumsal düzenin topyekûn yok olmasına sebep olmasa da toplumsal bağların zayıflamasına ve kişilerin birbirlerinden uzaklaşmasına yol açabileceği iddia edilebilir. İnsanların bir toplum içinde kendi varlıklarının ötesinde diğer insanlarla ortak değerlerinin var olduğunu bilmeleri iyi bir şeydir. Bu ortak değer birlikteliğinin korunduğu bir toplumun, bu iyiden yoksun bir topluma kıyasla *daha iyi* bir durumda olduğu ve bu nedenle değer birlikteliğinin korunması yönünde makul bir gerekçenin olduğu söylenebilir. Ancak George, her ne kadar toplumsal değerlerin Devlin'in işaret ettiği *toplumsal* boyutunu kabul etse de, bunların Devlin'in ifade ettiği gibi *değer* yargılarından bağımsız olarak desteklenmesini reddeder. Örneğin tek eşli evliliğin desteklenmesi toplumsal açıdan da belli bir kazanım sağlar. Ancak bu, çok eşliliğin benimsendiği toplumlarda da Devlin'in savunduğu üzere çok eşliliğin desteklenmesi gerektiğine varmamalıdır. Benzer bir şekilde dine küfrün (*blasphamey*) devletin kurucularına hakaretin engellenmesi bu kapsamda makul görülebilir. Ancak bunların da sadece toplumsal açıdan benimsenmeleri yeterli olmaz. Örneğin köleciliği savunan bir tarihi figürün heykelinin sırf toplumsal bağları güçlendireceği gerekçesi ile dikilmesi ve muhafazası meşru olmaz. George'a göre korunan ahlakın veya ahlaki temsilin sadece toplumsal olması yeterli olmaz, aynı zamanda ahlaki olması da gerekir.⁴¹

III. Hukukun Ahlakı Dayatması Aleyhine Alternatif Argümanlar

Hart, Devlin ile giriştiği tartışmada her ne kadar üstün gelse de savunduğu pozisyonunun dayanabileceği gerekçelendirmeler onun argümanları ile sınırlı değildir. Joel Feinberg, John Rawls, Ronald Dworkin ve Joseph Raz'ın konuya dair önemli analizleri mevcuttur. Bu alternatif argümanları Hart-Devlin tartışmasının somut konusu olan eşcinsel ilişkiler için değil, bu tartışmanın esas teması olan "hukukun ahlakı dayatmadaki rolü" çerçevesinde inceleyeceğiz.

⁴¹ **Ibid.**, ss. 65-82.

A. Joel Feinberg

Feinberg, Amerikalı liberal bir düşünür olarak hukukun kişi özgürlüklerine müdahalesi konusunda yazılmış belki de en ayrıntılı eseri kaleme almıştır. Dört ciltlik *The Moral Limits of Criminal Law (Ceza Hukukunun Ahlaki Sınırları)*, kitabı bir klasik haline gelmiştir.⁴²

Feinberg, devlet müdahalesi konusunda Hart'tan daha şüphecidir. Yukarıda belirtildiği üzere Hart, Mill'in zarar ilkesini hukuki ahlakçılık konusunda kabul etse de hukuki paternalizm konusunda bu ilkeyi reddetmişti. Feinberg ise hukuki ahlakçılık gibi hukuki paternalizme de karşıdır. Feinberg'e göre hukuki ahlakçılık ve hukuki paternalizm veya ahlaki paternalizm ile fiziksel paternalizm arasında ilkesel bir ayırım yapılamaz. Her iki yaklaşım da, kişinin özgürlüğünü onun iyiliği için cebir kullanarak kısıtlamayı meşru görür. Hukuki paternalizm veya fiziksel paternalizmde bu iyi kişinin sağlığıdır, hukuki ahlakçılık veya ahlaki paternalizmde bu iyi kişinin karakteridir. Tabii ki bir kişinin karakterini yozlaşmadan korumak veya düzeltmek, onun sağlığını korumak veya düzeltmekten daha zor ve karmaşık olabilir. Ancak bu pratik bir sorundur, ilkesel değil. Feinberg, bu sebeple devletin riskli eylemler konusunda bireyleri bilgilendirebileceğini ancak kesinlikle bunları yapmaktan onları alıkoyamayacağını savunur. Feinberg'e göre Hart'ın yaptığı gibi hukuki paternalizmi kabul etmek, hukuki ahlakçılığa karşı ilkesel bir temel sağlama konusunda yetersizdir. Bu sebeple hukuki ahlakçılık reddedilecek ise, hukuki paternalizmin de reddedilmesi gerekir.⁴³

Feinberg, bu tavizsiz pozisyonunun başka sorular doğurduğunu kabul eder. Hart-Devlin tartışmasında Devlin, kişilerin rıza gösterdiği vakalarda dahi cezalandırmanın uygulandığını öne sürmüştü, Hart ise bu argümanı bu vakaların hukuki paternalizm ile açıklanabileceğini ifade ederek çürütmüştü. Eğer hukuki paternalizm Feinberg'in savunduğu gibi gayrı meşru ise o zaman hukukun kişilerin başkaları tarafından öldürülmeye, dövülmeye, köle olarak satılmaya, ikinci, üçüncü veya dördüncü eş olmaya rıza göstermelerine karışmasının gerekçesi ne olacaktır? Feinberg bu durumlarda kişilerin rızasının olmadığına ilişkin güçlü verilerin olmasından dolayı bu tür eylemlerin hukuk tarafından onaylanmadı-

⁴² Bakınız: Christopher Lehmann-Haupt, "Joel Feinberg, 77, Influential Philosopher", *The New York Times*, 5 Nisan 2004.

⁴³ Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law III: Harm to Self*, New York: Oxford University Press, 1986, ss. 27-52.

ğını ifade eder. Devletin burada yaptığı şey kişilerin kendi iradelerini reddedip onların iyiliği için aksi yönde bir sonucu sağlamak değil, onların iradesinin ne olduğunun belirsiz olmasından dolayı bu işlemleri onaylamaktan sakınmaktır.⁴⁴

Feinberg, gerek hukuki paternalizmin gerekse de hukuki ahlakçılığın kişilerin menfaatlerini ve haklarını ihlal ettiğini savunur. Feinberg'e göre insanların karakterlerindeki sözde yozlaşmaları onların menfaatlerine zarar vermez. Kişilerin kendi karakterlerini kendi tercihleri doğrultusunda şekillendirmeleri halinde başka bir mükemmellik anlayışına ters olmaları onlar açısından bir sorun teşkil etmez. Bu sebeple karakterlerinin sözde bir mükemmeliyetten uzak kalması onlar açısından bir kayıp değildir. Başkalarına da zarar vermediklerine göre devletin kişisel egemenlik alanına el atması için herhangi akılcı bir sebep kalmaz.⁴⁵

Bununla beraber Feinberg, Mill'in zarar ilkesinden başka gerekçelerle de devlet müdahalesinin meşrulaştırılabileceğini söyler. Düşünürü göre her ne kadar kişilere doğrudan bir zarar verilmediği ancak bu kişilerin ciddi biçimde rencide edildiği veya rahatsız oldukları hallerde devlet müdahalesi makul olabilir. Örneğin kamuya açık bir alanda herkesin gözü önünde bir kişinin tuvaletini yapması, bu görüntüyü izleyenler açısından somut bir zarar doğurmaz. Kimse- nin bu durumda yaralandığı veya malvarlığının azaldığı söylenemez. Ancak yine de bu durum, buna tanık olanların iğrenmesine sebep olur. Aynı şekilde, alenen cinsel ilişkide bulunmak ve teşhircilik de bu kapsamda bir devlet müdahalesi sebebidir. Feinberg'e göre bu durumlarda hukukun meşru müdahale dayanağı bu eylemlerin ahlaksız olması değil, bu eylemlerin üçüncü kişilerde rahatsızlığa sebep olmasıdır.^{46/47}

⁴⁴ Joel Feinberg, **The Moral Limits of the Criminal Law IV: Harmless Wrongdoing**, New York: Oxford University Press, 1990, ss. 165-172.

⁴⁵ **Ibid.**, ss. 17-18.

⁴⁶ Joel Feinberg, **The Moral Limits of the Criminal Law II: Offense to Others**, New York: Oxford University Press, 1985, ss. 93-96.

⁴⁷ George ise bu tip yasaların sadece rahatsızlık ile açıklanamayacağını, bu tip eylemlerin gayri ahlaki olduğunu belirtir. Örneğin kamusal alandaki çıplaklığın veya cinselliğin kötü olmasının temelindeki gerekçe bu eylemlerin tevazudan yoksun olmasıdır. Robert P. George, "Moralistic Liberalism and Legal Moralism", **Michigan Law Review**, Cilt: 88, Sayı: 6, 1990, s. 1422.

B. John Rawls

Rawls, toplum sözleşmesi kuramı geleneğinin modern bir temsilcisidir. Locke, Rousseau gibi Aydınlanma dönemi toplum sözleşmesi düşünürleri, dönemin şartları gereği daha çok siyasi haklar ile din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin argümanlar ileri sürmüştür. Rawls ise kapitalist bir ekonomideki sosyo-ekonomik eşitsizlikler, kozmopolit bir toplumdaki kişi hürriyetleri gibi modern dünyanın güncel sorunlarına ilişkin analizler getirmekte ve bunu yaparken toplum sözleşmesini Aydınlanma düşünürlerinden daha soyut bir boyutta temellendirmektedir.

Rawls, anti-mükemmeliyetçi liberal bir yaklaşımı benimser. Düşünürüne göre adalet ilkelerinin içeriğinin belirlenebilmesi için bireylerin eşit bilgiye sahip olduğu bir “ilk durum” kurgulanmalıdır. Bunun sebebi, kişilerin normal şartlarda kendi karakterleri, koşulları ve çıkarları doğrultusunda adaletin ne olduğu hakkında önermelerde bulunmaları halinde taraflar taleplerde bulunacak olmaları ve adaletle dair bir anlaşmanın sağlanmasının mümkün olmamasıdır. Rawls, bu sorunu çözmek için kişilerin adalet ilkeleri hakkında akıl yürütmeden önce onları kendi özellikleri, hayat tarzları ve imtiyazları hakkında bilgi sahibi olmadıkları bir “cehalet perdesi” arkasına yerleştirip bu koşulda bireylerin nasıl düşüneceklerini sorgular. Bu koşulda herkes eşit konumdadır çünkü her ne kadar gerçek hayatta bazıları diğerlerinden farklı imtiyazlara veya toplumsal çoğunlukta olmalarından dolayı avantajlara sahip olsa da, cehalet perdesinin arkasında kendilerinin bu imtiyazlara sahip olup olmadıklarını veya belli bir çoğunluğa mensup olup olmadıklarını bilmemektedirler.⁴⁸ Hart-Devlin tartışmasının konusu ile bağlantı kurarsak, toplumsal hayatta heteroseksüeller ve eşcinseller vardır. Bu kişiler doğal olarak kendi mensup oldukları grubun menfaatleri doğrultusunda taleplerde bulunurlar. Bu durumda çoğunluk olan heteroseksüellerin eşcinsel ilişkileri kötü olarak nitelemesi ve engellemesi olasıdır. Ancak cehalet perdesinin arkasındaki kurgusal koşullarda, kişiler kendilerinin heteroseksüel veya homoseksüel olduğunu bilmediği bir durumda bu kişilerin adaletle ilişkin görüşleri ne olacaktır?

Rawls’a göre işte bu koşullarda kişiler tam da kendi menfaatlerini korumak adına herkes için azami ve eşit ölçüde din ve vicdan özgürlüğünde mutabık kalır. Cehalet perdesinin arkasındaki hiçbir kişi kendi özgürlüğünün riske gir-

⁴⁸ Leif Wenar, “John Rawls”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

mesini istemez ve kendi yaşam tarzını topluma dayatma ihtimali için kendi hayatını nasıl yaşayacağına dair serbestliği üzerine kumar oynamaz.⁴⁹ Cehalet perdesi arkasındaki bir kişi koyu bir dindar veya aktif bir cinsel hayatı olan bir homoseksüel olduğunu bilmiyor ise, bu durumda seçilecek en iyi seçenek her iki ihtimalde de bireyin menfaatini koruyan eşit ve azami özgürlüktür.

Rawls'a göre mükemmeliyetçi anlayışlar kişiden kişiye değişir. Neyin mükemmel değeri teşkil ettiğine ve bunun nasıl gerçekleştirilmesi gerektiğine dair farklı anlayışlar vardır. Bu durum farklı siyasi ideolojilerin, kültürel değerlerin, dini inançların farklı toplumsal gruplar tarafından benimsenmesinden görülebilir. Cehalet perdesinin arkasındaki kişiler her ne kadar kendi ideolojilerinin, kültürlerinin, yaşam tarzlarının veya dinlerinin ne olduğunu bilmeseler de neticede kendilerinin değer vereceği bir ideolojinin, kültürün, yaşam tarzının veya dinin olduğunu bilirler. Cehalet perdesi arkasında devlete bu tip bir müdahale hakkı vermek bu menfaatlerini ciddi bir şekilde riske atacağı için kişiler açısından akılcı olan, ideolojileri, kültürleri, yaşam tarzları, dinleri ne olursa olsun buna devlet tarafından eşit ve azami ölçüde özgürlük tanınması olacaktır. Rawls'a göre işte bu eşit ve adil koşullarda kabul edilen ilkeler ancak adalet ilkeleridir. Mükemmeliyetçilik, bu bağlamda tüm toplum açısından geçerli siyasi bir adalet ilkesi olamaz. Kişiler kendi özgür iradeleri ile oluşturdukları kendi topluluklarında mükemmeliyetçiliği kendileri için bir ilke olarak benimseyebilirler ancak başkalarına kendi mükemmeliyetçi anlayışlarını devlet aygıtını kullanarak dayatamazlar.⁵⁰

Rawls, ahlakçılığa karşı olmasına rağmen paternalizmin belli koşullarda makul olacağını ifade eder. Ancak burada da devlet, kişilerin mevcut iradelerini kırmak için değil, onların akılcı karar veremedikleri veya iradelerinin olmadığı durumlarda onları korumak için müdahalede bulunabilir. Cehalet perdesinin arkasındaki ilk durumda bireyler, akılcılıklarının kaybolduğu veya zayıfladığı durumlarda menfaatlerinin korunmasını makul bulurlar. Ancak bu, kişilerin akıllarının yerinde olduğu ve iradelerinin sarıh olduğu durumlarda dahi toplumun geri kalanının devlet aygıtını kullanarak kendi tercihlerini engellemeye rıza gösterdikleri manasına gelmez.⁵¹

⁴⁹ John Rawls, **A Theory of Justice**, Güncellenmiş Baskı, Massachusetts: The Belknap Press, 1999, ss. 285-292.

⁵⁰ **Ibid.**, ss. 285-292.

⁵¹ **Ibid.**, ss. 218-220.

Rawls'un anti-mükemmeliyetçi anlayışı, Hart'tan farklı olarak faydacı değildir. Rawls'un doğru olduğunu iddia ettiği adalet ilkeleri toplam faydayı sağladığı için geçerli değil, adil şartlarda akılcı bireylerin kabul edeceği ilkeler olduğu için geçerlidirler. Rawls, Mill'in zarar ilkesinin çoğu durumda kişilerin özgür olması gerektiğini onaylasa da, *eşit* özgürlüğü temellendirmek için yetersiz bir dayanak olduğuna işaret eder çünkü faydacı hesapta çoğunluğun tercihleri, azınlığa kıyasla daha fazla önem arz eder⁵².

C. Ronald Dworkin

Dworkin, hukuk felsefesinde Hart'ın hukuki pozitivizmine karşı getirdiği eleştiri ile üne kavuşmuş olmakla beraber, yazarın siyasal liberalizm savunusu da önem arz etmektedir. Düşünüre göre yasaların meşruluğunu değerlendirirken bunların yaratacağı sonuçlara odaklanmak yetersizdir. Öte yandan, Devlin, Mill ve Hart, kısıtlamaları ve serbestliği temellendirirken bunların yaratacağı sonuçlara atıfta bulunarak meşrulaştırmalara girişmişlerdir. Yukarıda açıklandığı üzere Devlin, toplum ahlakını zorlayan yasaları, toplumsal bütünlüğü muhafaza etmesi sebebiyle desteklemiş, Mill ve Hart ise serbestliğin kişilerin kendi mutluluklarını tecrübe etmelerine imkân sağlaması veya engellememesi sebebiyle bu yasalara karşı çıkmışlardır.

Dworkin'e göre bu tip stratejilerin temeli zayıftır çünkü toplumun uzun vadede nasıl bir görünüm alacağı oldukça karmaşık toplumsal dinamiklere bağlıdır. Bu dinamiklerin nesnel ve kesin bir şekilde öngörülmesi mümkün değildir. Sonuç olarak belli bir eylemin yasaklanması veya serbest bırakılmasının uzun vadeli toplumsal neticeleri hakkında iddialı önermeler yapılamaz ve bu tip önermelerin üzerine inşa edilen argümanlar noksandır. Dworkin'e göre bu tip tartışmaların çözümü "hak temelli" bir yaklaşımdan geçer. Düşünüre göre bireylerin üçüncü kişilere zarar vermedikleri sürece ahlaki bağımsızlıkları vardır ve devletin çoğunluğun menfaati veya arzuları doğrultusunda kişilerin bu bağımsızlıklarını ihlal etmesi meşru değildir. Dworkin böyle bir yaklaşımın kişilerin eşitliğine aykırı olduğunu ve tam da bu sebepten dolayı sonuçlara dayanan faydacılığın eşitlikçi olmayan bir kuram olduğunu savunur. Yazara göre kişilerin hakları, belli faydaları hedefleyen politikalarla üstündür ve onlara karşı bir kozdurlar. Bu bağlamda devlet, kişilerin haklarını ihlal etmedikçe çeşitli menfaatleri arttıracak politikalar üretebilir. Ancak politikalar her ne kadar toplam

⁵² **Ibid.**, ss. 184-185.

faydayı arttırsa da bazı insanların haklarını ihlal etmesi halinde gayri meşru hale gelir çünkü belli vatandaşları diğerlerinden daha aşağıda tutmuş ve onlara eşit saygı ve ilgi göstermemiş olur. Dworkin, bu temelden hareket ederek kişilerin kendi özel hayatını ilgilendiren konularda ahlaki dayatan yasaların haksız olduğunu ileri sürer. Devlet veya toplum, “mükemmeliyetçi” bir anlayış ile belli yaşam tarzlarının diğerlerinden daha iyi olduğuna kanaat getirip bu anlayışı diğer kişilere dayatamaz. Böyle bir politika belki gerçekten de toplumsal menfaatleri arttırabilir veya toplumun çoğunluğundaki memnuniyet, yasanın kısıtladığı insanların memnuniyetsizlikten fazla olabilir. Dworkin, bu ihtimallerde dahi devletin vatandaşlarına eşit saygı ve ilgi yükümlülüğünden dolayı herhangi bir ahlaki dayatma hakkının olmadığını savunur. Örneğin pornografinin yasaklanması gerçekten de toplumsal memnuniyeti veya gelişimi arttırabilir ancak böylesi bir yasak, bu yasağı tasvip etmeyenlerin kendi özel alanlarını ihlal edeceğinden dolayı eşitlikçi olmayan bir muamele olacaktır.⁵³

Dworkin, bu tip yasalara karşı muhalif tutumuna rağmen tüm paternalist yasalara karşı olmadığını ifade eder. Örneğin kişilerin zaten hedeflediği amaçlara onları ulaştırmak için belli kısıtlama ve yönlendirmelerin yapılması meşrudur. Sürücü ve yolculara emniyet kemeri takma zorunluluğunun getirilmesi bu bağlamda makuldür. Çünkü sürücü ve yolcular da bir kaza olması halinde hayatlarını kaybetmemek veya yaralanmamak ister. Ancak yasa, kişinin kendisinin değerli bulunduğu bir şeyi ondan esirgemek ve değerli bulmadığı bir şeye onu zorlamak üzerine şekillenmiş ise bu meşru olmaz. Böyle bir yasa, kişilerin kendi değerlerine aykırı davranmaya zorlayacağı için onların iyiliğine olmaları mümkün değildir. Dworkin, ancak makul derecede kısa süreli paternalist müdahalelerin, kişilerin bu kısa süre zarfında tercihlerini fazla kısıtlamaması ve bu müdahaleden sonra kişinin kendisinin elde ettiği faydalardan dolayı bu müdahaleyi onaylaması ihtimalinin yüksek olması halinde meşru olabileceğini söyler.⁵⁴ Örneğin uyuşturucu bağımlılarının belli bir süre rehabilitasyona zorlanması meşru olabilir. Ancak yine de uyuşturucu bağımlılarının süresiz olarak tıbbi merkezlere kapatılması, toplumsal menfaatleri veya memnuniyeti arttırsa dahi, o kişilere eşitlikçi olmayan bir muamele teşkil edeceği için meşru olmaz.

