

Editörler

Doç.Dr. Yıldırım KESER

Dr.Öğr.Üyesi Fatma SÜMER

T.C. İSTANBUL YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

2024

CİLT 2 SAYI 1

İstanbul

Editörler

Doç.Dr. Yıldırım KESER

Dr.Öğr.Üyesi Fatma SÜMER

T.C. İSTANBUL YENİ YÜZYIL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
2024

CİLT 2 – SAYI 1
(YAZ)



K ny 

T.C. İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Yeni Yuzyil University Faculty of Law

ISSN: 2148-3760

Cilt:1 / Sayı:1 / Yaz / Yıl: 2024

Volume: 1 / No: 1 / Summer / Yıl: 2024

Sahibi / Owner

T.C. İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi /T.C. İstanbul Yeni Yuzyil University

Dekan / Dean:

Prof.Dr. Celal ERBAY

Editörler /Editors:

Doç.Dr. Yıldırım KESER

Dr. Öğr. Üyesi Fatma SÜMER

Dil Editörleri/ Language Editor:

Doç.Dr. Süleyman AKDEMİR

Dr.Öğr. Üyesi Zehra Gizem ATEŐ

Editör Yardımcısı/ Assistant Editor:

Arő. Gör. Ceren KAYA

Yayın Kurulu/ Editorial Board:

Prof.Dr. Celal ERBAY

Doç. Dr. Yıldırım KESER

Doç.Dr. Tuğba TOPÇUOĞLU

Dr. Öğr. Üyesi Fatma SÜMER

Dr.Öğr. yesi İlhan YİĞİT

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
-------------------	---

YABANCI YATIRIM HUKUKUNDA ADİL VE EŞİT MUAMELE İLKESİ

<i>Ceren KAYA</i>	1
-------------------------	---

AEGEAN SEA CONTINENTAL SHELF DISPUTE BETWEEN TURKEY AND GREECE

<i>Furkan SAĞLAM</i>	30
----------------------------	----

ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİ OLARAK GENETİK VERİLER

<i>Füsun Ceren KÜÇÜK OSMANOĞLU</i>	44
--	----

TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ HAMİLE KADINI TERK SUÇUNUN ALMAN CEZA KANUNU'NDAKİ HAMİLE KADINA KARŞI NAFKA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ SUÇU İLE İLGİLİ HÜKÜMLER GÖZETİLEREK DEĞERLENDİRİLMESİ

<i>Şeyma BAŞARAN</i>	80
----------------------------	----

YABANCI YATIRIM HUKUKUNDA ADİL VE EŞİT MUAMELE İLKESİ



Ceren KAYA¹

İYYÜHFD, Cilt: 2 Sayı: 1, Yıl 2024. S. 1-29.

Gönderilme Tarihi 11 Temmuz 2024
Kabul Tarihi 31 Temmuz 2024

¹ Araştırma Görevlisi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, cerenkayahk@gmail.com, ORCID: 0000-0003-0353-4043, Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı, ceren.kaya1@std.hku.edu.tr , ceren.kaya@yeniuyuzil.edu.tr
<https://doi.org/10.66012/iyyuhfd.2026.28>

ÖZ

Yatırım anlaşmalarının yaygınlaşması ile birlikte yatırım hukukunda yabancı yatırımların ev sahibi devletin hukukundan bağımsız olarak korunmasını sağlayacak ayrı bir uluslararası hukuk rejimi ve ilkeleri gerektirdiği kabul edilmektedir. Bazı temel ilkelerin devletlerin karşılıklı veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında zikredildiği ve yatırım tahkimi uygulamalarında odaklanıldığı görülmektedir. İkili yatırım anlaşmalarında ve ICSID bünyesinde yatırım tahkimi uygulamalarında öne çıkan bir kavram olarak adil ve eşit muamele ilkesi, yatırım hukukunda en temel ilke olarak öne çıkmaktadır.

Adil ve eşit muamele ilkesi içeriğini somut olayın koşulları çerçevesinde adalet, hakkaniyet ve eşitlik kavramlarıyla ilişkili olarak tespit etmek mümkündür. Açık bir tanımından ise bilinçli olarak kaçınıldığı söylenebilir. Bu ilkenin kapsam ve içeriği somut olaydaki veriler ve ilgili devletlerarası anlaşmada düzenlenme şekline göre farklılık arz edebilecektir.

Bu temel ilkenin milletlerarası örf ve adet hukukunun bir parçası olup olmadığı ve milletlerarası örf ve adet hukukuna ait diğer ilkelerle ilişkisi ise tartışmalıdır.

Adil ve eşit muamele ilkesine ICSID uygulamasında iyi niyet, meşru beklenti ve istikrarlı ekonomik çevre, hukuka uygunluk ve keyfî davranmama, şeffaflık ve ayrımcılık yasağı olmak üzere bazı unsurlar getirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: yatırım hukuku, yabancı yatırım, tahkim hukuku, milletlerarası tahkim, milletlerarası özel hukuk, ICSID

ABSTRACT

Whereby the proliferation of investment treaties, it is recognized that investment law requires a separate international legal regime and principles to protect foreign investments independently of the law of the host state. It is seen that some basic principles are mentioned in bilateral or multilateral investment treaties of states and focused on investment arbitration practices. The principle of fair and equitable treatment, as a prominent concept in bilateral investment treaties and investment arbitration practices under ICSID, stands out as the most fundamental principle in investment law.

It is possible to determine the content of the principle of fair and equitable treatment in relation to the concepts of justice, equity and equality within the framework of the circumstances of the concrete case. It can be said that a clear definition is deliberately avoided. The scope and content of this principle may vary depending on the facts of the concrete case and the way it is regulated in the relevant interstate treaty.

Whether this fundamental principle is a part of customary international law and its relationship with other principles of customary international law is controversial.

The principle of fair and equitable treatment has some elements in ICSID practice, including good faith, legitimate expectation and stable economic environment, compliance with the law and non-arbitrariness, transparency and non-discrimination.

Keywords: investment law, fair and equitable treatment, ICSID, arbitration law, private international law, foreign investment

GİRİŞ

İki taraflı yatırım anlaşmalarının sayısı gün geçtikçe artmakta ve bu anlaşmalarda yabancı yatırımlara ilişkin temel ilkeler belirlenmeye başlanmaktadır. Milletlerarası yatırım uyuşmazlıklarının tahkim yargılamasına konu olduğu durumlarda bu ilkelerin her birinin, yabancı yatırımcıların haklarının korunması bakımından önemi derinleşmektedir. Bu ilkelerin, ikili anlaşmadaki düzenleme biçimleri ile ve genel anlamları itibarıyla incelenmesi gerekir.

Son dönem ICSID yatırım tahkimi uygulamasında, yatırım hukukunun en temel ve yoğun müracaat edilen ilkesinin adil ve eşit muamele ilkesi olduğu görülmektedir. Bu çalışma, yabancı yatırım hukukunda adil ve eşit muamele ilkesinin ortaya çıkışını, adil ve eşit muamele kavramının anlamını ortaya koymayı ve ICSID pratiğinde bu ilkenin örnek uygulamalarını incelemeyi amaçlamaktadır.

Birinci kısımda, yabancı yatırım hukuku sistematğinde adil ve eşit muamele ilkesinin yeri ve yabancı yatırımlara ilişkin diğer ilkelerle ilişkisi ortaya konularak bu doğrultuda kavrama ilişkin genel bilgi verilecektir.

İkinci kısımda, kavramın tarihsel kökeni ve adil ve eşit muamele ilkesine ilişkin güncel yaklaşımlar ele alınacaktır. Ardından Türk hukukunda adil ve eşit muamele ilkesinin hukuki düzenlemelere nasıl yansıdığı ortaya konulacaktır. Üçüncü kısımda ise, bu bilgiler doğrultusunda, ICSID hakem kararlarında adil ve eşit muamele ilkesine ilişkin tespit edilen hususlar incelenecektir.