⁵³ Ronald Dworkin, **A Matter of Principle**, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, ss. 350-365.

⁵⁴ Ronald Dworkin, **Sovereign Virtue**, Massachusetts: Harvard University Press, 2002, ss. 267-274.

D. Joseph Raz

Raz hukuk felsefesinde sert pozitivist yaklaşımı ile üne kavuşmuş olmakla beraber, yazarın mükemmeliyetçi liberalizm (*perfectionist liberalism*) savunusu da önem arz etmektedir. Bu yaklaşım anti-mükemmeliyetçi olan Mill, Hart, Feinberg, Rawls ve Dworkin'den ayrışır. Buna göre devlet, klasik geleneğin ifade ettiği gibi belli iyiler hakkında yargıda bulunabilir ve bunların gerçekleşmesi için müdahalelerde bulunabilir. Raz, klasik geleneğin bu açıdan haklı olduğunu ve farklı yaşam tarzları ve tercihlere devletin eşit mesafe koymasının yanlış ve imkânsız olduğunu söyler⁵⁵. Raz'ın bu görüşleri onu *mükemmeliyetçi* bir pozisyona getirir.

Öte yandan Raz'a göre devlet neyin iyi olduğuna dair yargılarda bulunurken mutlakiyetçi değil, çoğulcu bir anlayış benimsemelidir. Tıpkı George gibi Raz da iyi, erdemli hayatın tek bir görünümünün olmadığını belirtir. Raz'ın George'dan ayrıldığı nokta, devletin iyiyi gerçekleştirirken bireylere karşı cebri yöntemler kullanmasına karşı çıkmasıdır. Raz'a göre cebir, kişilerin otonomisini ihlal eder. Devlet kişileri iyi olmaya zorlayamaz, otonom kişilerin bunu kendilerinin yapması gerekir. Çoğulculuk savunusu ve cebir karşıtlığı Raz'ın anlayışının *liberal* tarafını temsil eder.⁵⁶

Cebir kullanmaksızın ahlakın nasıl korunacağı, yerleştirileceği veya destekleneceği sorusu karşısında Raz, cebrin dışında pek çok enstrümanın mevcut olduğuna işaret eder. Örneğin devlet tek eşli evliliğe çeşitli imtiyazlar tanıyarak bu tip bir yaşam tarzını destekler. Pek çok hukuk sisteminde zina suç olmasa da bir boşanma sebebidir. Bu durumda hukuk sistemi, zina yapan eş ile zina yapmayan eş arasında eşit mesafede durmaz. Ahlaklı davrananın menfaatlerini önceler ve bunu yapacağını yasalarda belirttiği için kişileri zina yapmamaya yönlendirir. Eğitim ve bilinçlendirme kampanyaları ile sağlıklı beslenme teşvik edilebilir. Caydırıcı vergiler ile sigara ve alkol tüketimi kısıtlanabilir, bu ürünlerin reklamları yasaklanabilir. Uyuşturucu kullananların bu alışkanlığını bırakmaları için rehabilitasyon merkezleri kurulabilir ve buradaki programlara katılım teşvik edilebilir. Birçok ülkede uyuşturucu kullanımı suç olmaktan çıkarılmıştır (*decriminalization*), ancak yasallaştırma (*legalization*) tercih edilmez. Bu

⁵⁵ Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, 1986, ss. 110-124.

⁵⁶ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Güncellenmiş Baskı, Oxford: Oxford University Press, 1995, ss. 117-124

modelde uyuşturucu satışı yasak tutulmakla beraber uyuşturucu kullananlar cezalandırılmaz.⁵⁷

Raz'ın cebri araçlara karşı olmasının iki sebebi vardır. Bunlardan ilki, cebrin kişi üzerinde bir tahakküm ilişkisi kurması ve bireyin bağımsızlığına son vermesidir. İkinci olarak cebir, kişinin otonomisine topyekûn ve fark gözetmeyen bir müdahalede bulunur. Örneğin hapsedilen bir kişi, cezalandırılma sebebi olan eylemin dışındaki otonom faaliyetleri de yapmaktan alıkonulmuş olur. Raz, hapis dışındaki diğer cebri araçların görece daha az sert olduğunu kabul eder ancak yine de tüm cebri yöntemlerin kişilerin otonomisini ihlal edeceğini belirtir. Raz'a göre devlet müdahalesi otonomiye saygı gösterdiği sürece meşru olabilir. Devletin kişilerin iyiliğini sağlama gayesi ile onların otonomisini ortadan kaldırması çelişkilidir.⁵⁸⁵⁹

Raz bu açıklamalar sonucunda Mill'in zarar ilkesini kabul eder. Buna göre başkalarına zarar vermeyen eylemler cezalandırmanın veya devlet cebrinin konusu olmamalıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, Raz'ın diğer anti-mükemmeliyetçilerin yaptığı gibi devletin mükemmellik amacını reddetmediği, sadece kullandığı araçlara karşı çıktığıdır.⁶⁰

Sonuç

Hart-Devlin tartışması hukuki ahlakçılık çevresindeki meseleleri anlamak için iyi bir başlangıç noktasıdır ancak kesinlikle nihai bir son değildir. Birçok düşünür Hart ve Devlin'den oldukça farklı argümanlar geliştirmiştir. Her birinin belli bir ağırlığı vardır ve konunun farklı boyutlarını aydınlatmaktadır.

Aristoteles ile başlayan mükemmeliyetçi yaklaşım, insanın sadece fiziksel menfaatlerinin olmadığına, iyi bir yaşam için karakterinin de gelişmesi gerektiğine işaret eder. Bu tespit, devletin vatandaşların iyiliğini sağlama işlevi

⁵⁷ Raz, **The Morality of Freedom**, ss. 161-162.

⁵⁸ **Ibid.**, ss. 418-419.

⁵⁹ Raz'ın argümanının hapis cezaları açısından makul olmasına rağmen yasaklama, müsadere veya para cezaları açısından aynı şeyin söylenemeyeceğine dair güçlü bir eleştiri için bakınız: Wojciech Sadurski, "Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle", **Oxford Journal of Legal Studies**, Cilt: 10, Sayı: 1, 1990, ss. 122-133.

⁶⁰ Raz, **The Morality of Freedom**, ss. 412-420.

doğrultusunda onların ahlaklarını da koruma ve geliştirme konusunda belli şeyler yapabileceği çıkarımına varır. Aquinas, özel-kamusal alan ayrımı ile hukuki ahlakçılığı daha sofistike bir temele oturtmuş ve günümüz hukuk sistemleri açısından uygulanabilir bir model geliştirmiştir. Finnis, farklı koşullarda kapalı kapılar ardında olsa dahi belli eylemlerin özel alan muafiyetinden yararlanamayacağına dikkat çekerek bu ayrımın temelindeki fikri aydınlatmıştır. George, bir taraftan hukuki ahlakçılığın Aristoteles'in savunduğu gibi paternalist bir nitelikte olabileceğini savunurken, diğer taraftan bu anlayışın tek tip bir iyi yaşam dayatması olmaktan çıkması için belli temel haklarla birleştirilmesi gerektiğini göstermiştir.

Hukuki ahlakçılığa karşı çıkan filozoflar da Hart'ın eğilmediği birçok meseleyi ele almışlardır. Feinberg, hukuki ahlakçılığa tutarlı ve ilkeli bir şekilde karşı çıkılması için hukuki paternalizmin de bu kapsamda reddedilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Dworkin ve Rawls, toplumsal bütünlük veya faydadan bağımsız olarak kişilerin hakları gereği devletin mükemmeliyetçi amaçlar veya çoğunluğun talepleri doğrultusunda kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan yasalar çıkartmasının gayri meşru olduğunu göstermişlerdir. Siyasal toplumlarda yasa koyucular her ne kadar iyi niyetli paternalist gerekçeler ileri sürseler de çoğu durumda belli çoğunlukları tatmin etmek için azınlıkları bastırırlar. Bu gerçek dikkate alındığında bireyleri bu gibi müdahalelerden koruyacak adalet ilkelerinin önemi ortaya çıkmaktadır. Raz ise mükemmeliyetçi amaçların meşruluğu kabul edilse dahi kişilerin otonomisine saygı gösteren bir devletin bunu ancak meşru araçlarla gerçekleştirmesi gerektiğine ve cebrin bu meşru araçlar arasında yer almadığına işaret etmiştir.

Kanaatimizce ahlakçı bir yasa meşru olabilir ancak ağır bir gerekçelendirme yükü altındadır. Bu gerekçelendirme yükünün asıl gövdesi söz konusu yasanın kişinin *iyisine* hizmet ettiğinin ve belli bir *kötüyü* engellendiğinin gösterilmesidir. Bu da bizi oldukça zor ve tartışmalı bir alana getirir: İnsan için ne iyidir, iyi bir hayatta neler olmalıdır? Bu soru felsefe tarihi boyunca ele alınmakla beraber tartışma nihayete ermemiştir. Öte yandan belli soruların tartışmalı olması, tartışmanın yapılmaması gerektiği manasına gelmez, hele ki bazı konularda. Örneğin uyuşturucu maddeler, kişilerin sağlıklarını korumanın ötesinde onların *karakterlerinin* yozlaşmasını önlemek için de yasaklanabilir. Aristoteles'in ve George'un çizgisi bu yönde olmuştur.

Bununla birlikte, söz konusu müdahalenin yaptırımının yarattığı zararın ağırlığı da dikkate alınmalıdır. Raz'ın bu noktada araçlara yaptığı vurgu değer-

lidir. Ancak Raz'ın *tüm* cebri araçlara karşı çıkması akılcı değildir. Kişinin otonomisine doğrudan zarar vermeyen yaptırımlar (para cezası, müsadere, yasaklama gibi) veya korunmaya çalışılan değer ile orantılı kısa süreli özgürlük kısıtlamaları (örneğin rehabilitasyon tesislerindeki programlara zorunlu katılım gibi) meşru olabilir. Aquinas ve Finnis'in ahlaki paternalizme karşı kategorik olarak karşı çıkmaları da belli durumlarda korunabilecek insan iyilerinin ağırlığı düşünüldüğünde makul değildir.

Uyuşturucu gibi kişilerin akli yetilerinin ciddi biçimde etkilendiği aşikâr olduğu bir konuda ahlakçı bir yasanın (ve aynı zamanda paternalist bir yasanın) meşruluğu görece kolay bir şekilde temellendirilebilirken, zararın daha belirsiz ve dolaylı olduğu diğer konularda bu gerekçelendirme yükünü sağlamak zordur. Örneğin fuşun ve pornografinin kişilerin karakterinde ahlaki bir yozlaşma yaratıp yaratmadığı kolaylıkla tespit edilemez. Ancak yine de buna ilişkin makul argümanlar ileri sürülebilir (bu argümanlar bu çalışmanın kapsamının ötesindedir). Bu fiillerdeki zarar görece daha tartışmalı olduğu ve kişisel alanlara paternalist nitelikteki müdahaleler kendi başına meşruluk sorunları getirdiği için, bu tip meselelerin *kamusal* alan bağlamında değerlendirilmesi daha makul olacaktır. Aquinas ve Finnis'in çizgisi ahlaki paternalizme karşı muhalefetleri doğrultusunda bu yönde olmuştur. Örneğin porno filmlerin genel izleyici kitlesine açık televizyon yayınlarından kaldırılması, genelevlerin kapatılması veya yerleşim merkezlerinde kurulmalarına izin verilmemesi bu bağlamda düşünülebilir. Hollanda'da olduğu gibi yerleşim alanları ve eğitim kurumları ile oldukça yakın mesafede olan "kırmızı fener bölgesinde" (*red light district*) kadınların vitrinlerde vücutlarını teşhir etmesine, canlı seks şov mekânlarının sinema salonları gibi faaliyet göstermesine diğer ülkelerde izin verilmemesinin haklı gerekçeleri vardır.

Hart-Devlin tartışmasının konusu olan eşcinselliği ahlakçı yasalar vasıtasıyla engellemek günümüzdeki veriler ışığında artık akılcı değildir. Eşcinselliğin bir hastalık olmadığına ilişkin tıp dünyasında açık bir konsensüs mevcuttur. Bu tabii ki söz konusu tartışmayı kendi başına sona erdirmez. Pekâlâ, bu çalışmada ifade edilen diğer ahlakçı yasaların konuları da "hastalık" değildir ancak yine de bunlar hakkındaki devlet müdahaleleri gerekçelendirilebilir. Eşcinselliğe ilişkin asıl "veri", eşcinselliğin geçmişe kıyasla artık daha açık yaşanması ve bu kimliği taşıyan pek çok ünlü veya sıradan kişinin *iyi* hayatlar kurduğunun, kurabileceğinin gözlemlenebilmesidir. Bu sebeple artık eşcinselliğin kendi içinde bir kötü olduğu söylenemez. Finnis'in evliliği *bir* insan iyisi olarak ifade

etmesi makul olsa da, iyi bir hayatın yolunun *sadece* heteroseksüel ve çocuk sahibi olmaya yönelen bir evlilikten geçtiğini iddia etmesi hatalıdır.

Eşcinselliğin ahlakçı yasaların konusu olmaması gerektiğine ilişkin tespit, cinselliğin hiçbir şekilde hukuk tarafından düzenlenmemesi gerektiği sonucunu doğurmaz. Buna en bariz örnek, çocukların fiziksel ve psikolojik olarak ergin hale gelmeden cinsel ilişkiye girmelerini önleyen ve onları koruyan yasalarlardır. Ama bu başlıktaki yasalar sadece çocuk cinselliği ile sınırlı da değildir. Tüm toplumlarda ve hukuk sistemlerinde evlilik ve aile kurumu yasalarca tanımlanmakta ve kişilere bu ilişkiyi tercih etmeleri halinde belli imtiyazlar tanımaktadır. İnsanların uzun vadeli, istikrarlı ve eşitlikçi bir ilişki içerisinde olmaları iyi bir şeydir. İnsanın hayatının hem oldukça uzun hem de gelecekteki sonuçları açısından oldukça önemli bir bölümünü teşkil eden çocukluk döneminde de böyle bir yapı içerisinde yetişmek iyidir. Bu sebeple devletin bu tip bir ilişkiyi yasalarla desteklemesi meşrudur. Dikkat edilmelidir ki, burada korunan şey sadece tarafların tercihleri değildir, asıl gerekçe bu ilişkinin aynı zamanda onların iyisine hizmet etmesidir. Örneğin çok eşli bir ilişkiyi isteyenlerin de bir tercihi vardır ancak bu tip bir ilişkinin eşler arasında eşitliği tesis etmesi mümkün olmadığı için bu ne eşler ne de çocuklar için iyi olabilir. Raz'ın da ifade ettiği üzere liberal bir toplumda dahi değerler arasında tam bir tarafsızlık söz konusu değildir. Devlet her *iradi* ilişki tipine imtiyaz tanımaz, *iyi* olduğuna kanaat getirilenlere bu imtiyazı tanır.

Evlilik kurumuna ilişkin bir diğer ahlakçı yasa tipi, evliliğin sona erdirilmesini zorlaştıran veya evlilik birliğinin bozulmasından zarar görenleri koruyan kurallardır. Örneğin zina pek çok ülkede her ne kadar suç olarak düzenlenmemiş ise de (Raz'ın argümanları bu bağlamda makuldür), bir boşanma ve manevi tazminat sebebi olarak kabul edilmektedir. Boşanmanın ancak kusur teşkil eden eylemler gösterilerek talep edilebildiği veya bu sebepler olmaksızın boşanmayı talep eden eşe boşanmadan sonra nafaka gibi yükümlülükler getiren sistemler de bu bağlamda evliliği ve kusurlu olmayan eşleri korumaya yöneliktir. Yakın dönemde boşanma sebepleri ve boşanmanın sonuçları açısından "liberal" bir dönüşümün gerçekleştiği söylenebilir. Bu dönüşümde kusurun öncelikli rolü gevşetilmiş, kusura dayalı olmayan boşanma ihtimalleri artmış, boşanmanın sonuçları açısından kusurun rolü azaltılmıştır. Bu dönüşümün kişileri özgürleştirdiği kadar aile kurumunun iyisine, kusurlu olmayan eşlere ve çocuklara zarar verdiği de iddia edilebilir (Hangi pozisyonun haklı olduğu sorusu daha detaylı değerlendirmeler gerektirdiğinden bu çalışmanın kapsamının ötesindedir). Son

olarak belirtmek gerekir ki evliliğin korunması kendi başına bir değer değildir; iyi evliliklerin korunması bir değer teşkil eder. Boşanmaya eşlerin kusurlu davranışlarında dahi izin vermeyen veya bunu zorlaştıran yasalar meşru olarak nitelenebilir. Aile içi şiddetin olduğu evliliklerde, önceliği kadının güvenliği yerine evliliğin devamına vermek doğru olmaz.

Ahlakçı yasaların meşruluk olasılığı, bunların oldukça sorunlu boyutlarını ortadan kaldırmaz. Her ahlakçı ve paternalist yasa, Feinberg'in işaret ettiği üzere nihayetinde akıl sahibi kişilerin kendi kararlarına ve iradelerine ters düşer. Ancak Feinberg'in yaklaşımındaki zayıflık, belli bir değerden hareketle belli ilkelere ilerlemekten ziyade, doğruluğunu ön kabul olarak aldığı belli ilkelere belli yargılara varmasıdır. Kişilerin iradelerine aykırı kısıtlamalar getirilmesi doğal olarak sorunlu bir şey olduğu için bunun yapılmaması yönünde *prima facie* bir sebep söz konusudur, ancak bu mutlak bir sebep değildir. Aksi yönde daha önemli gerekçelerin ortaya çıkması halinde kişilerin tercihlerine müdahale haklı olabilir. Bununla birlikte söz konusu gerekçelendirmenin yukarıda ifade edildiği üzere oldukça güçlü bir şekilde yapılması gerekir.