I. YABANCI YATIRIM HUKUKUNUN İLKELERİ İLE ADİL VE EŞİT MUAMELE İLKESİ

A. Yabancı Yatırım Hukuku Çerçevesinde Milletlerarası Hukukta Adil ve Eşit Muamele İlkesinin Düzenlenmesi

Milletlerarası hukuka bakıldığında yabancı yatırım kavramının tanımının yapılmadığı görülmektedir. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID¹)'ni kuran Devletler ve Diğer Devletler Arasında Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Konvansiyon da (ICSID Konvansiyonu²) yabancı yatırımın tanımını yapmamaktadır.

Yabancı yatırım sistemi çerçevesinde üç temel unsur olarak; yatırımcı (investor), ev sahibi devlet (host state) ve yabancı yatırımcının devleti (home state) yer almaktadır³. Yabancı yatırım kavramının ikili yatırım anlaşmalarında tanımlandığı görülse de, bu tanımların yeknesak olduğu söylenemez. Tanım, geniş veya dar tutulabilmekte olup yatırımcıların tercihi geniş tutulması yönündedir⁴.

Doğrudan yabancı yatırım, ev sahibi ülkenin hukuki, siyasi ve ekonomik sistemiyle yakından ilişkili olarak doğrudan mal veya hizmet üretimine yönelen, taşınır veya taşınmaz varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen denetimi altında ülke refahını artırmak için kullanımı amacıyla transferi olarak tanımlanmaktadır. Dolaylı yabancı yatırım ise başka bir ülkedeki şirket hisselerinin alınması için yapılan para hareketleri söz konusu olur⁵.

¹ International Centre for Settlement of Investment Disputes, ICSID .

² Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States. Konvansiyon, 14 Ekim 1966 tarihinde yürürlüğe girmiş, Türkiye Konvansiyonu 27.05.1988 tarih ve 3453 sayılı Kanun ile onaylamıştır, bkz.RG, T: 06.12.1988, Sy: 19830.

³ Bilgin Tiryakioğlu, **Doğrudan Yabancı Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s. 9.

⁴ Pınar Baklacı, **Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Kaydı**, Beta, İstanbul, 2009, s. 7-10.

Örneğin Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (North American Free Trade Agreement/ NAFTA), Enerji Şartı Anlaşması (Energy Charter Treaty/ ECT).

⁵ Tiryakioğlu, s. 10, Rifat Erten, **Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005, s. 25-26; Süleyman Dost, **Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi**, Asil Yayın, Isparta, 2006, s. 107-108 (bundan sonra “Dost, Yatırım ve ICSID” olarak gösterilecektir).

Yabancı yatırım yapan girişimcilerin ticari olmayan ve önceden öngörülemeyen kamulaştırma, savaş ve karışıklıklar, kar, tasfiye payı ve satış bedellerinin transferine izin verilmemesi, yatırım yapılan ülkenin sözleşmeden doğan talepleri yerine getirmemesi gibi risklerini uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü aşamasında ortadan kaldırmak amacıyla Dünya Bankası (The World Bank) öncülüğünde ICSID Konvansiyonu hazırlanmıştır⁶.

Yatırımların milletlerarası alanda korunmasına için diğer bir düzenleme tipi ise, Yatırımların Karşılıklı Korunması ve Teşviki Konusunda İkili Anlaşmalardır⁷. Bu anlaşmalarda yatırımcı, yatırım, gelirler ve ülke terimlerinin tanımları; kamulaştırma, kayıpların tazmini, transferler, halefiyet, uyuşmazlıkların çözümü, özel taahhütler, uygulama ve yürürlüğe ilişkin hükümler ile en çok gözetilen ulus kaydı⁸ ve adil ve eşit muamele ilkesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

ICSID Konvansiyonu yabancı yatırımcının haklarını, yatırım yaptığı devlet ile uyuşmazlığa düşmesi halinde tahkime başvurma yolu sağlamak suretiyle güvence altına almaktadır⁹. Ancak ICSID Konvansiyonu, niteliği itibarıyla, adil ve eşit muamele ilkesine ilişkin bir düzenleme ya da tanım içermemektedir.

İkili yatırım anlaşmaları, ev sahibi devlet ile yatırımcının devleti arasındaki uyuşmazlıklarda adil ve eşit muamele ilkesinin kapsamını belirleyen esas ve özel düzenlemeyi içermektedir. Adil ve eşit muamele ilkesi genç bir ilke olsa da ikili yatırım anlaşmalarının birçoğunda da bu ilkeye atıf yapan düzenlemeler bulunmaktadır. Erken dönem ikili anlaşmaları ise bu ilkeye genelde, ayrımcılık yasağı, en çok gözetilen ulus

⁶ Dost, **Yatırım ve ICSID**, s. 121-122; Tiryakioğlu, s. 174;

⁷ B Türkiye'nin imzaladığı ikili anlaşmalar ve yürürlük durumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için, bkz. Yücel Güçlü, "Yabancı Sermaye Çekimi Yatırımlarının Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları", **T.C. Dışişleri Bakanlığı**, (Çevrimiçi), <http://www.mfa.gov.tr/yabanci-sermaye-cekimi-yatirimlarin-karsilikli-tesviki-ve-korunmasi-anlasmalari.tr.mfa>, 27.04.2016.

⁸ Dost, **Yatırım ve ICSID**, s. 123.

⁹ Bilgi için bkz. Ziya Akıncı, **Milletlerarası Tahkim**, Vedat, İstanbul, 2013, s. 45; Ergin Nomer/ Nuray Ekşi/ Günseli Öztekin Gelgel, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt I, Beta, 3. Bası, İstanbul, 2008, s. 105 vd.; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta, 6. Bası, s. 531 vd.

kaydı düzenlemeleri, milletlerarası örf ve adet hukuku ile bağlantılı olarak¹⁰ referans vermiştir¹¹.

İkili yatırım anlaşmalarında adil ve eşit muamele ilkesinin kapsam ve unsurlarının farklı şekillerde yorumlanmasının bir nedeni, bu anlaşmalardan bazılarının uluslararası hukukun genel ilkelerine ya da örf ve adet hukukuna atıf yapmalarıdır. İkinci olarak, bu anlaşmalarda adil ve eşit muamele yükümlülüğünün kapsam, araç veya amacı birbirinden farklı ifade edilmektedir. Dolayısıyla, anlaşmaların hazırlanması esnasındaki niyet doğrultusunda bu farklı ifadeler yorumlandığında ortaya uluslararası hukukun tanımladığından daha geniş bir ilkenin çıkması yorum ayrımına sebep olmaktadır. Son olarak farklı düzenlemelerin, değişen şartlara göre ilkeye ilişkin yorumların da değişmesinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.¹²

Ancak, erken dönem ikili anlaşmalarında yer alan düzenlemelerde adil ve eşit muamele ilkesinin anlamının açıkça tanımlanmaması bir dizi sorunu beraberinde getirmektedir¹³. Bu problemlerden biri de adil ve eşit muamele ilkesinin anlam ve içeriğinin belirsiz olmasıdır¹⁴.

¹⁰ Belirtilmelidir ki yatırım tahkimi uygulamasında ikili anlaşmalarda yer alan yabancı yatırımcıların milletlerarası hukukun aradığı muameleden daha az elverişli muameleye tabi tutulamayacağı anlamına gelen (bkz. Jeswald W. Salacuse/ Nicholas P. Sullivan, “Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, **Harvard International Law Journal**, Vol. 46, No. 1, Winter 2005, Cambridge, s. 67-130, s. 84), “en çok gözetilen ulus kaydı”nın daha sonra yapılan diğer bir anlaşmadaki ilkenin uygulanmasına bir dayanak teşkil etmesi mümkün görülmektedir. Bu nedenle adil ve eşit muamele ilkesine ikili anlaşmada yer verilmese de en çok gözetilen ulus kaydı ile bağlantılı olarak ileri sürülebilmektedir. Bu konu aşağıda ele alınacaktır, bkz. “2. Adil ve Eşit Muamele İlkesi ve İlişkili Diğer İlkeler”.