Ahlakçı yasalara ilişkin bir diğer sorun, söz konusu yasaların saiklarının opak olmasıdır. Yukarıda ahlakçı yasaların kişilerin kendilerinin veya üçüncü kişilerin iyisini koruması halinde meşru olabileceğine dair ihtimallere işaret edildi. Ancak siyasetçiler bu saikten ziyade kendi partizan saiklarıyla da ahlakçı yasalar çıkartabilir. Örneğin bir yasa koyucu, söz konusu yasanın müdahalede bulunacağı insanların iyisine dair samimi bir duyarlılık hissetmekten ziyade *kendi* değer sisteminin korunmasını ve buna aykırı davranışların bastırılmasını amaçlıyor olabilir. Bu noktada yasa koyucuların akıllarından geçenlerin ne olduğunu tespit etmek imkânsız olduğu ve yasa koyucuların siyasal bir toplumda *çoğu zaman* partizan saiklerle hareket ettiği düşünüldüğünde ahlakçı yasalara oldukça şüpheli yaklaşmak için haklı bir gerekçe ortaya çıkar. Rawls ve Dworkin'in argümanları ahlaki paternalizmi değerlendirmeye almadığı için esasında Aristoteles, Aquinas, Finnis ve George'un argümanlarına doğrudan angaje olmamakta ve bu sebeple ahlakçı yasaların gayri meşruluğunu mutlak olarak kanıtlayamamaktadır. Ancak siyasal bir toplumda yasa koyucuların açık veya zımnî partizan saiklerinin varlığının tartışma götürmez bir gerçek olduğu dikkate alındığında Rawls ve Dworkin'in ahlakçı yasalara karşı muhalefeti oldukça makuldür ve bu tip yasalara şüpheli bir tutum alınması gerektiğine işaret eder.

Sonuç olarak kim haklı? Görülüyor ki hukuki ahlakçılığın anlaşılması ve bu başlık altındaki yasaların değerlendirilmesi için bu çeşitli argüman yelpaze-

sinin değerlendirilmesi gerekmektedir. “Devlet karışamaz, insanlar özgür olmalıdır” veya “toplumun değerleri muhafaza edilmelidir, ahlak korunmalıdır” gibi basit formüller ile girift felsefi sorular çözülemez. İnsan iyisinin ne olduğu, ortak iyinin ve devletin iyiyi dayatma yetkisinin nerede başladığı, siyasal bir toplumda yönetenlerin yozlaşmasına karşı bireysel hakların nasıl güvenceye alınacağı gibi oldukça ağır sorulara değerlendirmeye alınan ahlakçı yasanın içeriği özelinde gerekçeli cevaplar verilmelidir. Bu cevaplar tartışmalı olacaktır ancak bu tartışmaların üstünü kapatmaktansa onları akılcı bir şekilde ele almak daha doğrudur.

Kaynakça

Aquinas, Thomas, **Summa Theologica**, Christian Classics Ethereal Library, 1485, <https://www.ccel.org/ccel/a/aquinas/summa/cache/summa.pdf>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

Aristoteles, **Nikomakhos’a Etik**, 2. Baskı, Çeviren: Saffet Babür, Ankara: Bilgesu Yayıncılık, 2009.

Aristoteles, **Politika**, 2. Baskı, Çeviren: Özgüç Orhan, İstanbul: Pinhan Yayınları, 2020.

Çataloluk, Gökçe, “Kant Düşüncesinde Hukukun Sınır Hatları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2019, ss. 202-209.

Devlin, Patrick, “Law, Democracy, and Morality”, **University of Pennsylvania Law Review**, Cilt: 110, Sayı: 5, 1962, ss. 635-649.

Devlin, Patrick, “The Enforcement of Morals”, **Maccabean Lecture in Jurisprudence - Proceedings of the British Academy**, Cilt: 45, 1959, ss. 129-151.

Devlin, Patrick, **The Enforcement of Morals**, Oxford: Oxford University Press, 1965.

Dworkin, Gerald, “Paternalism”, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>, Son erişim tarihi: 30.7.2020.

Dworkin, Ronald, **A Matter of Principle**, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

Dworkin, Ronald, **Sovereign Virtue**, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

Feinberg, Joel, **The Moral Limits of the Criminal Law II: Offense to Others**, New York: Oxford University Press, 1985.

Feinberg, Joel, **The Moral Limits of the Criminal Law III: Harm to Self**, New York: Oxford University Press, 1986.

Feinberg, Joel, **The Moral Limits of the Criminal Law IV: Harmless Wrongdoing**, New York: Oxford University Press, 1990.

Finnis, John, "Economics, Justice, and the Value of Life", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 242-250.

Finnis, John, "Justice for Mother and Child" **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 307-314.

Finnis, John, "Hart as a Political Philosopher", **Philosophy of Law: Collected Essays of John Finnis Volume IV**, Oxford: Oxford University Press, 2013, ss. 257-279.

Finnis, John, "Law, Morality, and 'Sexual Orientation'", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 334-352.

Finnis, John, "Legal Enforcement of 'Duties to Oneself': Kant vs. Neo-Kantians", **Columbia Law Review**, Cilt: 87, 1987, ss. 433-456.

Finnis, John, "Marriage: A Basic and Exigent Good", **Human Rights and Common Good: Collected Essays of John Finnis Volume III**, Oxford: Oxford University Press, 2011, ss. 317-333.

Finnis, John, **Natural Law & Natural Rights**, 2. Baskı, Oxford: Oxford University Press, 2011.

George, Robert P., **Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality**, Oxford: Clarendon Press, 1993.

George, Robert P., “Moralistic Liberalism and Legal Moralism”, **Michigan Law Review**, Cilt: 88, Sayı: 6, 1990, s. 1415-1429.

Hart, H. L. A., **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, Çev: Erol Öz, İstanbul: İslık Yayınları, 2020.

Hart, H. L. A., “Social Solidarity and the Enforcement of Morals”, **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 248-262.

Kant, Immanuel, **The Metaphysical Elements of Justice**, 2. Baskı, İngilizceye Çeviren: John Ladd, Indianapolis: Hackett, 1999.

Mill, John Stuart, **On Liberty**, Güncel Baskı, Harmondsworth: Penguin Books, 1859/1985.

Rawls, John, **A Theory of Justice**, Güncellenmiş Baskı, Massachusetts: The Belknap Press, 1999.

Raz, Joseph, **Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics**, Güncellenmiş Baskı, Oxford: Oxford University Press, 1995.

Raz, Joseph, **The Morality of Freedom**, Oxford: Oxford University Press, 1986.

Summers, Claude J., “Wolfenden Report”, **Glbqtarchive**, 2004, http://www.glbqtarchive.com/ssh/wolfenden_report_S.pdf , Son erişim tarihi: 30.7.2020.

Uzun, Ertuğrul, “Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması”, **H. L. A. Hart ve Hukuk- Ahlak Ayrımı**, 2. Baskı, Editör: Sercan Gürler, İstanbul: Tekin Yayınları, 2017, ss. 65-99.

Wall, Steven, “Perfectionism in Moral and Political Philosophy”, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/perfectionism-moral/#PerPlu> , Son erişim tarihi: 30.7.2020.

Wenar, Leif, “John Rawls”, **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, 2017, <https://plato.stanford.edu/entries/rawls/> , Son erişim tarihi: 30.7.2020.

**KAMU PERSONELİNİN ATANMASINDA
GÜVENLİK SORUŞTURMASI UYGULAMASI**

Security Conduct during the Appointment of Public Officials

Öğr. Gör. Dr. Asuman ÇAPAR*

ÖZET

Bu çalışmanın konusunu birtakım kamu görevlilerinin kamu görevine atanmasında uygulanmakta olan güvenlik soruşturması usulü oluşturmaktadır. Güvenlik soruşturması uygulaması Türkiye’de bazı kamu görevlileri için uzun yıllardır uygulanmaktadır. Kişinin kamu hizmetine girmesinin ya da bazı kamu hizmetlerini yürütmesinin uygunluğunu tespit etmede bir vasıta olarak kullanılmaktadır. Bu bakımdan güvenlik soruşturması uygulaması devletin kendisini ve vatandaşlarını korumak maksadıyla almış olduğu tedbirlerden birisidir. Bununla birlikte bu uygulama, temel anayasal haklardan olan kamu hizmetine girme hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı, masumiyet karinesi gibi hakları ilgilendirmesi bakımından hassasiyet gösterir. Bu nedenle konunun aydınlatılması önem taşımaktadır. Güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması usulü kanuni dayanak olarak yoğun eleştiri alan 4045 sayılı Kanun’a dayanırken, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Teklifi ilgili komisyonlarda kabul edilerek TBMM’nin gündemine gelmiştir. Bu kanun teklifinin kanunlaşması durumunda kamuoyunda yapılan eleştirilerin önemli bir bölümüne çözüm

* Sivas Cumhuriyet Üniversitesi İİBF; ORCID:0000-0002-7870-0811; İletişim: aca-par@cumhuriyet.edu.tr

Makale Geliş Tarihi:11.03.2020

Makale Kabul Tarihi: 22.06.2020

sunulacağı söylenebilir. Bununla birlikte bu kanun teklifinin yetersiz kaldığı bazı noktalar bulunmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER: Güvenlik soruşturması, arşiv araştırması, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Teklifi, temel hakların ve özgürlüklerin sınırlanması.

ABSTRACT

The subject of the present study is the style of security conduct carried out when appointing certain public officials to public duties. Security conduct has been in practice for many years for public officials in Turkey. It is used as a tool for determining the suitability pertinence of individuals for entering public service or carrying out certain public services. In this regard, security conduct is one of the measures taken by the state to protect itself and its citizens. In addition, this procedure is also sensitive since it is related with some of the primary constitutional rights such as the right to enter public service, the right for the protection of personal data and presumption of innocence. Hence, it is of importance to shed light on this issue. While security conduct and archive research are based on the Law numbered 4045 that has been strongly criticized, the Bill of Law for Security Conduct and Archive Research has been accepted in the related commissions thus being added to the agenda of the Grand National Assembly of Turkey. It can be stated that majority of the public criticisms will have been resolved when this bill of law is accepted as a law. Moreover, there are some issues for which this bill of law falls short.

KEY WORDS: Security conduct, archive research, Bill of Law for Security Conduct and Archive Research, limitation of fundamental rights and freedoms.

GİRİŞ

Güvenlik soruşturması usulü idare ile kamu görevlisi ya da aday arasında ortaya çıkabilecek hukuki uyuşmazlıklar konusunda önemli bir yere sahiptir. Güvenlik soruşturması uygulamasının getirilmesindeki temel amaç, kamu görevinin o görevde bulunması uygun olmayan kişiler tarafından yürütülmesinin önüne geçmektir. Güvenlik soruşturması usulü, başta milli güvenlik alanında kritik öneme sahip kamu personeli olmak üzere bazı kamu görevlileri hakkında uygulanmaktadır.

Devletin, kendisini ve vatandaşlarını korumak maksadıyla birtakım tedbirler alması doğaldır. Güvenlik soruşturması uygulaması da esasen bu konuda alınan tedbirlerden birisidir. Burada bir tarafta devletin güvenliğinin korunması söz konusu iken diğer tarafta güvenlik soruşturması sonucuna göre bazı temel hakların ve özgürlüklerin sınırlanması veya engellenmesi gündeme gelebilmektedir. Çatışan bu iki menfaat arasında makul dengenin sağlanması gerekir.

Bu çalışma birtakım kamu personelinin memuriyete atanmasında şart olarak uygulanmakta olan güvenlik soruşturması usulünün ne olduğunu ortaya koymayı hedeflemiştir. Güvenlik soruşturması usulü, 15 Temmuz 2016'da yapılan hain darbe teşebbüsü sonrası 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun¹ (DMK) 48. maddesinde düzenleme yapılarak kamu hizmetine girmek isteyen herkesi kapsayacak şekilde düzenlenmişti. Temel hakları ve hürriyetleri ilgilendirmesi noktasında Anayasa Mahkemesinin (AYM) bazı kararlarına konu olmuştur. Konunun kanunla düzenlenmesinin açık bir toplumsal ihtiyaç haline dönüşmesi ile Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Teklifi² (Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi) ilgili komisyonlarda kabul edilerek Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) gündemine gelmiştir. Bu nedenle, bu konudaki olumlu ve olumsuz durumların tespit edilmesi önem taşımaktadır.

Çalışma altı temel bölümden oluşmaktadır. Çalışmada öncelikle genel olarak kamu görevlisi kavramına değinilmiş, güvenlik soruşturması uygulamasının Türkiye'deki tarihsel gelişimi, güvenlik soruşturması kavramı ve bununla yakından ilgili arşiv araştırması, adli sicil kaydı ve fişleme kavramları açıklanmıştır. Devamında güvenlik soruşturmasının bazı anayasal hükümlerle ilişkisine değinilmiş, güvenlik soruşturması usulü incelenmiştir. Son olarak güvenlik soruşturması sonucunda tesis edilen işlemin dava edilmesi durumu incelenmiştir. Çalışma hazırlanırken konuyla ilgili literatürden, mevzuattan ve mahkeme kararlarından yararlanılmıştır.

I- GENEL OLARAK KAMU GÖREVLİSİ KAVRAMI

Kamu görevlisi kavramının hukukumuzda kesin ve tam bir tanımı bulunmamasıyla birlikte bu konuda çeşitli görüşler vardır. Bunlardan ilki geniş an-

¹ Resmi Gazete (RG): 23.07.1965, Sayı (S): 12056, Kabul Tarihi: 14.07.1965, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, Erişim Tarihi: 20.08.2019.

² Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Teklifi; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss220.pdf>, Erişim Tarihi: 01.09.2020.

lamda kamu görevlisidir. Geniş anlamda kamu görevlisi kavramı, devlette ve diğer kamu tüzel kişilerinde görev yapan, hukuki durumları ve statüleri birbirinden farklı olan tüm kamu personelini ifade eder.³ Kamu kesiminde özel hukuka ya da kamu hukukuna tabi olarak çalışan tüm personeli kapsar ve “*kamu personeli*” olarak da ifade edilebilir.⁴ Diğeri ise dar anlamda kamu görevlisidir. Dar anlamda kamu görevlisi devlette özel hukuk hükümleri uyarınca çalıştırılanlar ile devletin siyasi yapısını oluşturan organlardaki görevliler haricinde kalan kamu görevlilerini ifade eder.⁵

1982 Anayasası’nda⁶ (Anayasa) kamu görevlisinin kim olduğuna ilişkin bir tanım yapılmamıştır. Anayasa’nın 128/1. maddesinde “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” şeklinde ifade kullanılmıştır. Anayasa’daki bu düzenleme uyarınca kamu görevlilerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri şeklinde iki sınıfa ayrıldığı söylenebilir.

DMK’nın 4. maddesinde ise kamu hizmetinin memurlar, sözleşmeli personel ve işçiler vasıtasıyla yürütülebileceği belirtilmiştir. DMK’nın 4/A maddesine göre memurlar, kuruluş şekline bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişilikleri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülen sürekli ve asli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler kişilerdir.

Sözleşmeli personel ise genel idare esaslarına göre yürütülen sürekli ve asli kamu hizmetlerinin yürütülmesine sürekli veya geçici olarak katılan, kamu hukuku bağı ile idareye bağlı olan, diğer kamu görevlisi kategorisine giren kamu görevlilerini ifade eder.⁷ DMK’nın 4/ B maddesinde ise sözleşmeli personel yıllık program ve iş programlarında, kalkınma planında yer alan önemli projelerin gerçekleştirilmesi, hazırlanması, işlerliği ve işletilmesi için koşul olan istisnai ve zaruri durumlara münhasır olarak, ihtisasına ve özel mesleki bilgisine

³ Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri, Cilt (C) 1, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, sayfa (s.) 441.

⁴ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukukuna Giriş, 25. Baskı, Ekin Yayınları, 2019, s. 305.

⁵ Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Halit Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy İdare Hukuku, (İçinde: Kaman), 7. Baskı “Editör: Turan Yıldırım”, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 144.

⁶ RG: 09.11.1982, S: 17863 (Mükerrer), Kabul Tarihi: 07.11.1982, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, Erişim Tarihi: 21.08.2019.

⁷ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 287.

ihtiyaç duyulan geçici işlerde, Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen usuller ve esaslar çerçevesinde belirlenen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olmak üzere sözleşmeyle çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileri olarak tanımlanmıştır. DMK'nın 4/D maddesine göre ise işçiler, memurlar ve sözleşmeli personel haricinde kalan kişilerdir ve bunlar hakkında DMK hükümleri uygulanmaz.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde, kamu görevlisinin kim olduğuna ilişkin bir tanımlama yapılmamış, aşağıda belirtildiği üzere güvenlik soruşturmasına tabi olacak kamu personeli ayrı bir maddede ifade edilmiştir.

II- GÜVENLİK SORUŞTURMASI UYGULAMASININ TÜRKİYE'DEKİ TARİHSEL GELİŞİMİ

Güvenlik soruşturmasına ilişkin ilk kararname RG'de yayımlanmamış olan 30 Nisan 1964 tarih ve 4/685 sayılı Bakanlar Kurulu kararnamesidir. Güvenlik soruşturması kavramı mevzuatta ilk kez burada kullanılmıştır.⁸ 1980 sonrasında güvenlik soruşturmalarının çok yoğun bir şekilde, üstelik mevzuatta bir dayanağı olmadan uygulandığı görülmektedir.⁹ 1981'de Genel Bilgi Toplama Başkanlığının kurulmasıyla güvenlik soruşturmaları oldukça yoğunlaşmıştır ve bu konuda bir bürokrasi oluşmuştur.¹⁰

1994 yılına kadar güvenlik soruşturması uygulaması kanuni dayanağı olmadan uygulanmıştır. Bunun tek istisnasını 22.07.1981 tarihli mülga 2495 sayılı Kanun oluşturmaktadır.¹¹ Güvenlik soruşturmasının uygulama usul ve esasları konusunda, 08.03.1990 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan ve kanuni dayanağı olmayan 90/245 sayılı Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği uygulanmıştır.¹² Bakanlar Kurulu tarafından 08.03.1990 tarihinde çıkarılan 90/245

⁸ Ercan Orhan Aydın, Türkiye'de Güvenlik Soruşturması Uygulamaları ve Bunların İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi: Devlet Memuru Alımında Güvenlik Soruşturması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı, İstanbul, 2013, s. 35.

⁹ Turan Yıldırım, Nur Kaman, İdare Hukuku Konferansları-I "Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C 18, S 1, 2019, s. 164.

¹⁰ Sabriye Mercan, "Güvenlik Soruşturmasından MİT de Bıktı", Güneş Gazetesi, 18 Aralık 1990, İzmir, <http://www.guneydinc.com/makaleler/105.pdf>, Erişim Tarihi: 06.12.2019.

¹¹ Onur Karahanoğulları, "Güvenlik Soruşturması", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C 53, S 1-4, 1998, s. 171; Yeliz Şanlı Atay, "Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması", İnsan Hakları Yıllığı, C 34, 2016, s. 50.