¹¹ Kenneth J. Vanvadevelde, “A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, **New York University Journal of International Law and Politics** Vol. 43, No. 1, Y. 2010, New York, s. 43- 104, s. 46; Katie Yannaca-Small, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, **OECD Working Papers on International Investment**, No. 2004/ 3, September, 2004, (Çevrimiçi), https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf, 15.04.2016, s. 2.

¹² Yannaca-Small, s. 124.

¹³ Marcela Klein Bronfman, “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard”, **Max Planck Yearbook of United Nations Law**, Vol. 10, Y. 2006, Netherlands, s. 609-680, s. 633-634.

¹⁴ Muthucumaraswamy Sornarajah, **International Law on Foreign Investment**, 2nd Edition, Cambridge University Press, West Nyack, New York, 2004, s. 235-236; Dost, **Yatırım ve ICSID**, s. 137; Baklacı, s. 30.

B. Adil ve Eşit Davranma İlkesi ve Yabancı Yatırımlara Hâkim Olan Diğer İlkelerle İlişkisi

Yatırım hukukunu ilgilendiren ilkelerin dayanağı genelde ikili yatırım anlaşmalarıdır. Bu kapsamda yatırım hukukuna ilişkin ilkeler, en çok gözetilen ulus kaydı, milletlerarası asgari standartlar, kamulaştırmaya karşı koruma ve tazminat, keyfi ve ayrımcı önlemlerin önlenmesi ilkesi, tam koruma ve güvenlik esası, milli muamele ile adil ve eşit muamele ilkesi olarak sıralanabilir. Bu ilkeler birbirinden bağımsız olmayıp aralarında sıkı bir ilişki bulunmaktadır¹⁵.

Bu ilkelerin bazıları mutlak (absolute) ve koşullu-bağımlı olmayan (non-contingent) kurallar iken, bazıları ise göreceli (relative) ve koşullu-bağımlı (contingent) ilkelerdir. Koşullu bağımlı ilkelerin uygulanmasında diğer bir durum ile kıyaslama yapılarak, davranışın kapsamı belirlenmektedir. Adil ve eşit muamele ilkesi mutlak ve koşullu bağımlı olmayan bir ilkedir¹⁶. En çok gözetilen ulus kaydı ise bir anlaşmada tarafların belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da vatandaşlarına tanıdıkları ya da tanıyacakları daha elverişli muameleyi, birbirlerine ya da vatandaşlarına karşı da uygulamayı kabul ettiklerini beyan eden bir hükümdür¹⁷. Bu çerçevede göreceli ve koşullu-bağımlı bir ilkedir¹⁸. En çok gözetilen ulus kaydı bu niteliği ile diğer bazı ilkelerle bağlantılı olarak gündeme gelebilir. Bunlardan yaygın olanı adil ve eşit davranma yükümlülüğüdür. Bu açıdan en çok gözetilen ulus kaydının adil ve eşit muamele standardına bağlanarak kullanımının söz konusu olabilirliği sorgulanmıştır.

Bu iki ilkenin kimi zaman ikili yatırım anlaşmalarında aynı maddede düzenlendiği görülmektedir¹⁹. Adil ve eşit muamele ilkesinin ICSID uygulamasında yoğun olarak kullanımı son dönemde artmıştır. Eski dönem ikili yatırım anlaşmalarında ise ilkenin düzenlenmediği görülebilmektedir.

¹⁵ Bkz. Baklacı, **a.e.**, s. 26-30.

¹⁶ Baklacı, **a.y.**

¹⁷ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 6. Bası, Turhan, Ankara, 2008, s. 88.

¹⁸ Bronfman, s. 621; Baklacı, **a.y.**

¹⁹ Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti ile Danimarka Krallığı Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma m. 3; bkz. RG, T: 27.05.1992, Sy: 21240.