¹² RG: T. 13.4.1990, S: 20491.

sayılı Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği'nin uygulandığı dönemde, bunun kanuni dayanağının olmadığı yönünde doktrinde eleştiriler yapılmıştır.¹³

Güvenlik soruşturmasına ilişkin kanuni düzenleme 1994 yılında 4045 sayılı “Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”¹⁴ (4045 sayılı Kanun) ile yapılmıştır. 4045 sayılı Kanun “güvenlik soruşturması” ve “arşiv araştırması” şeklinde iki usul getirmiş ve uygulamaya ilişkin usullerin ve esasların Cumhurbaşkanlığınca çıkarılacak olan yönetmelikle düzenleneceğini belirtmiştir.¹⁵

Güvenlik soruşturması konusunda kanuni dayanak olmadığı yönündeki eleştiriler 4045 sayılı Kanun’un kabulü ile nispeten son bulmuştur. Ne var ki bu Kanun detaylı düzenlemeler içermediği, usullere ve esaslara ilişkin hususların yönetmeliğe ve bazı durumlarda yönergelere bırakıldığı gerekçesiyle eleştiri almaya devam etmiştir.¹⁶ 4045 sayılı Kanun’un uygulanmasını göstermek üzere bu Kanun’a dayanarak Bakanlar Kurulu tarafından Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği¹⁷ (Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği) kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Güvenlik soruşturması konusunda Danıştayın bakmış olduğu hukuki uyuşmazlıklar aşağıda ilgili yerlerde değinileceği üzere oldukça yoğundur. Güvenlik soruşturması konusu AYM’nin son yıllarda vermiş olduğu kararlarda da gündeme gelmiştir. AYM’ye yapılan 2014/7256 başvuru numaralı 27.02.2019 tarihli bireysel başvuru, kanunen kurumlara verilmemesi gereken bilgilerin kurumlara verilmesi ve güvenlik soruşturmasında kullanılması sebebiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılmıştır. Dava sürecinde başvuran, güvenlik soruşturmasının olumsuz olması nedeni ile atamasının yapılmaması işlemine karşı iptal davası açmış, açılan dava yerel mahkemece reddedilmiş ve bu karar Danıştay tarafından onanmıştır. AYM yapmış olduğu değerlendirmede

¹³ Bkz. Nur Kaman Karan, Devlet Memurluğunun Sona Ermesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 25.

¹⁴ RG: 03.11.1994, S: 22100, Kabul Tarihi: 26.10.1994, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4045.pdf>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

¹⁵ A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku- Genel Esaslar, C I, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 854.

¹⁶ Bkz. Yıldırım vd. (İçinde Kaman), s. 176; Şanlı Atay, s. 60.

¹⁷ Bakanlar Kurulu, No: 2000/284, RG: 12.04.2000, S: 24018, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.2000284.pdf>, Erişim Tarihi: 12.06.2019.

öncelikle güvenlik soruşturması uygulamasının gerekliliğine değinmiştir. Milli güvenlik konusunda önem taşıyan bazı kamu görevlerine getirilecek kişiler için tarafsızlık, devlete bağlılık ve sadakat yükümlülüğü çerçevesinde daha sıkı niteliklerin aranmasını ve onlara bazı sınırlamaların getirilmesini doğal karşılamıştır. Bu şekilde özel niteliklerin aranmasının ve kanunlarla sınırlama getirilmesinin, kamu hizmetinin daha sağlıklı ve etkin bir şekilde yürütülmesi amacıyla hizmet ettiğini vurgulamıştır. AYM, esas yönünden yaptığı incelemede ise 4045 sayılı Kanun'un ve Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği'nin eksikliklerine değinmiştir. AYM, 4045 sayılı Kanun'un sadece hangi kamu görevlileri bakımından bu uygulamanın yapılacağını düzenlediğini, kamu görevine girmeye engel olan suçları açıkça belirtmediğini, on sekiz yaşından küçüklerin işlediği suçlar konusunda, erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda güvenlik soruşturmalarının nasıl sonuçlanacağını açıklamadığını belirtmiştir. 4045 sayılı Kanun'un güvenlik soruşturmasına ilişkin hususları detaylı olarak düzenlemediğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, 4045 sayılı Kanun'da ve Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği'nde temel hakları ve özgürlükleri sınırlayan bu konu ile ilgili detaylı düzenlemelerin yapılmamasının birtakım sakıncaları beraberinde getirdiğini ifade etmiştir. Bu haliyle, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasının nesnel, önceden belirlenebilen ve öngörülebilir olan usul ve güvencelere tabi olmadığına, tamamen yetkili organların talimatına bağlı bir şekilde yapıldığına, bunun ise keyfiliğe açık bir hal yarattığına dikkat çekmiştir. AYM, temel çerçevenin kanun ile çizilmesi gerektiğini ve bireyleri keyfiliğe karşı koruyacak şekilde gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiğini belirtilip 4045 sayılı Kanun'un ve Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği'nin bu hükümlerden yoksun olduğunu belirtmiştir. Buna göre AYM, temel hakların ve özgürlüklerin sınırlanması konusunda kanunilik şartının gerçekleşmiş sayılması için kanunun şeklen var olmasını yeterli görmemektedir. Bu konuya ilişkin temel esasların kanun ile belirlenmesini aramaktadır. Kanunilik kriterinin ayrıca maddi bir içeriği de kapsadığını belirtir. Yüksek Mahkemeye göre, kanunla sınırlama kriteri sınırlamanın öngörülebilirliğini, erişilebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte olup böylelikle uygulamadaki keyfi davranışlar engellenmiş olur ve kişinin hukuku bilmesine yardım eder. Bu aynı zamanda hukuki güvenliğin teminatını sağlar.¹⁸ AYM bu kararı ile güvenlik soruşturmasına ilişkin kanuni bir düzenlemenin neleri içermesi gerektiğini detaylı bir şekilde izah etmiştir.

¹⁸ AYM, Bireysel Başvuru, Başvuru No: 2014/7256, KT: 27.02.2019; <https://kararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

4045 sayılı Kanun'daki düzenlemenin yetersizliği ve belirsizliği doktrinde de eleştirilmiştir.¹⁹ Güvenlik soruşturmasının anayasal dayanağının olmadığı, kapsamının, sonuçlarının nasıl değerlendirileceğinin, bu konuda yapılan yanlışların nasıl düzeltileceğinin kanun ile belirlenmediği, bu belirsizliğin değişik uygulamalara neden olacağı şeklinde eleştiriler yöneltmiştir. Hukuken kesin olmayan bilgilere atama ve yer değiştirme işlemlerinde öncelik verilmesinin kamu yöneticilerini de tedirgin ettiği ifade edilmiştir. Ayrıca devletin personel alımında özel işletmeciler gibi davranamayacağı, özgürlüklerin kullanılmasını suç olarak gören anlayışın eşitliği bozacağı ve kamu hizmetinin işleyişini olumsuz etkileyeceği iddia edilmiştir.²⁰

Uygulamaya ilişkin eleştiriler de dile getirilmiştir. Bu eleştirilere göre uygulamada güvenlik soruşturmasının oluşturulmasında esas alınan ve ilgili birimler tarafından oluşturulan fişler, hukuksal ve nesnel dayanaktan yoksun olarak oluşturulabilmektedir. Bu raporlar hazırlanırken ve kullanılırken gizlilik ilkesi esas olduğu için, sorumluluktan uzak olma düşüncesi ile ciddiyetsiz bir şekilde hazırlanabilmektedir. Böylelikle nesnellikten uzak, gerçekle bağdaşmayan, kimi zaman taraflı raporlar hazırlanabilmektedir.²¹ Toplanan bu istihbari bilgilerin kişilerin temel hakları ve özgürlükleri ihlal edecek şekilde kullanılma ihtimali her zaman bulunmaktadır.²²

Bu konudaki 4045 sayılı Kanun'daki düzenlemelerin yetersiz olduğu yönündeki eleştirilere katılıyoruz. Kişilerin temel haklarını ve özgürlüklerini etkileyebilecek bu alan yönetmeliğe bırakılmış, yönetmelikte ise bu konuda yapılan araştırma ve soruşturmanın ne şekilde, nasıl yapılacağı, kapsamı, sonuçlarının nasıl değerlendirileceği gibi hususlar yeterince belirtilmemiş idarenin takdirine bırakılmıştır. Bu durum idarenin keyfi uygulamalarına neden olabilir.

4045 sayılı Kanun'un güvenlik soruşturması konusundaki eleştirileri sona erdirmemesi üzerine TBMM'ye bu konu hakkında Güvenlik Soruşturması Ka-

¹⁹ Bkz. Yıldırım vd. (İçinde: Kaman), s. 176.

²⁰ Güney Dinç, "Güvenlik Soruşturması", Cumhuriyet Gazetesi, 20 Ağustos 1985, s. 2; <http://www.guneydinc.com/makaleler/84.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2019.

²¹ Karahanoğulları, s. 163-174.

²² Levent Gönenç, "Fişleme Olayı ve Cumhuriyetin Özgüven Bunalımı", <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cumhuriyetinozguvenbunalimi>, Erişim Tarihi: 05.07.2019.

nunu Teklifi sunulmuştur. Bu nedenle çalışmada Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi kapsamında inceleme yapılmıştır.

III- GÜVENLİK SORUŞTURMASI KAVRAMI VE İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR

Güvenlik soruşturması kavramı ile ilgili olarak, arşiv araştırması, adli sicil kaydı ve fişleme gibi kavramlar gündeme gelmektedir.

A. ARŞİV ARAŞTIRMASI KAVRAMI

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde güvenlik soruşturması kavramı arşiv araştırmasına ilave birtakım unsurlar ifade edilerek tanımlandığı için güvenlik soruşturması kavramının ne olduğunu ifade edebilmek için öncelikle arşiv araştırması kavramının açıklanmasında yarar vardır.

Arşiv araştırması Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 4. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre arşiv araştırması;

“a) Kişinin adli sicil kaydının,

b) Kişinin kolluk kuvvetleri tarafından halen aranıp aranmadığının,

c) Kişi hakkında herhangi bir tahdit olup olmadığının,

ç) Kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme kararları ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesinin beşinci ve 231 inci maddesinin onüçüncü fıkraları kapsamında alınan kararlar ile kişi hakkında devam eden veya sonuçlanmış olan soruşturma ya da kovuşturmalar kapsamındaki olguların,

d) Hakkında kamu görevinden çıkarılma ya da kesinleşmiş memurluktan çikarma cezası olup olmadığının,

mevcut kayıtlardan tespit edilmesidir. ”.

Arşiv kaydı, devletin amaçları doğrultusunda kendi yöntemleri ile oluşturdukları sistemli bilgi havuzlarını ifade eder. Buralarda kişiler hakkında edinil-

miş olan bilgiler depolanır ve duruma göre kullanılır.²³ 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda²⁴ (ASK) hangi bilgilerin arşiv kaydına alınacağı, ne kadar süreyle muhafaza edileceği gibi arşiv kayıtlarının tutulmasına ilişkin esaslar ve usuller belirlenmiştir. ASK'nın 9. maddesine göre cezanın ya da güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, genel af, ceza zamanaşımının dolması, etkin pişmanlık ya da şikayetten vazgeçme durumunda adli sicil kaydı silinerek arşiv kaydına alınır. ASK'nın 12. maddesinde belirtilmiş olan sürelerin dolması ile arşiv bilgileri silinir.

B. GÜVENLİK SORUŞTURMASI KAVRAMI

Güvenlik soruşturması kavramının ne anlama geldiği Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 5. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre;

“(I) Güvenlik soruşturması, arşiv araştırmasındaki hususlara ilave olarak kişinin;

a) Görevin gerektirdiği niteliklerle ilgili kolluk kuvvetleri ve istihbarat ünitelerindeki olgusal verilerinin,

b) Yabancı devlet kurumları ve yabancılarla ilişkisinin,

c) Terör örgütleri veya suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerle eylem birliği, irtibat ve iltisak içinde olup olmadığının, mevcut kayıtlardan ve kişinin görevine yansıtacak hususların denetime elverişli olacak yöntemlerle yerinden araştırılmak suretiyle tespit edilmesidir. Güvenlik soruşturmasına görevin gerektirdiği niteliklere etkisi yönüyle kişinin eşi ile birinci derece kan ve sıhri hısımları da dâhil edilir.”

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde yapılan bu tanımlarda görüldüğü üzere güvenlik soruşturması unsurları ve yöntemi bakımından arşiv araştırmasına göre daha kapsamlı ifade edilmiştir. Her güvenlik soruşturması aynı zamanda arşiv araştırmasını da içermektedir. Arşiv araştırmasından farklı olarak güvenlik soruşturmasında, yabancılarla ilgi, yıkıcı ve bölücü faaliyetlerde bu-

²³ Mehmet Oskay, Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasının İnsan Hakları ve Özel Hayatın Korunması Yönünden İncelenmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Ana Bilim Dalı, Gaziantep, 2019, s. 27.

²⁴ RG: 01.06.2005, S: 25832, Kabul Tarihi: 25.05.2005; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5352.pdf>, Erişim Tarihi: 25.12.2019.

lunma gibi unsurlar ayrıca incelenmektedir. Usul bakımından ise arşiv araştırmasında yapıldığı gibi sadece mevcut kayıtlardan bakılması öngörülmemiş, aynı zamanda yerinden araştırılarak saptanması öngörülmüştür.²⁵ Arşiv araştırmasında kolluk makamları tarafından kişi hakkında resmi olarak tutulan bir kaydın olup olmadığı araştırılmaktadır.

Güvenlik soruşturması ile bir makamın ya da kurumun talebi üzerine kişinin kamu görevini yürütme bakımından sakıncalı olup olmadığının saptanması amacıyla bir rapor hazırlanıp ilgili makama iletilir.²⁶ Güvenlik soruşturması arşiv araştırmasının aksine sübjektif değerlendirmelere biraz daha açıktır. Örneğin kişinin yabancılarla ilişkisinin saptanmasının somut bir ölçüsü bulunmayıp kişisel kanaatlere dayanmaktadır.²⁷ Güvenlik soruşturması uygulaması ile “hükümlülük” durumunun saptanmasından ziyade “sakıncalılık” durumunun saptanması hedeflenmektedir. “Suçluluk” hali dışında bir “sakıncalılık” hali ortaya çıkarılmaktadır.²⁸ Sakıncalılık kavramının kesin belirlenebilir bir sınırı bulunmamakta olup, bu kavram keyfi uygulamaları barındıracak nitelikte belirsiz bir kavramdır.²⁹ Güvenlik soruşturmasında sakıncalılık ve suçluluk durumu araştırılmakla birlikte araştırılacak konuların içerisine suçla ilgisi olmayan, özel hayatın gizliği ve diğer kişi haklarına ve özgürlüklerine girebilecek alanlar da girmektedir.³⁰

Güvenlik soruşturmasının tanımında kullanılan “yerinden araştırılmak” ile kastedilen istihbarat toplamakla görevli olan görevlinin duyularını rapor haline dönüştürmesidir. Burada görevlinin bilgi topladığı kişiler genellikle güvenlik soruşturmasına tabi olan kişinin yaşadığı yerdeki komşuları, mahalle muhtarı, işyerinde birlikte çalıştığı kimseler gibi kişiyi tanıyan kimselerdir.³¹

²⁵ Şanlı Atay, s. 53.

²⁶ Karahanoğulları, s. 159; Aydın, s. 2.

²⁷ Durmuş Kılınc; “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, Ankara Barosu Dergisi, S 2, Yıl 77, 2019, s. 24.

²⁸ Karahanoğulları, s. 162.

²⁹ Mustafa Yaşar Demircioğlu; “Yükseköğretim Kurulunun Öğretim Üyeleri Hakkında İstihbarat Toplama Yetkisi Var mıdır?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 8, S 1, Haziran 2013, s. 453.

³⁰ Ziyet Özçelik, “Güvenlik Soruşturması/ Haklardan Arındırma”, Toplum ve Hekim, C 34, S 1, Ocak- Şubat 2019, s. 59.

³¹ Karahanoğulları, s. 165; Güney Dinç, Güvensizlik Üçgeni: 1402'likler, Fişleme ve Güvenlik Soruşturması, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 1987, s. 110; Oskay, s. 24.

“*Yerinden araştırılma*” hususu 4045 sayılı Kanun döneminde sübjektif değerlendirmelere açık olması nedeniyle eleştiri alan konulardan birisi olmuştur. Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi’nde yerinden araştırma konusunda “*kişinin görevine yansiyacak hususların denetime elverişli olacak yöntemlerle*” elde edilmesi öngörülmüştür. Bu ifade ile sübjektif değerlendirmelerin önüne geçilmek istendiği görülmektedir. Bu ifade uyarınca yerinden araştırılarak elde edilen bulguların öncelikle kişinin görevine yansiyacak hususlar olması gerektiği, ikinci olarak somut verilere dayanması gerektiği çıkarımı yapılabilir. Fakat yine de kanımızca bu ifade yeterli değildir. Yerinden araştırma kavramı yeteri kadar somut zemine oturtulmamıştır.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi’nin 5. maddesinin gerekçesinde yerinden araştırma konusunda açıklama yapılmıştır. Buna göre yerinden araştırma değişen durumlara göre farklı yöntemlerle ve usullerle yapılabilir. Fakat yerinden araştırmanın güvenlik soruşturması ile hedeflenen sebebe bağlı olarak, kişi hakkında güncel ve doğrulanabilir bilgi edinmeye imkan tanıyacak, kin, husumet gazez gibi saiklerle verilebilecek bilgileri ayırmaya imkan sağlayan denetime elverişli araçlarla yapılması gerekir. Ayrıca bu yöntemin, göreve yansiyacak hususlar bakımından başvurulacak bir yöntem olduğu belirtilmiştir.³²

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi’nde bu madde gerekçesinde bu hususun açıklanması yerinde olmuştur. Bu açıklamalar güvenlik soruşturması yapan kurumların ve kuruluşların kanun ifadelerini yorumlamasında ve uygulamasında yardımcı olacaktır.

C. ADLİ SİCİL KAYDI

Bu konuda karşılaşılan başka bir kavram olan “*adli sicil kaydı*” ya da “*Sabıka kaydı araştırması*” kavramı, güvenlik soruşturması kavramından farklıdır. Sabıka kaydı “*Adli sicilden verilen bilgiye göre bir kimsenin sabıka durumunu gösteren yazı*”ya³³ verilen isimdir. Adli sicil, adli sabıkların belgelenmesi, güvenilir bir şekilde kaydedilmesi ve saklanması için kurulan sisteme verilen addır.³⁴ Bütün suçlular için sicil düzenlenmektedir ve kişinin daha önce suç

³² Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Teklifi; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss220.pdf>, Erişim Tarihi: 01.09.2020.

³³ Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019.

³⁴ İbrahim Çiçek, Adli Sicil ve Arşiv Kaydının Silinmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 17.

işleyip işlemediği sabıka kaydı olarak adlandırılan bu sicilden anlaşılmaktadır.³⁵ Hapis cezasının ertelenmesi, seçenek yaptırıma çevrilmesi, tekerrür, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi hususlar bakımından adli sicil kaydının tutulması önem taşımaktadır.³⁶

ASK'nın 1. maddesine göre güvenlik tedbirlerine mahkumiyete ve kesinleşmiş cezalara ilişkin bilgilerin toplanması, değerlendirilmesi, sınıflandırılıp saklanması ve ilgililere bildirilmesi bu Kanun'daki usul ve esaslara göre yapılır. ASK'nın 4. maddesi uyarınca adli sicile yabancı ya da vatandaş hakkında Türk mahkemelerince verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükümleri kaydedilir. ASK'nın 5. maddesine göre sırf askeri suçlara ve disiplin suçlarına ilişkin mahkûmiyet hükümleri, tazyik hapsine ya da disipline ilişkin kararlar ve idari para cezaları hakkındaki kararlar adli sicile kaydedilmez.

Görüldüğü üzere adli sicil araştırması, kişinin somut olarak tespit edilebilen ceza mahkemelerinde bir mahkumiyetinin olup olmadığının araştırılmasına ilişkindir. Güvenlik soruşturması ise bunun ötesinde bir araştırmayı içermektedir. ASK'nın 11. maddesine göre arşiv bilgileri ve adli sicil bilgileri gizlidir. Bunlar görevlilerce açıklanamaz, verilen kurum, kuruluş ve kişilerce verilmiş amacı haricinde kullanılamaz.