Bu durumda, yatırımcılar en çok gözetilen ulus kaydına dayanarak adil ve eşit muamele ilkesinin uygulanmasını isteyebilmektedir²⁰. Ayrıca diğer bir devletle olan ikili yatırım anlaşmasındaki adil ve eşit muamele ilkesinin uygulanmasının en çok gözetilen ulus kaydı aracılığıyla talep edildiği görülmektedir. *MTD v. Şili* davasında, Danimarka ve Hırvatistan ile olan yatırım anlaşmasındaki adil ve eşit muamele ilkesinin uygulanması bu şekilde talep edilmiştir. Hakem heyeti adil ve eşit muamele ilkesi kapsamının geniş olduğunu belirtmiş, en çok gözetilen ulus kaydına dayanılarak diğer bir anlaşmadaki ilkenin, “uygulanması istenmeseydi bunun belirtileceğinden” hareketle, adil ve eşit muamele ilkesine dayanılabileceğini kabul etmiştir²¹.

Bunun yanında adil ve eşit muamele ilkesi yasal kamulaştırmanın şartlarından olabilmekte²², adil ve eşit muamele ilkesi ile makul olmayan ve keyfî önlemlerin önlenmesine ilişkin hükümler²³ birlikte ele alınmaktadır.

Yabancı yatırımcının milletlerarası hukukun özel bir hükmüne uygun muameleye tabi tutulacağı ilkesini ifade eden²⁴ milletlerarası asgari standartlar, milletlerarası örf ve adet kuralı olarak kabul edilmeleri dolayısıyla dikkate alınmalıdır. Diğer bir deyişle asgari muamele standardı, bir yabancıyı diğer bir devletten korumak amacıyla ev sahibi yatırım devletleri tarafından benimsenen geleneksel kuralların daimi bir bütünü olarak anlaşılabilir. Örneğin “yabancıнын mülkiyetinin korunmasında asgari standart” milletlerarası örf ve adet kuralı kabul edilmektedir. Diğer ilkelerin ise milletlerarası örf ve adet kuralı veya hukukun genel ilkesi olarak kabul edildiği söylenemez. Ancak anlaşma ile kararlaştırıldıklarında bu niteliği kazanırlar²⁵.

²⁰ Örneğin, *İçkale İnşaat v. Turkmenistan*, ICSID Case No. RB/10/24, Award, 8 March 2016.

²¹ *MTD Equity Sdn and MTD Chile S.A. v. Chile*, ICSID ARB/01/7, May 25, 2004, p. 100-104.

²² Christoph Schreuer, “Introduction: Interrelationship of Standards”, **Standards of Investment Protection**, (ed. August Reinisch), y.y., 2008, 1-8, s. 2.

²³ Schreuer, s. 5.

²⁴ A.H. Roth, **The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens** **Leiden**, y.y., 1949, s. 127’den naklen Yannaca-Small, a.g.e.

²⁵ Baklacı, a.y.

Bu doğrultuda adil ve eşit muamele ilkesinin asgari standartların bir unsurunu mu teşkil ettiği²⁶ yani aynı ilke içerisinde kabul edilmesi gerektiği²⁷ yoksa müstakil bir ilke mi olduğu sorgulanmıştır²⁸. Bu iki ilkenin tarihsel arka planına bakıldığında, aslında adil ve eşit muamele ilkesinin milletlerarası asgari standart ilkesinin anlamı içerisinde olduğu görülmektedir²⁹. Mahkemelerin genel olarak adil ve eşit muamele ilkesini bağımsız değerlendirmeleri bu iki ilkeyi birbirinden bağımsız hale getirmiştir³⁰. Genel olarak ikili anlaşmalara ilişkin tahkim uygulamasında adil ve eşit muamele ilkesi bağımsız bir talep olarak yorumlanmıştır. Ancak bazen gelişmiş ülkelerin sermaye sağlama amaçları dolayısıyla adil ve eşit muamele ile milletlerarası asgari standartlar ilkelerini birbirinden ayırmak istemeleri; kimi zaman ise adil ve eşit muamele ilkesinin yorumundaki esneklikler bu iki ilkenin beraber yorumlanmasına sebep olmaktadır. Bu açıdan adil ve eşit muamele prensibinin ihlalinin somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir³¹.