D. FİŞLEME KAVRAMI

Bu konuda halk tarafından günlük dilde kullanılan kavramlardan birisi fişleme kavramıdır. Halk dilinde fişleme, güvenlik ve istihbarat konusunda görevli olan organların bilgi toplayıp depolamalarına denir. Millî İstihbarat Teşkilâtı (MİT) ve polis tarafından oluşturulan bu raporlar fiş olarak adlandırılır. Bunlar güvenlik soruşturması yapılırken kullanılan bilgi kaynaklarıdır.³⁷ Uygulamada ilgili birimler tarafından yaygın olarak kullanılmaktadır. Hürriyet Gazetesinin 10.03.2004 tarihli haberine göre Kara Kuvvetleri Komutanlığı Ocak ayında askeri birliklere ve kaymakamlıklara ekli bir formla yönerge göndererek, belli konularda istihbari nitelikte bilgiler talep etmiş, bu durum Genelkurmay Başkanlığının yapmış olduğu yazılı açıklama ile doğrulanmıştır.³⁸

³⁵ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 1176.

³⁶ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 601.

³⁷ Karahanoğulları, s. 162; Dinç, *Güvensizlik Üçgeni...*, s. 110.

³⁸ Levent Gönenç, "Fişleme Olayı ve Cumhuriyetin Özgüven Bunalımı",

Fiş kavramı ASK'da geçmemekle birlikte Adalet Bakanlığınca çıkarılan Adli Sicil Yönetmeliği'nde³⁹ somut birtakım bilgi belgelerin işlendiği kayıtlar olarak kullanılmıştır. Adli Sicil Yönetmeliği'nin 3. maddesinde ceza fişi, tali karar fişi, yerine getirme fişi tanımlanmıştır. Buna göre ceza fişi, mahkemelerce verilerek kesinleşen adli sicile kaydedilmeyecek cezalar haricindeki ceza mahkumiyetlerinin, güvenlik tedbirleri ve fer'i cezaların adli sicile bildirimini düzenleyen fişlerdir. Tali karar fişi, ceza fişiyle iletilmiş olan bilgilerde değişiklik yapan kararların, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, etkin pişmanlık ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarının bildirileceği kayıtlardır. Yerine getirme fişi ise para cezaları ile hürriyeti bağlayıcı cezaların infaz edildiğini, güvenlik tedbirlerinde ve fer'i cezalarda sürenin sona erdiğini, para cezasının hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrildiği durumlarda infazın bittiğini gösteren fişlerdir.

Aşağıda belirtildiği üzere Danıştay son dönemdeki kararlarında bilgi fişleri kişilerin haklarını ve menfaatlerini etkilediği için bunların da yargısal denetimlerinin yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Aksi yöndeki kararları hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırılık olarak değerlendirmektedir. Gerçekten de idarenin her türlü işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu ifade eden Anayasa'nın 125. maddesi ve hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesi uyarınca, idarenin kamu gücü kullanarak yapmış olduğu, ilgisinin hukuki statüsüne etki edebilecek nitelikteki işlemlerine karşı yargı yolunu kapatmak hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.⁴⁰

IV- GÜVENLİK SORUŞTURMASININ BAZI ANAYASAL HÜKÜMLERLE İLİŞKİSİ

Anayasa'da güvenlik soruşturmasına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır. Güvenlik soruşturması konusu Anayasa'da düzenlenmemekle birlikte Anayasa'da düzenlenmiş olan pek çok hükmün bu konu ile ilişkilendirilmesi mümkündür. Kamu hizmetine girme hakkı, seyahat özgürlüğü, temel hakların ve özgürlüklerin sınırlanması, eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesi, memurların

http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cumhuriyetinozguven_bunalimi , Erişim Tarihi: 05.07.2019.

³⁹ RG: 07.09.2005, S: 25929, <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin>., Erişim Tarihi: 26.12.2019.

⁴⁰ Muhammed Göçgün; "Sözleşmeli Öğretmen Atama Sürecinde Yapılan Sözlü Sınav ve Güvenlik Soruşturmasının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Legal Hukuk Dergisi, C 17, S 200, 2019, s. 3391.

devlete sadakati ilkesi gibi ilkeler güvenlik soruşturması konusu ile ilişkilendirilebilir.

İnsan hakları uygulamasında ve doktrinde hakların çoğunun sınırsız olmadığı kabul edilir.⁴¹ Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel haklar ve özgürlükler özüne dokunulmaksızın sadece kanunla ve Anayasa'da öngörülen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Bu nedenle konuya ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerekir. Kanuni sınırlama sadece Anayasa'da ilgili maddede o özgürlük için öngörülmüş olan sınırlama nedenlerine dayanabilir. Güvenlik soruşturması uygulaması doğrudan temel hakların ve özgürlüklerin kullanılmasını sınırlayan ya da engelleyen bir uygulama olarak ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle güvenlik soruşturmasına ilişkin düzenlemelerin mutlaka kanun ile yapılması gerekir.

Kanun ile düzenleme şartı aynı zamanda hukuk kurallarına bağlı bir şekilde faaliyetlerini yürüten ve kişilere hukuki güvenceler sağlayan, idarenin faaliyetlerinin yargısal denetiminin olduğu, kanuni idare ilkesinin hâkim olduğu, idarenin mali sorumluluğunun olduğu, temel hakların ve özgürlüklerin güvence altına alındığı hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.⁴²

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, 22.02.2010 tarihinde yaptığı basın açıklamasında “*Güvenlik Soruşturmaları, İstisnalar Dışında Uygulamadan Kaldırılmalıdır*” başlığı altında bir bildiri sunmuştur. Açıklanan bu bildiri de İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu konuyu özellikle temel haklar ve özgürlükler bakımından ele almış, güvenlik soruşturmasının düşünce, ifade, çalışma, kanaat özgürlüğü gibi pek çok temel hakkı ve özgürlüğü etkileyebileceğini belirtmiştir. Güvenlik soruşturmalarının temel haklar ve özgürlükler bakımından baskı ve tehdit oluşturabileceğine, suç olmayan fiillerden dolayı kişinin adeta cezalandırılabileceğine, konunun kanun ile düzenlenmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Konunun masumiyet ilkesi, kişinin maddi manevi varlığı, insan onuru, eşitlik ilkesi, özel yaşamın gizliliği gibi pek çok konu ile irtibatının olduğu belirtilmiştir. Komisyon, güvenlik soruşturmasının emniyet, askerlik, istihbarat ve dışişleri gibi hizmetin gerekleri ile örtüşecek istisnai bazı durum-

⁴¹ Cengiz Gül; “AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 14, S 1, Nisan 2019, s. 105.

⁴² Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 39.

larda uygulanması, diğer alanlarda bu uygulamaya son verilmesi gerektiği şeklinde görüş bildirmiştir.⁴³

Anayasa'nın siyasi haklar ve ödevler bölümünde yer alan 70. maddesinde kamu hizmetine girme hakkı düzenlenmiştir. Burada her Türk'ün kamu hizmetine girme hakkına sahip olduğu ve kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği nitelikler haricinde hiçbir ayırımın gözetilemeyeceği belirtilmiştir.

AYM, Anayasa'nın 70. maddesinde belirtilmiş olan “görevin gerektirdiği nitelikler” kavramının ne anlama geldiğini vermiş olduğu bir kararda açıklamıştır. AYM, Anayasa'nın bu konuda ödev ile ödevin gerektirdiği nitelikler arasında aradığı sıkı ilişkiye vurgu yapmıştır. Kamu hizmetine alınmada bu kriter dışında hiçbir sebebin gözetilemeyeceğini yani ayırımın yalnızca ödev-nitelik ilişkisi bakımından yapılması gerektiğini belirtmiştir. Belirlenen nitelikler görevlide bulunmadığı sürece o görev yerine getirilemeyecek ise veya iyi bir şekilde yerine getirilemeyecekse o nitelik görevin gerektirdiği nitelik sayılır. AYM, kamu hizmetinin özellikli olduğunu, kamu hizmetinin daha etkin yürütülebilmesi için kanun ile birtakım nitelikler ve kısıtlamalar getirilebileceğini, bu kısıtlamalarda doğrudan doğruya o kamu hizmetinin gereklerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir. AYM kamu hizmeti ile kamu hizmetinin nitelikleri ve getirilen kısıtlamalar arasında nesnel, gerekli, zorunlu bir sebep sonuç ilişkisinin varlığını aramaktadır.⁴⁴ Bu çerçevede yapılacak güvenlik soruşturmalarında her bir görev için işin özelliği gereği kişinin yapacağı görevin gerektirdiği nitelikler bakımından araştırma yapılması ve bu konuda getirilecek kısıtlamalarda somut verilerin toplanması yerinde olacaktır.

Anayasa'nın 129. maddesinde düzenlenmiş olan memurların “devlete sadakat yükümlülüğü” güvenlik soruşturması konusu ile ilişkili bir diğer konudur. Anayasa'nın 129. maddesi memurların ve diğer kamu görevlilerinin Anayasa'ya ve kanunlara sadık bir şekilde faaliyette bulunmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. DMK'nın 6. maddesinde devlet memurlarının “sadakat” yükümlülüğü, 7. maddesinde ise “tarafsızlık ve devlete bağlılık” yükümlülüğü düzenlenmiştir.

⁴³ TBMM, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, 22.02.2010 tarihli Basın Açıklaması, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/basin2010/22Subat2010> Güvenlik. Erişim Tarihi: 01.07.2019.

⁴⁴ AYM, 1979/19 E, 1979/ 39 K, KT: 09.10.1979, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

Sadakat kavramı onurlu ve dürüst olmayı içeren ahlaki bir değer olmakla birlikte aynı zamanda hukuki anlamı olan bir kavramdır. Tarafsızlığı, hiyerarşik düzene itaat etmeyi, bağlılığı içerdiği gibi, gizlilik ve meslek etiğine uyma yükümlülüklerini de içerir.⁴⁵ Sadakat kamu görevlilerini devlete bağlayan bir bağlıdır ve vatandaşların devlete sadakat yükümlülüğü bulunduğu gibi aynı zamanda kamu görevlilerinin de bu yükümlülüğü vardır.⁴⁶ Kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespiti bakımından güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması somut verilere dayanmak koşuluyla bir vasıta olarak kullanılabilir.

Devlet özellikle güvenlik bakımından göreve alınacak kişilere ait bilgilerin toplanması amacıyla güvenlik soruşturmaları yaparak kişisel veri toplamaktadır.⁴⁷ Güvenlik soruşturması konusu, kişisel birtakım bilgilerin toplanmasını içerdiği için Anayasa’da güvence altına alınmış olan kişisel verilerin korunması ile de ilgilidir. Anayasa’nın 20. maddesine göre; “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir... Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilere korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla belirlenir”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bu konuda taraf devletlerin milli güvenliklerini korumak maksadıyla kişiler hakkında bilgi toplamayı ve bu konuda gizli siciller tutulmasını sağlayan kuralların konulmuş olmasını doğal karşılamaktadır. Taraf devletlerin milli güvenlikleri açısından önemli görevlerde çalışacak kişilerin bu işe uygunluğunu takdir ederken toplanan bu bilgilerin kullanılmasını sağlayan kurallar getirmelerini de doğal karşılamaktadır. Bununla birlikte AİHM kişilerin özel hayatlarına ilişkin verilerin kaydedilmesini ve saklanmasını özel hayata müdahale olarak değerlendirmektedir.⁴⁸

⁴⁵ Bahtiyar Akyılmaz, “Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Devlete Sadakat Yükümlülüğü”, 149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 11 Mayıs 2017, Danıştay Yayınları No: 93, Ankara, 2017, s. 17.

⁴⁶ Cemil Kaya, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü”, 149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 11 Mayıs 2017, Danıştay Yayınları No: 93, Ankara, 2017, s. 35.

⁴⁷ Aydın Akgül, Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2013, s. 234.

⁴⁸ AİHM, Leander/ İsveç, Başvuru No: 9248/81, KT: 26.03.1987, paragraf 48 ve 59; Aktaran AYM, Bireysel Başvuru, Başvuru No: 2014/15365, KT: 29.05.2019, paragraf 44, 45 ve 46, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

676 sayılı “Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”⁴⁹ (KHK) ile DMK’nın 48. maddesinde yapılan düzenlemeyle “Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak” şartı devlet memurluğuna girişte aranacak genel bir şart olarak eklenmiş idi. Bu KHK, TBMM Genel Kurulunda 01.02.2018 tarihinde aynen kabul edilerek 7070 sayılı Kanun ile kanunlaşmıştır. Böylelikle DMK ile güvenlik soruşturması tüm memurları kapsayacak şekilde genişletilmişti. Bu düzenleme yaklaşık 3 yıl kadar uygulamada kaldıktan sonra AYM tarafından iptal edilerek yürürlükten kaldırılmıştır.

AYM, 24.07.2019 karar tarihli ve 2018/73 E, 2019/65 K sayılı kararı ile DMK’nın 48. maddesinin 1. fıkrasının (A) bendinin (8) numaralı alt bendinde belirtilen güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapılması yönündeki düzenlemeyi Anayasa’ya aykırılık gerekçesi ile iptal etmiştir. AYM, bu düzenlemenin Anayasa’nın 13., 20. ve 128. maddelerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararda AYM, iptal edilen düzenlemede güvenlik soruşturmasına ve arşiv araştırmasına konu olacak bilgi ve belgelerin neler olduğunun, bunların nasıl kullanılacağına belirtilmediğini, hangi mercilerin soruşturma ve araştırma yapacağına dair bir düzenlemenin yapılmadığını ifade etmiştir. Bu düzenleme ile devlet memurluğuna kabulde esas alınacak kişisel veri özelliği taşıyan bilgilerin toplanmasına, işlenmesine ve kullanılmasına ilişkin güvence ve temel kriterler belirlenmeksizin, bunların toplanmasına ve kullanılmasına izin verilmesini Anayasa’nın bu maddelerine aykırılık olarak değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme kanuni düzenleme ilkesinin neyi ifade ettiğine vurgu yapmıştır. Buna göre kanuni düzenleme ilkesi düzenlenen konuda temel kriterlerin ve çerçevenin kanun ile belirlenmesini ifade etmektedir. Bu ilke gereğince kamu görevlilerinin atanmalarına ve niteliklerine yönelik kuralların açık, sınırları belirli ve anlaşılır bir şekilde kanun ile belirlenmesi gerekir. AYM, Anayasa’nın 129. maddesi uyarınca memur ve diğer kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğünün bulunduğunu, bu kişiler bakımından kamu hizmetinin daha etkin ve sağlıklı yürütülebilmesi için birtakım şartların getirilmesinin doğal olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda kamu görevine atanacak kişiler bakımından güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması yapmanın kanun koyucunun takdirinde olduğunu ifade etmektedir. Fakat kamu makamlarına hangi şartlarda ve sınırlarda tedbir koyma ve özel hayatın gizliliğine müdahale etme yetkisi verildiğinin bu düzenlemelerde

⁴⁹ RG: 29.10.2016, S: 29872, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161029>, Erişim Tarihi: 15.11.2019.

açıkça gösterilmesini aramaktadır. Ayrıca, bu düzenlemelerin muhtemel kötüye kullanımlara karşı yeterli güvenceleri barındırması gerektiğini belirtmiştir.⁵⁰

AYM'nin bu ifadelerine göre kanunilik kriterlerini göz önünde tutarak kanun koyucunun gerekli detayları içerecek şekilde yeni bir kanuni düzenleme yapması mümkün görülmüştür. Bu konudaki yargısal ve doktrindeki eleştiriler üzerine duyulan toplumsal gereksinim sonucu Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi kanun koyucunun gündemine gelmiştir.

V- GÜVENLİK SORUŞTURMASI USULÜ

A. Hakkında Güvenlik Soruşturması Yapılacak Kişiler

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde belli kamu görevlerinde çalışacak kişiler için güvenlik soruşturması uygulaması şart koşulmuştur. Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 3/1. maddesinde arşiv araştırmasının, çalışma şekline ve statüsüne bağlı olmaksızın ilk defa ya da yeniden kamu görevine yahut memuriyete atanacaklar hakkında yapılacağı düzenlenmiştir. Güvenlik soruşturmasının yapılacağı kamu personeli ise daha sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 3/2. maddesinde güvenlik soruşturması yapılacak kişiler belirtilmiştir. Buna göre güvenlik soruşturması yapılacak kamu personeli şu şekilde ifade edilmiştir:

“Kurum ve kuruluşlarda, yetkili olmayan kişilerin bilgi sahibi olmaları halinde devlet güvenliğinin, ulusal varlığın ve bütünlüğün, iç ve dış menfaatlerin zarar görebileceği veya tehlikeye düşebileceği bilgi ve belgelerin bulunduğu gizlilik dereceli birimler ile Milli Savunma Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı, jandarma, emniyet, sahil güvenlik ve istihbarat teşkilatlarında çalıştırılacak kamu personeli ile ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde çalışacak personel, üst kademe kamu yöneticileri, özel kanunları uyarınca güvenlik soruşturması ve arşiv araştırmasına tabi tutulan kişiler ile milli güvenlik açısından stratejik önemi haiz birim, proje, tesis, hizmetlerde statüsü veya çalıştırma şekline bağlı olmaksızın istihdam edilenler hakkında güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması birlikte yapılır.”

⁵⁰ AYM, 2018/73 E, 2019/65 K, KT: 24.07.2019, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 03.12.2019.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 3/1. maddesinde arşiv araştırmasının kamu görevine ilk defa ve yeniden atanma durumunda yapılacağı açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, 3/2. maddesinde güvenlik soruşturmasının kamu görevlisinin kamu görevine sadece ilk girişinde mi yapılacağı, yeniden atanması durumunda da uygulanıp uygulanmayacağı konusunda herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu hususun açıkça düzenlenmemiş olması kanımızca eksikliklerdir.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 3/2. maddesinde güvenlik soruşturması yapılacak kişiler genel itibariyle net olarak belirtilmiş olmakla birlikte bu maddede ifade edilen “*gizlilik dereceli birimlerin*” ne olduğuna ilişkin açık bir tanım kullanılmamıştır. Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 12. maddesinde bu hususların Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği belirtilmiştir. 4045 sayılı Kanun'daki⁵¹ düzenlemede bunun yönetmeliğe bırakılması, Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği'nin ise bu konuyu idari organların kabul edeceği yönergeye bırakması hatırlandığında,⁵² kişi hakları ve özgürlükleri bakımından bu durum sakınca doğurabilir. Kanaatimizce bu hususun kanunda açıkça düzenlenmesi ile uygulamada ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önüne geçilecektir.

Kanunda açıkça düzenlenmesi gereken bir hususun idarenin düzenleyici işlemine bırakılması durumunda, kamu kurum ve kuruluşlarının aynı konuda kabul etmiş oldukları yönergelerde birlik olmayabilir. Bu noktada kamu kurum ve kuruluşlarına göre gizlilik dereceli birimlerin değişmesi ile güvenlik soruşturması kapsamına dahil edilen kamu personelinin değişebilmesi gündeme gelecektir.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 3/2. maddesinde belirtilen kurum ve kuruluş kavramının neyi ifade ettiği ise Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin “*Tanımlar*” başlıklı 2. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre “*Kurum ve Kuruluş*” kavramı arşiv araştırması ya da güvenlik soruşturması yapılmasını isteyen kamu kurumlarını ve kuruluşlarını, milli güvenlik bakımından stratejik öneme sahip proje, birim, tesis ve hizmetleri yapan diğer kurumları ve kuruluşları ifade etmektedir.

⁵¹ 4045 sayılı Kanun 1. madde.

⁵² Bkz. Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği 4., 5. ve 6. madde.

Buradaki düzenleme uyarınca kamu kurum ve kuruluşları haricinde, milli güvenlik alanında faaliyette bulunan stratejik önemi haiz birtakım özel kurum ve kuruluşlarda istihdam edilen personelin de güvenlik soruşturmasına tabi tutulacağı görülmektedir. Bu hususun yönetmeliğe ve yönergelere bırakılmayıp kanunda düzenlenmesi kanaatimizce ülke güvenliği açısından yerinde bir düzenleme olmuştur.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'ndeki bu düzenlemenin yanı sıra, burada da belirtildiği üzere kamu kurum ve kuruluşlarının özel mevzuatı uyarınca güvenlik soruşturmasının yapıldığı bazı durumlar vardır. 2802 sayılı Hakim ve Savcılar Kanunu, 4566 sayılı Kara Harp Okulları Kanunu ve 4752 sayılı Astsubay Meslek Yüksek Okulları Kanunu gibi kanunlar buna örnek olarak verilebilir.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 5. maddesinde kişi ile görevin gerektirdiği niteliklere etkisi yönüyle kişinin eşinin, birinci derece sıhri ve kan hısımlarının da dahil edileceği belirtilmiştir. Bu hususun gerekliliği ve doğurabileceği sakıncalar tartışılabilir. Burada güvenlik soruşturması araştırması sonucunda sıhri hısmın ve kan hısmının yapmış olduğu fiillerden -bunlar somut birtakım fiiller olsa bile- güvenlik soruşturmasına tabi adayın kamu hizmetine girmesinin engellenmesi kanımızca suç ve cezaların şahsiliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Danıştay 1. Dairesi uygulamadaki tereddütler nedeniyle kişinin yakınları ile birinci derece akrabaları hakkında güvenlik soruşturması yapılıp yapılamayacağı ve hukuki değer taşımayan istihbari bilgilerin talep makamlarına aktarılması konusunda görüş istemi üzerine vermiş olduğu kararda, "*Kişinin yakınları ve birinci derece akrabalarının*" güvenlik soruşturmasına konu olmasını, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenmiş olan ve evrensel nitelikteki "*ceza sorumluluğu şahsidir*" ilkesine göre incelemiştir. 1. Daire yapmış olduğu değerlendirmede, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin evrensel bir ceza hukuku ilkesi olduğunu, kişinin birinci derece akrabalarının ve yakınlarının güvenlik soruşturmasına tabi tutulmasının onlar açısından bir cezalandırma olarak değerlendirilemeyeceğini, aksine bunun idare işlevine ilişkin bir usul olduğunu ve Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen bu hükmün bu konuda bir çözüm aracı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Kararda, 4045 sayılı Kanun'un ve Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği'nin kişinin her bakımdan güvenilirliğini tespit etmeyi amaçladığı, böylelikle toplumun ve devletin ileriki dönemlerde uğraya-

bileceği zararların ya da tehlikelerin önceden önlenmek istendiği belirtilmiştir. Danıştay 1. Dairesi bu karar ile kamu görevine girecek kişinin, akrabalarının soruşturulmasını ve bunlar hakkında bilgi toplanmasını hukuka uygun bulmuştur ve “suç ve cezaların şahsiliği” prensibini bozmayacağına karar vermiştir.⁵³ Danıştay bu kararında yapılan işlemi idarenin işleyişine ilişkin bir işlem olarak değerlendirmekte ve ceza hukuku ya da idare hukuku anlamında bir cezanın olmadığını kabul etmektedir.

1. Dairenin, kamu görevine girecek kişilerin akrabaları hakkında idarenin bilgi toplamasının suç ve cezaların şahsiliği ilkesini ihlal etmediği yönündeki görüşü tartışılabilir. Toplanan bu bilgilerin idarece kullanılması neticesinde ortaya çıkabilecek hukuka aykırı uygulamalar için bu yorumun yapılamayacağını düşünmekteyiz. Nitekim idare yaptırmış olduğu güvenlik soruşturmalarında elde edilen bilgileri “suç ve cezaların şahsiliği” ilkesini ihlal edecek şekilde kullanabilmektedir. Yani akrabalara ilişkin bilgi toplama idarenin işleyişine ilişkin bir usul olsa bile, sebep teşkil edeceği işlem bakımından idareyi hukuki zeminden çıkarmaya müsait bir alandır. Bu konuda toplanan verilerin duyum ve söylemlere dayanması, somut bilgi ve belgelerle nesnel gerçeklere dayanmaması durumunda yapılan işlem hukuka aykırı olabilir. Diğer yandan, toplanan verilerin somut delillere dayanması ihtimalinde de ortada, güvenlik soruşturmasına tabi tutulan kişi bakımından ceza hukuku anlamında verilmiş bir ceza ya da idare hukuku anlamında bir idari ceza/yaptırım bulunmasa bile, güvenlik soruşturması neticesinde toplanan bilgilere göre kişilerin bazı haklardan mahrum bırakılması söz konusu olabilmektedir. Bu noktada kişinin Anayasa’da belirtilmiş olan kimi haklardan mahrum bırakılarak yaptırıma uğraması, dolaylı da olsa cezalandırılması söz konusudur. Bu nedenle güvenlik soruşturması sonrasında verilecek karar noktasında “suç ve cezaların şahsiliği” ilkesi ile örtüşmeyen sonuçların ortaya çıkması mümkündür. Danıştay 1. Dairesinin “suç ve cezaların şahsiliği” ilkesinin ceza hukuku alanında bir ilke olduğu ve akrabaların soruşturulması uygulamasının bu ilkeyi ihlal etmediği yönündeki yorumuna, bu durumun “kişinin şahsına ilişkin” başka somut veri olmaksızın tek başına “güvenlik soruşturmasının olumsuz olması” kararının sebep unsurunu teşkil etmesi durumunda katılmıyoruz.

Danıştayın ifadesi ile güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğu kararı, kamu gücüne dayanarak tek taraflı olarak tesis edilen, kişinin menfaatini ihlal

⁵³ Danıştay 1. Dairesi, 2003/15 E, 2003/40 K, KT: 25.03.2003, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

eden ve sonuç doğuran bir idari işlemdir.⁵⁴ Güvenlik soruşturması uygulamasında başkasının fiilinden dolayı kişinin menfaatinin ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. Kanaatimizce “suç ve cezaların şahsiliği” ilkesi Danıştayın bu kararda yorumladığı şekilde sadece ceza hukuku alanında uygulaması olan bir kavram değildir. Bu ilke evrensel bir hukuk ilkesidir. Anayasa’nın 38. maddesinin 7. fıkrasında ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ifade edilmiştir.

Bu ilke 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda⁵⁵ da düzenlenmiştir. AYM anayasal nitelikteki suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin sadece ceza hukukuna ilişkin bir ilke olmadığını, idari yaptırımlar konusunda da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Bu ilkenin amacının “kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmaması”⁵⁶ olduğunu belirtmiştir. Danıştay 14. Dairesi de vermiş olduğu bir kararda ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ceza hukukunun temel ilkelereinden biri olduğunu, bundaki amacın kişinin işlemediği bir fiilden ötürü cezalandırılmaması yani kişinin başkasının fiilinden sorumlu tutulamaması olduğunu belirtmiştir.⁵⁷

Danıştayın son yıllardaki kararlarında suç ve cezaların şahsiliği ilkesine uygun kararlar verdiği görülmektedir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu bir kararında askeri öğrenciliğe alınacakların kendisi, anne babası ve kardeşleri hakkında araştırma ve buna göre değerlendirme yapılmasını öngören yönergenin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Diğer taraftan babasının sabıka kaydından dolayı askeri öğrenciliğe kabul edilmeme işleminin ayrıca incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Kişinin babası ile ilişkisini inceleyerek, davacının anne ve babasının boşandığı, velayetinin annesine verildiği hususuna dikkat çekerek, babasının işlediği suçtan dolayı kaydının yapılmaması işlemini hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir.⁵⁸

⁵⁴ Danıştay 10. Dairesi, 1987/1838 E, 1987/1317 K, KT: 16.11.1987, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

⁵⁵ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Ceza sorumluluğunun şahsiliği Madde 20- “(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz...”, RG: 12.10.2004, S: 25611, Kabul Tarihi: 26.09.2004, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, Erişim Tarihi: 20.08.2019.

⁵⁶ AYM, 2011/105 E, 2012/ 38 K, KT: 15.03.2012; <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

⁵⁷ Danıştay 14. Dairesi, 2017/79 E, 2019/1945 K, KT: 13.3.2019, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

⁵⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2008/ 426 E, 2012/1766 K, KT: 07.11.2012; <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

Danıştay 12. Dairesinin bakmış olduğu bir davada 12. Daire, hukuk devleti ilkesi bakımından olayı değerlendirmiştir. İstihbari nitelikte bilgi notlarının hukuken geçerli olan başka bilgi ve belgeler ile doğrulanmadıkları sürece tek başına delil olarak kabul edilmelerinin ve ilgili kişiler aleyhine kullanılmalarının hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceğini, hukuk devletinde “*şüphe*” ye dayanılarak işlem tesis edilemeyeceğini belirtmiş ve davacının atamasının yapılmamasını hukuka aykırı bulmuştur. Kararda ayrıca bu durumun Anayasa’nın 70. maddesinde belirtilen “*Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez*” kuralına da aykırılık oluşturacağını belirtmiştir. 12. Daire, davacının anne babası ile kardeşleri hakkında tutulan istihbari bilgilerin güvenlik soruşturmasının olumsuz sonuçlanmasına neden olmayacağını belirtmiştir.⁵⁹ 12. Dairenin bu yaklaşımı “*suç ve cezaların şahsiliği*” ilkesine kendisinin de ifade ettiği üzere hukuk devleti ilkesine ve Anayasa’nın 70. maddesinde aranan niteliğe uygundur.

Danıştay 5. Dairesi ise kişinin yargılandığı davadan beraat etmesine rağmen güvenlik soruşturmasının olumsuz kabul edilmesinin masumiyet ilkesine aykırı düşeceğini belirtmiştir. Bu beraat kararı ve Anayasa’nın 38. maddesinde belirtilen masumiyet ilkesi karşısında güvenlik soruşturması raporuna dayanılarak, kişinin atamasının yapılmamasını hukuka aykırı olarak değerlendirmiştir.⁶⁰

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun vermiş olduğu bir kararda idare, davacının yasa dışı bölücü terör örgütüne sempatisinin olduğu, kardeşlerinin terör örgütü kapsamında birtakım faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle güvenlik soruşturması olumsuz kabul edilip davacının atamasının yapılmamasına karar vermiştir. İşlemin iptali için açılan davada Ankara 5. İdare Mahkemesi, davacının istihbari bilgilerle yasa dışı örgüt sempatisini ve örgütle irtibatlı olduğunun saptandığını, davacının ve kardeşlerinin devletin güvenliğini tehlikeye düşürebilecek, menfaatlerini etkileyebilecek tutum ve davranışlarda bulunduğunu, mevzuat gereği davacının Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalıştırılmasına engel durumların saptandığını belirterek açılan davayı reddetmiştir. Dosyanın temyizi üzerine Danıştay 12. Dairesi verilen kararı bozmuştur. Israr kararı üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, elde somut bilgi belge olmaksızın sırf istihbari bilgiye dayanan terör örgütüyle davacının iltisaklı olduğu bilgisinin, hukuken

⁵⁹ Danıştay 12. Dairesi, 2016/5358 E, 2017/2675 K, KT: 23.05.2017, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

⁶⁰ Danıştay 5. Dairesi, 1988/1564 E, 1989/1307 K, KT: 08.06.1989; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

kabul edilebilir bir belge olamayacağına, aynı zamanda davacının, kardeşlerinin yasa dışı faaliyetlerinden dolayı Anayasa'nın 38. maddesinde belirtilen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi uyarınca sorumlu tutulamayacağına, bu nedenle davacının temyiz iddiasının kabulüne ve Ankara 5. İdare Mahkemesinin ısrar kararının bozulmasına karar vermiştir.⁶¹

AYM, 2014/16941 başvuru numaralı, 24.01.2018 tarihli bireysel başvuruda ise “Sözleşmeli Er Ön Sözleşmesinin” güvenlik soruşturması olumsuz olduğu gerekçesiyle feshedilen başvurunun suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile adil yargılanma ilkesinin ihlal edildiği iddiasını incelemiştir. Söz konusu başvuruda başvurunun ön sözleşmesi, başvurunun annesinin, teyzelerinin ve dayısının bölücü terör örgütü mensubu olması nedeniyle güvenlik soruşturması olumsuz olarak değerlendirilmiş ve feshedilmiştir. Başvurucu dava yolunu kullanmış olsa da olumlu netice alamamıştır. AYM’ye, ortada somut herhangi bir eylemi olmamasına rağmen cezalandırıldığını, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin, masumiyet karinesinin ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia ederek bireysel başvuruda bulunmuştur. AYM, suç ve cezanın kanuniliği ilkesinin ihlali iddiasını konu bakımından yetkisizlik nedeni ile kabul edilemez bulmuştur. AYM, “ön sözleşmenin feshedilmesi işleminin” hem ceza hukuku hem de idare hukuku anlamında bir “ceza” olmadığı, bu işlemin “sözleşmeli er olabilmek koşullarından birini sağlamadığının sonradan anlaşılması üzerine” yapıldığı, bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi kapsamında ve AİHM’in kabulüne göre “suç isnadı” kapsamında kalan bir cezanın olmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur. AİHM’in, “suç ile itham edilme” kavramını, “yetkili makamlarca bir kişiye suç işlediği iddiasının resmi olarak bildiri” şeklinde yorumladığını belirtmiştir. AYM bu kararında, başvurunun ailesinin eylemlerinin başvurunun kamu hizmetine girmesinde dikkate alınması durumunu hukuka uygun olarak değerlendirmiştir. Milli güvenlik alanında görev yapan Türk Silahlı Kuvvetlerinde çalışacak personelde birtakım özel koşullar aranmasının “ilgili kamu hizmetinin niteliği dikkate alındığında” hakkaniyete aykırı olmayacağını değerlendirmiştir. Bu kapsamda adil yargılanma hakkının ihlaline yönelik iddiayı ise açıkça dayanaktan yoksunluk nedeni ile reddetmiştir.⁶²

⁶¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 2014/2390 E, 2017/346 K, KT: 06.02.2017, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

⁶² AYM, Bireysel Başvuru, Başvuru No: 2014/16941, KT: 24.01.2018, <https://kararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

AYM'nin "suç ve cezaların kanuniliği ilkesi" konusundaki konu bakımından yetkisizlik değerlendirmesi, bireysel başvuru konusundaki mahkemenin yetki alanı düşünüldüğünde yerinde bir değerlendirilmedir. AYM'nin bu iddiayı inceleyebilmesi için ihlal edildiği ileri sürülen hakkın Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından tanınıp korunan bir hak olması gerekmektedir. AİHM'in suç isnadı kavramına ilişkin yorumu karşısında başvuru konusu olay, ortak koruma kapsamı dışında kaldığı için AYM'nin görev alanına girmemektedir. Diğer yandan AYM'nin kamu hizmetine girecek kişiler bakımından akra-balarının soruşturulması noktasında "ilgili kamu hizmetinin niteliğini" dikkate alarak yorum yaptığı görülmektedir.

B. Güvenlik Soruşturması Yapacak Birimler

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 6. maddesine göre MİT Başkanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve mahalli mülkü idare amirlikleri güvenlik soruşturmasını ve arşiv araştırmasını yapmakla görevlidir. Bu birimler, kendilerinden istenen taleple sınırlı olarak bakanlıkların ve ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının arşivlerinden ve elektronik bilgi işlem merkezlerinden gerekli belgeleri, bilgileri, kesinleşmiş mahkeme kararlarını, soruşturmaya, kovuşturmaya ilişkin olguları, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171/5. ve 231/13. maddesi kapsamında alınan kararları alma yetkisine sahiptir. Bu birimler, görevleri nedeniyle elde etmiş oldukları bu bilgileri hukuka aykırı olarak kullanamazlar. Bilgisayar ortamında kişisel verilerle ilgili sorgulama yapamaz, görevi gereği öğrendikleri bilgileri basın yayın kuruluşlarına ya da diğer iletişim araçlarına sunamazlar. İlgili birimler tarafından bu hususta gerekli tedbirler alınır.

C. Güvenlik Soruşturması Kapsamında Elde Edilen Kişisel Verilerin Korunması

4045 sayılı Kanun'a yöneltilen en önemli eleştirilerden birisi kişisel verilerin korunmasına yönelik yeterli güvencelerin düzenlenmemiş olmasıdır. Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde bu eleştirileri giderecek şekilde detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 8. maddesine göre güvenlik soruşturması kapsamında kişinin kendisiyle ilgili olarak istihbari faaliyetlere konu olmayan kişisel verileri hakkında bilgilendirilmesi, bunların düzeltilmesi, bunlara erişiminin sağlanması ve bunların silinmesini istemesi gibi tedbirler alınır. Kişisel verilerin güncel ve doğru olması esastır. Bunlar işlendikleri amaçla sınırlı, bağlantılı ve ölçülü olarak kullanılır. Bu kapsamdaki iş ve işlemlerde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun

4. maddesinde⁶³ belirtilmiş olan genel ilkelere aykırı hareket edilemez. Fakat milli savunma, kamu düzeni, kamu güvenliği, milli güvenlik ve ekonomik güvenlikle ilgili istihbarat faaliyetleri çerçevesinde elde edilen bilgiler kişiye verilemez.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 8. maddesinde belirtilen “*istihbarat faaliyetleri*” ifadesinin kapsamına nelerin girdiği konusunda bu Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kanımızca bu durum kişilerin bilgilere ulaşması bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilir.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 9. maddesinde değerlendirme komisyonlarının ve güvenlik soruşturması yapmakla görevli birimlerin verilerin güvenliğine ilişkin gerekli önlemleri alacağı belirtilmiştir. Bu işlemlerin her evresinde gizliliğe uyulur ve kanuni olarak bilmesi gerekenlerden başkasına bilgiler verilmez ve açıklanmaz. Elde edilen kişisel veriler amacı dışında aktarılamaz ve işlenemez.

Güvenlik soruşturması Kanunu Teklifi'nin 10. maddesinde ise kişisel verilerin yok edilmesine ve silinmesine yönelik düzenleme yapılmıştır. Buna göre bu kapsamda elde edilen veriler işleme amacının ortadan kalkması ile ya da her durumda iki yılın sonunda değerlendirme komisyonları tarafından silinir ve yok edilir. Güvenlik soruşturması yapan birimlerdeki istihbari faaliyete konu olmayan ilgisine ait veriler iki yılın bitimi ile silinir ve yok edilir. Güvenlik soruşturması işlemine karşı dava açılması durumundan bu veriler karar kesinleşmeden silinemez ve yok edilemez. Mahkemelerin bu konudaki talepleri ilgili kuruluş ve kurum tarafından karşılanır. Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 11. maddesi uyarınca arşiv araştırması ve güvenlik soruşturması yapılmasında ve değerlendirmesinde görevli olan kişilerin kişisel veriler konusunda suç işlemesi durumunda, daha ağır bir cezayı gerektiren suç kapsamına girmiyorsa

⁶³ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, MADDE 4: “(1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir. (2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur: a) Hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma. b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma. c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme. ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma. d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.”; RG, T: 7/4/2016, S: 29677, Kabul Tarihi: 24/3/2016, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>, Erişim Tarihi: 01.09.2020.

bu fiil hakkında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 17.⁶⁴ maddesinde, kabahat işlenmesi durumunda 18.⁶⁵ maddesinde belirtilen hükümler uygulanacaktır.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde kişisel verilerin saklanması ile ilgili bu düzenlemeler son derece yerinde olmuştur. Verilerin iki yıl geçtikten sonra silinip yok edileceği düzenlemesi, masumiyet karinesi, unutulma hakkı gibi diğer hukuk ilkeleri bakımından da önem taşımaktadır.