Yabancı yatırım hukuku ilkelerinin birbiri ile bağlantılı olduğu hatırlatılarak, adil ve eşit muamele ilkesinin günümüzde önem kazandığı-

²⁶ Belirtilmelidir ki, adil ve eşit muamele ilkesinin öne çıkmasından önce yabancı yatırımcılar genelde milletlerarası asgari standart ilkesi ile korunmaktaydı; bkz. Bronfman, s. 623. Bu nedenle adil ve eşit muamele ilkesinin içeriği tespit edilirken ve yorumlanırken çok kez milletlerarası asgari standart ilkesine atıf yapılmakta, hatta kimi zaman adil ve eşit muamele ilkesinin bu ilke kapsamında olduğu ile-ri sürülebilmektedir.

²⁷ Konuya ilişkin değerlendirme ve kararlar için bkz. Rümeyza Partalçı, “Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ‘Adil Ve Eşit Davranma Yükümlülüğü’ ”, **MHB**, Y: 2016, C: 36 Sy: 2, s. 131 – 162, s.142.

²⁸ **Fair and Equitable Treatment**, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, (Çevrimiçi), http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf, 20.04.2016, s. 23 vd. (Bundan sonra “UNCTAD FET” olarak gösterilecektir.)

²⁹ UNCTAD FET, s. 6.

³⁰ Ancak NAFTA heyetleri *Metalclad* ve *Pope & Talbot* davalarında NAFTA m. 1105’teki adil ve eşit muamele ilkesine farklı yorumlar yapmıştır. Ancak NAFTA Serbest Ticaret Komisyonu, bağlayıcı notunda, adil ve eşit muamele kavramın milletlerarası örf ve adetin asgari standartları ilkesinden daha fazlasını gerektirmediğini belirtmiştir. Bkz. *Metalclad Corporation v. Mexico* ICSID Case No ARB (AF)/97/1, 30 August 2000; *Pope & Talbot Inc. V. The Government of Canada* 7 ICSID Reports 102, 10 April 2001.

³¹ Olatokunbo Lad-Ojomo, “What is the Distinction Between The Fair and Equitable Treatment Standard of Treatment Under Customary International Law”, **CEPMLP Annual Review**, Vol. 13, No. 2008/9, University of Dundee, s. 5-12.

nı³² ve yatırım uyumsuzluklarında tahkim sürecinde dolaylı kamulaştırmaya nazaran ispatı daha kolay olduğu için, adil ve eşit muamele ilkesinin ileri sürüldüğü görülmektedir³³.

II. YABANCI YATIRIM HUKUKUNDA ADİL VE EŞİT MUAMELE İLKESİ

A. Adil ve Eşit Muamele İlkesi Kavramı

1. Kavramın Kökeni

Kavramın tarihsel anlamının ilk zamanlarda milletlerarası asgari standartlar çerçevesinde kullanıldığı belirtilmişti. İlkenin modern anlamı her bir *ad hoc* heyetin yorumuna bağlıdır³⁴.

“Eşit” muameleye yapılmış ilk atfa, 1948 Milletlerarası Ticaret Örgütü Havana Şartı m. 11/2’de³⁵ rastlanmaktadır. Maddeye göre, üye devletlerin birbirine sağlayacakları teşebbüsler, nitelikler, sermaye, sanat ve teknolojiler adil ve eşit olmalıdır. Aynı şekilde 1948 tarihli Dokuzuncu Amerikan Devletleri Milletlerarası Konferansında kabul edilen Bogotá Ekonomik Sözleşmesi³⁶ 22. maddesinde de “eşit muamele” ilkesini zikretmektedir. Ancak bu sözleşmeler destek bulamadıklarından yürürlüğe girememiştir.

³² ICSID Genel Sekreterinin ifadesine göre devletler arasındaki “Yatırım Teşvik ve Koruma Sözleşme”lerine aykırılık iddiası ile açılan davaların çoğu, bu sözleşmelerdeki hükümlerden, kamulaştırma hükümlerine, adil ve eşit muameleyi öngören hükümlere ve milli muameleyi öngören hükümlere aykırılıktan açılmaktadır; bkz. İnci Ataman-Figanmeşe, “Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, **MHB**, Y: 1, Sy: 1, 2011, s. 91-152, s. 120.