D. Güvenlik Soruşturmasının Sonuçlandırılması

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nin 7. maddesinde bu konuda toplanan verileri incelemek ve sonucunu sorumlu amirin takdirine sunmak için "değerlendirme komisyonu" nun kurulacağı belirtilmiştir. Değerlendirme komisyonunun kamu kurumlarında ve kuruluşlarında, üç kişiden az olmamak şartıyla en üst amirin görevlendireceği kişilerden oluşacağı belirtilmiştir. Değerlendirme komisyonuna, kişinin kamu görevine ya da memuriyete uygunluğunun değerlendirilmesini sağlayacak nitelikte, yorum içermeyen olgusal veriler iletilecektir. Değerlendirme komisyonu, bu verileri nesnel ve gerekçeli bir şekilde değerlendirip, atamaya yetkili amire yazılı olarak değerlendirmelerini sunar. Bu bilgilerin mahkeme tarafından istenilmesi durumunda, bilgiler sunulur.

Bu düzenlemenin de işaret ettiği şekilde değerlendirme yapacak makamın, değerlendirmesini yaparken kişisel görüş ve değerlerinden uzaklaşarak, somut

⁶⁴ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu; MADDE 17- "(1) Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ncı madde hükümleri uygulanır. (2) Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır."

⁶⁵ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu; MADDE 18- "(1) Bu Kanunun; a) 10 uncu maddesinde öngörülen aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar, b) 12 nci maddesinde öngörülen veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, c) 15 inci maddesi uyarınca Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, ç) 16 ncı maddesinde öngörülen Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir. (2) Bu maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır. (3) Birinci fıkrada sayılan eylemlerin kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bünyesinde işlenmesi hâlinde Kurulun yapacağı bildirim üzerine, ilgili kamu kurum ve kuruluşunda görev yapan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev yapanlar hakkında disiplin hükümlerine göre işlem yapılır ve sonucu Kurula bildirilir."

bilgi ve belgelere göre nesnel olarak karar vermesi gerekir.⁶⁶ Burada kolluk kuvvetlerinin elde edeceği tüm verilerin değil yalnızca olgusal nitelikteki verilerin kullanılacağı belirtilmiştir. Olgusal verilerden kastedilen ise toplanan verilerin yorum içermeyen, gözlemlenebilir, somut vakalara dayanıyor olmasıdır.⁶⁷ Türk Dil Kurumunun Genel Türkçe Sözlüğünde “*olgu*” kavramı “*Birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç, vakıa*” olarak tanımlanmıştır.⁶⁸ Bu noktada güvenlik soruşturmasında kullanılacak verilerin somutlaştırılmak istendiği görülmektedir.

VI- GÜVENLİK SORUŞTURMASININ DAVA EDİLEBİLİRLİĞİ SORUNU

A. Güvenlik Soruşturması Sonrasında Tesis Edilen İşlemin Hukuki Niteliği

Güvenlik soruşturması usulünde, yetkili makamlar tarafından bilgi ve belgeler toplanarak, bunlar değerlendirme komisyonuna bir rapor halinde sunulmaktadır. Değerlendirme komisyonu gereken incelemeyi yaptıktan sonra, bu rapora ilişkin görüşünü takdir yetkili amire ait olmak üzere sunmaktadır. Burada yetkili amirin kararına kadar olan işlemler, henüz kesin ve yürütülebilir işlem niteliğinde değildir. Yetkili amirin bu konudaki kararı ile ortaya kesin ve yürütülebilir nitelikte, yani dava edilebilir nitelikte bir işlem ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte kamu hizmetine kabul edilmeme gibi durumlarda değerlendirme komisyonunun sunmuş olduğu rapor, yetkili amirin tesis etmiş olduğu idari işlemin sebep unsurunu oluşturabilir. Değerlendirme komisyonunun almış olduğu kararların gizli olduğu hatırlandığında güvenlik soruşturması raporlarının ancak nihai işlemle öğrenilmesi söz konusu olmaktadır.⁶⁹

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun⁷⁰ 2. maddesine göre idari işlemlere karşı menfaati ihlal edilen kişiler tarafından idari işlemin yetki, konu, şekil, sebep ve maksat unsurları bakımından hukuka aykırılıkları gerekçesiyle

⁶⁶ Çınar Can Evren ve İsmail Uçar, Kamu Görevlileri Hukuku, Editör: İbrahim Ermenek, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 83.

⁶⁷ Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Teklifi; https://www.tbmm.gov.tr/sira_sayi/donem27/yil01/ss220.pdf, Erişim Tarihi: 01.09.2020

⁶⁸ Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi:02.09.2020.

⁶⁹ Göçgün, s. 3392.

⁷⁰ RG, T: 20/1/1982, S: 17580, Kabul Tarihi: 06.01.1982; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>, Erişim Tarihi: 20.01.2019.

iptal davası açılabilir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendi uyarınca idari işlemlerin dava edilebilmesi için kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olması gerekir. İdari işlemin kesinliği, idari işlemin tabi olduğu prosedürün son aşamasını bitirmiş olmasını, yani hukuki sonuç doğurabilmesi için başka bir idari makamın onayına gereksinim duymamasını ifade ederken, yürütülmesinin zorunlu olması hukuk düzeninde değişiklik ortaya çıkaracak şekilde uygulanmasının gerekli olmasını ifade eder.⁷¹

Bu noktada hukuki etkisini yitirmiş olan işlemler, iç düzen işlemleri ve idarenin hazırlık işlemleri iptal davasının konusunu oluşturmaz.⁷² İç düzen işlemleri idarenin kendi işleyişine ya da kuruluşuna ilişkin olarak almış olduğu birtakım tedbir ve kararlar olarak ifade edilebilir.⁷³ Hazırlık işlemleri ise idari bir karar alınmadan önce yapılan, karar alacak olan makamı bağlamayan fakat bu makamı bilgilendirici ve yönlendirici nitelikte olan işlemlerdir.⁷⁴ Hazırlık işlemleri işlemin yapılmasından önce, karar verecek mercie görüş bildirme, öneride ya da tavsiyede bulunma, teklifte bulunma, rapor sunma şeklinde yapılan işlemlerdir.⁷⁵ Hazırlık işlemlerinin önemli bir bölümünü raporlar oluşturmaktadır ve güvenlik soruşturması raporu bunlardan biridir.⁷⁶

Doktrinde bir görüş biri diğerinin sebebini oluşturan birden fazla işlemin birleşmesiyle oluşan zincir işlemlerde, idari işlemin sürecini durduran, bir sonraki aşamaya geçişi engelleyen hazırlık işlemlerinin, kişilerin hukuki durumlarını etkilemesi halinde asıl işlemde ayrılarak dava edilmelerinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş güvenlik soruşturması raporlarının ilgili kişilerin hukuki durumlarını etkileyen etkili hazırlık işlemi niteliğinde olduğunu, bu raporların hazırlık işlemi olduğu gerekçe gösterilerek olumsuz rapordan dolayı dava açılmama durumunun söz konusu

⁷¹ Danıştay 7. Dairesi, 1997/2452 E, 1998/3120 K, KT: 14.10.1998, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, Erişim Tarihi: 01.08.2019.

⁷² Oğuz Sancakdar, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 352.

⁷³ Turan Yıldırım, H. Melih Çakır; İdare Hukuku-İdari Yargı Ders Notları, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 100.

⁷⁴ Kemal Gözler, Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 269.

⁷⁵ Eyüp Özdemir, İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncıları, İstanbul, 2019, s. 47.

⁷⁶ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 385.

olamayacağını belirtmektedir.⁷⁷ Ayrılabilir işlem kuramı uyarınca, hazırlık işlemi niteliğindeki bir işlem ilgisinin hakları üzerinde asıl işlemten bağımsız olarak sonuç doğuruyorsa bu halde işlem icra edilebilirlik kazandığından asıl işlemten ayrı olarak dava edilebilir.⁷⁸

Güvenlik soruşturması raporlarını Danıştay bazen idarenin iç işleyişi ile ilgili işlemler olarak, bazen ise hazırlayıcı işlemler olarak değerlendirmektedir. Bunların kesin ve yürütülmesi gerekli, tek başına hukuki sonuç doğurabilen işlem niteliği taşımadığını, iptal davasının konusu olabilecek bir işleme bağlı olması haricinde dava konusu yapılamayacağını belirtmektedir.⁷⁹

Danıştay 5. Dairesi vermiş olduğu bir kararda güvenlik soruşturması raporunun idarenin iç işleyişiyle ilgili bir işlem olduğunu belirtmiştir. Güvenlik soruşturmasının olumsuz olması nedeniyle atamanın yapılmamasından dolayı açılan davaları reddetmiştir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesine göre iptal davalarının idari işlemlere karşı açılabilceğini, idari işlemlerin kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla idari organlarca yapılmasının yanı sıra bu işlemlerin kesin ve icrai nitelikte işlemler olduğunu, bunun bilimsel içtihatlar ve yargı içtihatları ile kabul edildiğini belirtmiştir. Buna göre Danıştay fişleme işleminin idarenin iç işleyişiyle ilgili bir işlem olduğunu, ortada kesin ve yürütülmesi gereken, tek başına hukuki sonuç doğurabilen nitelikte bir idari işlem bulunmadığını, güvenlik soruşturması raporunun bir ön işlem olduğunu kabul etmiştir ve bunların dava edilemeyeceğini belirtmiştir.⁸⁰

Danıştayın aksi yönde kararları da mevcuttur. Emniyet tarafından tutulan bilgi fişinin iptaline ilişkin olarak açılan bir davada idare mahkemesi, kişi hakkında takipsizlik ve beraat kararı verildiği halde özel dersane kurucusu olması sebebiyle sakıncalı görüldüğü şeklindeki fiş kaydının, hukuki dayanaktan yoksun olması, istihbari nitelikte olması, tek başına delil niteliği taşıması nedeniyle işlemin iptaline karar vermiştir. İdare mahkemesi bilgi fişlerinin kişiler aleyhine sonuç doğurmasının, kanuni hakların ve menfaatlerin şüpheye da-

⁷⁷ Yıldırım vd. (İçinde: Yıldırım), s. 683.

⁷⁸ Özdemir, s. 47.

⁷⁹ Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 266-267.

⁸⁰ Danıştay 5. Dairesi, 1988/948 E, 1989/785 K, KT: 04.05.1989, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 26.12.2019; Danıştay 5. Dairesi, 1989 / 1170 E, 1989 / 1788 K, KT: 25.10.1989, <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, Erişim Tarihi: 01.08.2019.

yanan işlemlerden etkilenmesinin hukuk devleti ilkesine aykırı olacağı belirtilmiştir. Danıştay 10. Dairesi verilen kararı onamıştır.⁸¹

Danıştay 10. Dairesi başka bir kararında ise davacı hakkında fiş kaydı iptali istemiyle açılan davada fiş kaydının kişinin hayatı boyunca her an karşılaşılabileceği bir kayıt olduğunu, bu nedenle menfaat ilgisinin bulunduğunu, bunun kesin ve yürütülmesi gereken bir idari işlem niteliğinde olduğunu belirtmiş, fiş kayıtlarını dava edilebilir işlemler olarak kabul etmiştir. Aksi yorumun bazı idari işlemlerin yargı denetimi dışında tutulması anlamına geleceğini, bunun ise hak arama özgürlüğüyle ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağını belirtmiştir.⁸²

Güvenlik soruşturması işlemi idare işlevine ilişkin olan ve kamu gücü ayrıcalıkları kullanılarak yapılan idari işlemlerden birisidir.⁸³ Danıştay'ın fişleme işlemi kişiler üzerinde hukuki sonuç doğuran dava edilebilir nitelikte bir idari işlem olarak kabul etmesi, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargısal denetime tabi olduğu hukuk devleti ilkesiyle ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşan yerinde bir yaklaşımdır. Bugün itibarıyla Danıştay güvenlik soruşturması raporlarının ve fiş kayıtlarının iptal davasına konu edilebileceğini kabul etmektedir.

B. Güvenlik Soruşturmasının İçeriğinin Hukuki Denetimi

Yargı organlarının bu konuda açılan davalarda, güvenlik soruşturmasının içeriğine girerek inceleme yaptığı görülmektedir. Danıştayın güvenlik soruşturması konusunda vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, güvenlik soruşturması uygulamasının kamu hizmetine girmede görevin gerektirdiği nitelikler haricinde başka niteliklerin aranmayacağı ilkesine, kanun önünde eşitlik ilkesine, masumiyet karinesine ve kamu hizmetine girme hakkına aykırılık teşkil edebileceğine ilişkin çeşitli kararları vardır.⁸⁴

⁸¹ Danıştay 10. Dairesi, 1990 / 4530 E, 1992 / 3596 K, KT: 14.10.1992, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 26.12.2019.

⁸² Danıştay 10. Dairesi, 1993/5008 E, 1994/5059 K, KT: 19.10.1994, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 26.12.2019.

⁸³ Funda Kara, Güvenlik Soruşturması- Türkiye İdaresinin Güncel Sorunları Seminer Çalışması, Ankara, 2005, s. 10; <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/Seminer/2004-2005/guvenlikSORUSTURMASI-fundakara.pdf>, Erişim Tarihi: 19.08.2019.

⁸⁴ Akyılmaz, s. 30-31.

Danıştay bu konuda vermiş olduğu kararların bir kısmında istihbari nitelikteki bilgileri delil olarak kabul etmemektedir. Danıştay bu kararlarda “*sebepe*” olarak gösterilen olayın ispatı konusunda herhangi bir veriyi kabul etmemekte, olayda adli ve idari makamlarca yapılan bir tespitin olup olmadığını araştırmaktadır. Danıştayın istihbari nitelikteki bilgilerin delil olamayacağı içtihadını doktrinde bir görüş eleştirmektedir. Danıştayın bu konuda “*hukuki delil*” aramasına gerek olmadığını, bu uygulama ile masumiyet karinesinin ihlal edilmiş sayılmayacağını, hukuk devleti ilkesinin memurlar için değil vatandaşlar için getirilen bir ilke olduğunu, idarenin istihbari nitelikteki bilgilere dayanarak işlem yapmasının hukuk devleti ilkesine aykırı olmayacağını, bu konuda ispat için “*hukuki delil*” aramanın kamu yararını değil kamu zararını ortaya çıkaracağını savunmaktadır.⁸⁵

Bu görüşe katılmıyoruz. Bu konuda idarenin “*hukuki delil*” aramaksızın, somut ispatı olmayan duyum, söylem, ithaf, emare ve belirti gibi verilere dayanarak işlem yapması, elinde hukuken geçerli bir delil olmaksızın işlem yapmasına neden olacaktır. Ortada ceza hukuku anlamında verilmiş bir ceza olmasa bile yapılan işlemden dolayı kişilerin haklarının ve menfaatlerinin ihlal edilmesi söz konusudur. Üstelik hukuk devleti ilkesi sadece vatandaşların haklarını güvence altına alan bir ilke olmayıp, hukukun kişilere tanıdığı tüm hakları güvence altına alan ve idarenin hukuka uygun hareket etmesini öngören bir ilkedir.

Başka bir kararında Danıştay konuyu kamu hizmetine girmede eşitlik ilkesi ve görevin gerektirdiği nitelikler bakımından incelemiştir. Danıştay Anayasa’nın eşitlik ilkesini temel bir ilke olarak benimsediğini, bu ilkenin tüm devlet organlarını bağladığını, tüm devlet organlarının bu ilkeye göre hareket etmesi gerektiğini ve bu ilkenin kamu hizmetine girmede de uygulanacağını vurgulamıştır. Anayasa’nın 70. maddesinde belirtilmiş olan “*görevin gerektirdiği nitelikler*”in objektif birtakım kriterler ile belirlenmesi gerektiğini, bu ilkelerin DMK’da ve özel kanunlarda belirtildiğini ifade etmiştir. Danıştay somut bir veri elde edilmeksizin kişinin tutum ve davranışları gerekçe gösterilerek kişinin atamasının yapılmaması işlemini, kamu hizmetine girmede eşitlik ilkesine ve

⁸⁵ Kemal Gözler, İdare Hukuku C I, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019, s. 1027-1028.

görevin gereklerinden başka niteliklerin aranmayacağı ilkesine aykırılık olarak değerlendirmiştir.⁸⁶

Yargı kararlarında güvenlik soruşturması neticesinde kamu görevlileri hakkında bir karar verilebilmesi için güvenlik soruşturması usulü ile elde edilen bilgilerin somut verilerle desteklenmesinin arandığı görülmektedir.⁸⁷ Danıştay, sırf istihbari bilgilere dayanarak güvenlik soruşturmasının olumsuz kabul edilmesi durumunda, elde somut bilgi ve belge olmaksızın hukuki delil niteliği taşımayan istihbari bilgilere dayanarak olumsuz işlem yapılması durumunu istikrarlı bir şekilde hukuka aykırı olarak değerlendirmektedir. Danıştayın bu görüşü son derece yerindedir. Danıştay konuyu ayrıca kamu hizmetine girmede eşitlik ilkesi ve görevin gerektirdiği nitelikler bakımından irdelemekte, yapılan güvenlik soruşturması değerlendirmesinin bunlara uygunluğunu aramaktadır.

Danıştayın güvenlik soruşturmalarına ilişkin birtakım kararlarının konusu istihbari bilgilerden ziyade mahkemelerce verilmiş olan mahkûmiyet hükümleri oluşturmaktadır. Danıştay 12. Dairesi vermiş olduğu bir kararda, hükmün açıklanması geri bırakılmış olsa bile bazı suçlardan dolayı mahkûmiyet hükmünün verilmesini güvenlik soruşturmasının olumsuz olmasına gerekçe olarak değerlendirmiştir. Söz konusu olayda davacının güvenlik soruşturması olumsuz geldiği gerekçesiyle vergi müfettiş yardımcılığına ataması yapılmamıştır. Güvenlik soruşturması, davacının özel belgede sahtecilik ve kamu kurumu aleyhine dolandırıcılığa teşebbüs suçundan dolayı ceza aldığı ve hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı belirtilmiş bu nedenle olumsuz sonuçlanmıştır. Yerel mahkeme açılan davada davacıyı haklı görmüş ve bu durumun memuriyete engel teşkil etmeyeceği gerekçesi ile işlemin iptaline karar vermiştir. Danıştay 12. Dairesi ise her ne kadar bu durum mahkûmiyet kararı anlamına gelmese ve memuriyete engel bir durum teşkil etmese de bu eylemlerin işlendiği ceza mahkemesi tarafından sabit görüldüğü için bunlar güvenlik soruşturması bakımından ayrıca değerlendirilebilir demiştir. 12. Daire, güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması uygulamasının ve buradan elde edilecek belgelerin kullanılmasındaki amacın, kamu görevi yürütmesi uygun olmayan kişilerin kamu görevine atanmasının önlenmesi olduğunu belirtmiştir. Olayda davacının atanacağı görev, davacının daha önce işlemiş olduğu fiiller dikkate alındığında, işlemin iptal-

⁸⁶ Danıştay 5. Dairesi, 2001/5253 E, 2003/796 K, KT: 13.03.2003; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

⁸⁷ Rıdvan Demir, Türk Hukukunda Memur Yükümlülüklerinin Temel Hak ve Özgürlükler Karşısında Durumu, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2018, s. 35.

line karar veren yerel mahkeme kararını hukuka aykırı olarak değerlendirmiş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur.⁸⁸

Danıştay bu kararında, yerel mahkemenin yapmış olduğu söz konusu mahkûmiyet hükmünün memuriyete engel olmaması değerlendirmesi haricinde, olayı güvenlik soruşturması uygulamasının getiriliş amacı bakımından incelemiştir. Danıştayın bu kararı, somut olayın özelliği, davacının atanmak istediği “vergi müfettiş yardımcılığı” görevi ve işlemiş olduğu suçlar olan “özel evrakta sahtecilik” suçu ile “kamu kurumlarını dolandırmaya teşebbüs” suçu bakımından değerlendirildiğinde, güvenlik soruşturmasının amacına uygun düşen bir karar olarak değerlendirilebilir.

Diğer taraftan Danıştay 12. Dairesi hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı başka bir olayda güvenlik soruşturmasının olumsuz olarak değerlendirilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Olayda davacı, “suç uydurma suçu” ndan 25 gün hapis cezası almış ve hükmün açıklanması geri bırakılmış ve 5 yıl süre ile denetim tabi kılınmıştır. Davacının infaz koruma memurluğu öğrenciliği ile ilişkisi bu mahkûmiyet hükmü nedeniyle güvenlik soruşturması olumsuz görülerek sonlandırılmıştır. Danıştay yapmış olduğu değerlendirmede, davacının suç tarihinde 20 yaşında olmasını ve suçun niteliğini, olayın oluş şeklini göz önüne alarak güvenlik soruşturmasının olumsuz olarak değerlendirilemeyeceğini belirterek, iptal talebini reddeden yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir.⁸⁹

Başka bir kararında ise Danıştay “infaz ve koruma memurluğu öğrenciliğine kesin kabul” işlemini iptal eden idarenin kararını hukuka uygun bulmuştur. Olayda Danıştay, yapılan güvenlik soruşturmasında “ruhsatsız ateşli silahlarla mermileri satın alma veya taşıma veya bulundurma suçundan 10 ay hapis ve 375,00 TL adli para cezası ile cezalandırıldığı ve bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına” karar verildiği için güvenlik soruşturmasının olumsuz kabul edilmesi durumunu, işlenen fiilin niteliği ve görevin niteliğini dikkate alarak hukuka uygun bulmuştur.⁹⁰

⁸⁸ Danıştay 12. Dairesi, 2016/7304 E, 2018/5430 K, KT: 20.11.2018, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

⁸⁹ Danıştay 12. Dairesi 2016/1979 E, 2018/2771 K, KT: 20.6.2018, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

⁹⁰ Danıştay 12. Dairesi, 2015/2379 E, 2015/6028 K, KT: 18.11.2015, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 28.07.2019.

İncelenen kararlarda görüldüğü üzere Danıştayın mahkûmiyet kararlarına dayanarak güvenlik soruşturmasının olumsuz kabul edildiği durumlarda, kesin ve sınırları belirlenebilir ilkeler ortaya koyduğu söylenemez. Danıştayın bu konuda her bir somut olayın özelliğine göre, hem güvenlik soruşturması uygulamasının getiriliş amacını, hem de hukukun genel ilkeleri ile idare hukukuna özgü ilkeleri dikkate alarak karar verdiği görülmektedir. Danıştay memurluğa atanmaya engel teşkil etmeyen bazı suçları, belli kamu hizmetlerini yerine getirme bakımından engel kabul etmektedir. Bazı durumlarda ise karar verirken sadece suç esas almamakta, işlenen suç ile suça temel olan fiili, bu fiilin işlenme koşullarını, hangi sebeple ve hangi yaşta işlendiği gibi hususları da göz önüne alarak karar vermektedir.⁹¹

C. Güvenlik Soruşturmalarının Hizmet Kusuru Oluşturup Oluşturmayacağı Meselesi

Güvenlik soruşturması sonucunda verilmiş olan atamama kararının iptal edilmesi durumunda, bu durumun hizmet kusuru olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunda Danıştayın farklı kararları vardır. Danıştay 8. Dairesi vermiş olduğu bir kararda, idari işlemin hukuka aykırılığı kural olarak hizmet kusuru teşkil etse bile genel idare hukuku ilkeleri uyarınca bunun her zaman tazminat yükümlülüğünü gerektirmeyeceğini, bunun için ağır ve önemli bir hukuki sakatlığın bulunması gerektiğini belirtmiştir. Güvenlik soruşturmasında hataya düşülmüş olmasını hizmet kusuru olarak değerlendirmemiştir.⁹²

Danıştay 12. Dairesi ise hukuka aykırılığın ağır ve önemli olması şartını aramaksızın, Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca bu durumun hizmet kusuru olacağını ifade ederek zararın tazminine karar vermiştir.⁹³ Danıştay 10. Dairesinin vermiş olduğu bir kararda ise davacı hakkında, Emniyet Müdürlüğünce 1971 yılında yapılmış olan bir inceleme sonucunda hazırlık evrakı düzenlenmiş ama bir kamu davası açılmamıştır. Olay sebebiyle davacı hakkında sicil fişi düzenlenmiş, davacı bu kaydın silinmesini idareden talep etmiş fakat istem reddedilmiştir. Bunun üzerine davacının açmış olduğu manevi tazminat davasında 10. Daire, mahkeme kararıyla hukuka aykırılığı tespit edilen sicil fişinin idare

⁹¹ Şanlı Atay, s. 69.

⁹² Danıştay 8. Dairesi, 1995/4350 E, 1996/768 K, KT: 19.03.1996; <http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari>, Erişim Tarihi: 01.08.2019.

⁹³ Danıştay 12. Dairesi, 1995 / 7261 E, 1996 / 585 K, KT: 29.02.1996; Danıştay 5. Dairesi, 2000 / 6874 E, 2004 /104 K, KT: 21.01.2004; <http://www.hukukturk.com/danistay->, Erişim Tarihi: 01.08.2019.

tarafından silinmeyip 30 yılı aşın süredir saklanması davacıda elem, üzüntü, sosyal çevresinde şüphe gibi duygulara neden olacağını, bu nedenle davacıya manevi tazminat ödenmesi gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴

AYM'nin olumsuz sayılan güvenlik soruşturmalarının hizmet kusuruna neden olup olmayacağı konusunda vermiş olduğu kararları vardır. AYM'ye yapılan bir bireysel başvuruda başvuru, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin daha önceki yerleşik içtihadına aykırı bir karar vermesi nedeniyle başvuruda bulunmuştur. Başvuru, yaptığı başvuruda Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin daha önceki içtihatlarına aykırı bir şekilde güvenlik soruşturması nedeniyle ilişik kesme kararının iptali sonrasında tazminat ödenemeyeceğine ilişkin kararının, gerekçeli karar ilkesi yönünden adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. AYM vermiş olduğu kararda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yargı kararı ile hukuka aykırılığı saptanan işlemler hakkında istikrarlı bir şekilde idarenin mali sorumluluğuna hükmettiğini, gerekçeli kararında neden daha önceki yerleşik içtihadından döndüğüne ilişkin tatmin edici bir gerekçenin açıklanmadığını belirtmiştir. Mahkemelerin benzer nitelikte olan davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeden farklı kararlar vermelerinin hukuki belirlilik ilkesine ve öngörülebilirlik ilkesine ters düşeceğini ifade etmiştir. AYM, başvurunun gerekçeli karar ilkesi yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir.⁹⁵

Kanaatimizce idarenin olumsuz güvenlik soruşturması raporuna dayanarak vermiş olduğu atamama kararından dolayı, zarara uğrayan kişilerin uğradığı zararın tazminini hizmet kusuru ilkeleri çerçevesinde istemesi mümkündür. Bu durumda hizmet kusuruna ilişkin diğer hususlar da birlikte değerlendirilerek somut olayın özelliğine göre karar verilmelidir.

SONUÇ

Güvenlik soruşturması konusunda doktrinde ve yargı içtihatlarında yöneltilen en yoğun eleştirilerden birisi bu konunun 4045 sayılı Kanun'da detaylı bir şekilde düzenlenmemiş olmasıdır. Temel hakları ve özgürlükleri doğrudan etkileyebilecek olan güvenlik soruşturması uygulamasının Anayasa'da belirtilen

⁹⁴ Danıştay 10. Dairesi, 2004/11424 E, 2007/1550 K, KT: 28.3.2007, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 26.12.2019.

⁹⁵ AYM, Bireysel Başvuru, Başvuru No: 2015/13454, KT: 20.03.2019, https://kararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr/_Erişim_Tarihi:09.08.2019.

temel hakların ve özgürlüklerin sınırlanması hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Bu nedenle buna ilişkin usullerin ve esasların kanunda detaylı olarak düzenlenmesi gerekir.

Yüksek mahkemeler kamu hizmetinin daha etkin bir şekilde yürütülebilmesi için güvenlik soruşturması uygulamasının gerekliliğine değinmişlerdir. Özellikle keyfiliğe yol açmaması için bu konudaki temel çerçevenin kanun ile belirlenmesi gerektiğini vurgulamışlardır. Yüksek mahkeme kararlarında güvenlik soruşturması sonuçları idarenin sübjektif değerlendirmesine bırakılmamış, özellikle istihbari bilgilere dayanarak olumsuz sonuçlandırıldığı durumlarda, somut bilgi ve belgelerin varlığı istikrarlı bir şekilde aranmıştır. Bu noktada uygulamada ortaya çıkan sorunlarda yüksek mahkemeler idarenin yapmış olduğu hukuka aykırı işlemleri iptal etmektedir. Yüksek mahkemeler bu konuda kamu görevinin gereği ve evrensel hukuk prensipleri gibi hususları göz önünde tutarak, her bir somut olay bakımından ayrı ayrı inceleme yapmaktadır.

Güvenlik soruşturması konusu Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi ile TBMM'nin gündemine gelmiştir. Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi bu konuda getirilen eleştiriler ve toplumsal ihtiyaç üzerine bu konudaki uygulamaları kanuni zemine oturtmak, bu alandaki eleştirileri gidermek amacıyla hazırlanmıştır. Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde 4045 sayılı Kanun'a göre daha detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Kişisel verilere ilişkin düzenlemenin Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde açıkça yapılması en önemli noktalardan birisidir. Ayrıca tanımlardaki ve usuldeki belirsizlikler bu düzenleme ile giderilmeye çalışılmıştır.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde değerlendirme komisyonuna olgusal verileri yetkili amirin takdirine sunma yetkisi verilmiş ve yerinden araştırma konusu nispeten somutlaştırılmak istenmiştir. 4045 sayılı Kanun'a göre bunlar olumlu düzenlemeler olmakla birlikte kanımızca yeteri kadar açık ve net düzenleme içermemektedir. Diğer yandan kamu hizmetinin gereği noktasında güvenlik soruşturması uygulamasına eş ve birinci derece hısımların dahil edilmesi bu konudaki tartışmaları devam ettirecek niteliktedir. Gizlilik dereceli birimlerin ve istihbari bilgilerin neyi ifade ettiğinin açık olarak belirtilmemesi ise bir diğer sorundur.

Güvenlik Soruşturması Kanunu Teklifi'nde yer yer idareye takdir yetkisinin tanındığı alanlar bulunmaktadır. Bu noktada idarenin adil ve tarafsız bir şekilde güvenlik soruşturması uygulamasını yapması önem taşımaktadır. Kişile-

rin temel haklarından mahrum edilmemesi için idarenin bu konudaki takdir yetkisini güvenlik soruşturması uygulamasının getiriliş amacını, kamu yararını ve hizmetin gereklerini göz önünde tutarak; kanuni idare ilkesine, idarenin hukuka uygunluğu ilkesine ve hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde kullanması gerekir. Mevzuatta yeterince açık ve detaylı düzenlemeler yapılması halinde idare ile kişiler arasında bu konuda ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklarda azalma olması muhtemeldir.

KAYNAKÇA

Kitap, Sempozyum ve Makaleler

AKGÜL, Aydın, Kişisel Verilerin Korunması Açısından İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Yargısal Denetimi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2013.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Devlete Sadakat Yükümlülüğü”, 149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 11 Mayıs 2017, Danıştay Yayınları, No: 93, Ankara, 2017, s. 15- 34.

AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, Murat; KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

AYDIN, Ercan Orhan, Türkiye’de Güvenlik Soruşturması Uygulamaları ve Bunların İnsan Hakları Bağlamında Değerlendirilmesi: Devlet Memuru Alımında Güvenlik Soruşturması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Anabilim Dalı, İstanbul, 2013.

ÇİÇEK, İbrahim, Adli Sicil ve Arşiv Kaydının Silinmesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2011.

DEMİR, Rıdvan, Türk Hukukunda Memur Yükümlülüklerinin Temel Hak ve Özgürlükler Karşısında Durumu, 1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2018.

- DEMİRCİOĞLU, Mustafa Yaşar; “Yükseköğretim Kurulunun Öğretim Üyeleri Hakkında İstihbarat Toplama Yetkisi Var mıdır?”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 8, S 1, Haziran 2013, s. 425-468.
- DİNÇ, Güney, “Güvenlik Soruşturması”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 20 Ağustos 1985, s. 2, <http://www.guneydinc.com/makaleler/84.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2019.
- DİNÇ, Güney, *Güvensizlik Üçgeni: 1402’likler, Fişleme ve Güvenlik Soruşturması*, 1. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 1987.
- EVREN, Çınar Can; UÇAR, İsmail, *Kamu Görevlileri Hukuku*, Editör: ER-MENEK, İbrahim, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GÖÇGÜN, Muhammed; “Sözleşmeli Öğretmen Atama Sürecinde Yapılan Sözlü Sınav ve Güvenlik Soruşturmalarının İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, C 17, S 200, 2019, s. 3343-3412.
- GÖNENÇ, Levent, “Fişleme Olayı ve Cumhuriyetin Özgüven Bunalımı”, http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/cumhuriyetin_ozguven_bunalimi.pdf, Erişim Tarihi:05.07.2019.
- GÖZLER, Kemal; KAPLAN Gürsel, *İdare Hukuku Dersleri*, 22. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- GÖZLER, Kemal; *İdare Hukuku C I*, 3. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2019.
- GÖZLER, Kemal; KAPLAN, Gürsel, *İdare Hukukuna Giriş*, 25. Baskı, Ekin Yayınları, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; TAN, Turgut; *İdare Hukuku- Genel Esaslar, C I*, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- GÜL, Cengiz; “AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlanması Kriterleri”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C 14, S 1, Nisan 2019, s. 105-126.
- GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.

- KALABALIK, Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt 1, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- KAMAN KARAN, Nur, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- KARA, Funda, *Güvenlik Soruşturması- Türkiye İdaresinin Güncel Sorunları Seminer Çalışması*, Ankara, 2005, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/Seminer/2004-2005/guvenlikSORUSTURMASI-fundakara.pdf>, Erişim Tarihi: 19.08.2019.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, “Güvenlik Soruşturması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C 53, S 1-4, 1998, s.159-185.
- KAYA, Cemil, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin Sadakat Yükümlülüğü”, 149. Yıl Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu, 11 Mayıs 2017, Danıştay Yayınları, No:93, Ankara, 2017, s. 35-58.
- KAYA, Cemil; “Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C IX, S 1-2, Haziran-Aralık 2005, s. 253-284.
- KILINÇ, Durmuş; “Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması”, *Ankara Barosu Dergisi*, S 2, Yıl 77, 2019, s.1-39.
- MERCAN, Sabriye; “Güvenlik Soruşturmasından MİT de Bıktı”, *Güneş Gazetesi*, 18 Aralık 1990, İzmir, <http://www.guneydinc.com/makaleler/105.pdf>, Erişim Tarihi: 26.12.2019.
- OSKAY, Mehmet, *Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırmasının İnsan Hakları ve Özel Hayatın Korunması Yönünden İncelenmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi Ana Bilim Dalı, Gaziantep, 2019.
- ÖZÇELİK, Ziyet; “Güvenlik Soruşturması/ Haklardan Arındırma”, *Toplum ve Hekim*, C 34, S 1, Ocak- Şubat 2019, s. 57-61.

ÖZDEMİR, Eyüp, İdari Yargıda Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

ÖZTÜRK, Bahri; ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.

SANCAKDAR, Oğuz, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2012.

ŞANLI ATAY, Yeliz, “Memurluğa Girişin Genel Bir Şartı Olarak Güvenlik Soruşturması”, İnsan Hakları Yıllığı, C 34, 2016, s. 43-75.

YILDIRIM, Turan; ÇAKIR, H. Melih; İdare Hukuku-İdari Yargı Ders Notları, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

YILDIRIM, Turan; KAMAN, Nur, İdare Hukuku Konferansları-I "Kamu Görevlilerinin Özel Hayatı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, C 18, S 1, 2019, s. 155-172.

YILDIRIM, Turan; YASİN, Melikşah; KAMAN, Nur; ÖZDEMİR, Halit Eyüp; ÜSTÜN, Gül; OKAY TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, 7. Baskı “Editör: YILDIRIM, Turan”, On İki Levha, İstanbul, 2018.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

İnternet Kaynakları

Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <http://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04.07.2019.

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

TBMM, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Başkanlığı, 22.02.2010 Tarihli Basın Açıklaması, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/basin_2010/22_Subat_2010_Guvenlik.pdf, Erişim Tarihi: 01.07.2019.

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

<http://www.hukukturk.com/danistay-kararlari/>, Erişim Tarihi: 01.08.2019.

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>, Erişim Tarihi: 26.12.2019.

Mevzuat

4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli ile Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesine ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, RG: 03.11.1994, S: 22100, Kabul Tarihi: 26.10.1994, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4045.pdf>, Erişim Tarihi: 09.08.2019.

676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG: 29.10.2016, S: 29872, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/10/20161029-5.htm>, Erişim Tarihi: 15.11.2019.

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu, No: 2000/284, RG: 12.04.2000, S: 24018, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.2000284.pdf>, Erişim Tarihi: 12.06.2019.

Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Kanunu Teklifi; <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss220.pdf>, Erişim Tarihi: 01.09.2020.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG: 23.07.1965, S: 12056; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.657.pdf>, Erişim Tarihi: 20.08.2019.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, RG, T: 20/1/1982, S: 17580, Kabul Tarihi: 06.01.1982; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2577.pdf>, Erişim Tarihi: 20.01.2019.

- 1982 Anayasası, RG: 09.11.1982, S: 17863 (Mükerrer), Kabul Tarihi:07.11.1982, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, Erişim Tarihi: 21.08.2019.
- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG: 12.10.2004, S:25611, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>, Erişim Tarihi: 20.08.2019.
- 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, RG: 01.06.2005, S: 25832, Kabul Tarihi: 25.05.2005; <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5352.pdf>, Erişim Tarihi: 25.12.2019.
- Adli Sicil Yönetmeliği, RG: 07.09.2005, S: 25929, [https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.](https://www.mevzuat.gov.tr/Metin/), Erişim Tarihi: 26.12.2019.
- 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, RG, T: 7/4/2016, S: 29677, Kabul Tarihi: 24/3/2016, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf>, 01.09.2020.