³³ Yannaca-Small, s. 111.

³⁴ Tarihsel gelişim için bkz. UNCTAD FET, s. 6; Yannaca-Small, a.g.e.; Bronfman, s. 612 vd; Stephen Vascianne, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, **British Yearbook of International Law**, Vol. 70, Issue 1, Y. 1999, s. 99-164, s. 107 vd.

³⁵ 1948 Havana Charter for an International Trade Organization; 24 Mart 1948’de kabul edilmiştir; şartın orijinal metni için bkz. UN Treaty Collection, (Çevrimiçi), https://treaties.un.org/doc/Treaties/1948/03/19480324%2007-56%20AM/Ch_X_01_bp.pdf, 16.07.2024; m. 11/2: Milletlerarası Ticaret Örgütü, “... 2. Bir üye devletin diğerine sunduğu girişimler, vasıflar, sermaye, sanat ve teknoloji adil (just) ve eşit muamelenin temin edecektir” (çeviri yazara aittir).

³⁶ Economic Agreement of Bogotá, 05.02.1948, Ninth International Conference Of American States, 22. madde: “Yabancı sermaye eşit muameleye erişmelidir. Devletler gayriadil, makul olmayan veya ayrımcı önlemleri ... diğer ülke vatandaşlarına ... almayayı kabul eder...”. (Çeviri yazara aittir)

1959'da ise Herman Abs ve Lord Shawcross'un öncülüğünde hazırlanan Yabancı Yatırımlara İlişkin Taslak Sözleşme'nin³⁷ 1. maddesinde "Taraf Devletlerin diğer Taraf Devlet vatandaşlarının mallarına her zaman adil ve eşit muameleyi temin" edeceklerini öngörülmektedir.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD³⁸) Yabancı Mülkiyetinin Korunmasına ilişkin Taslak Sözleşme'yi hazırlayarak, 1. maddede adil ve eşit muamele ilkesine yer vermektedir. Ayrıca ilkenin kaynağına referans vererek, bu ilkenin milletlerarası örf ve adet hukukunun bir parçası olan milletlerarası asgari standart bünyesinde mevcut olduğunu açıkça belirtmiştir³⁹. OECD Taslak Sözleşme, OECD ülkelerinde milletlerarası yatırım anlaşmalarına model düzenleme olarak alındığından önemli bir sözleşmedir⁴⁰.

1961'de İsviçre'nin Tunus ile imzaladığı ikili sözleşmeye adil ve eşit muamele ilkesi de dâhil edilmiş ve sonrasında diğer ülkelerde de adil ve eşit muamele bir standart olarak ikili anlaşmalara alınmaya başlanmıştır⁴¹. İkili anlaşmalara bakıldığında, erken dönemdekilerin birçoğunda adil ve eşit muamele ilkesi ayrımcılık yasağını içerir şekilde, bir kısmında en çok gözetilen ulus kaydı ile iç içe olarak düzenlenmiştir. Bazı ikili anlaşmaların ise bu ilkeyi milletlerarası örf ve adet hukuku ile bağladığı görülmektedir⁴².

ICSID uygulamasına gelindiğinde, adil ve eşit muamele ilkesinin özellikle ICSID pratiğinde bugünkü önemine ulaşması, 2007 tarihli *PSEG v. Türkiye* kararında, hakem heyetinin adil ve eşit muamele ilkesine vurgu yapması ile olmuştur⁴³. Bu kararı müteakiben, adil ve eşit

³⁷ Orijinal metin için bkz. International Arbitration Resources, "Abs-Shawcross Draft Convention" (Çevrimiçi) <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume-5.pdf>, 16.07.2024.

³⁸ Organisation for Economic Cooperation and Development.

³⁹ Yannaca-Small, s. 120.

⁴⁰ UNCTAD FET, s. 5.

⁴¹ Treaty Relating to the Protection and the Encouragement of Investments of Capital, Switzerland-Tunis, article 1, December 2, 1961, RO 1964 67, (Çevrimiçi), http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_tunisia_fr.pdf, 20.04.2016; Kenneth J. Vandevilde, s. 45.

⁴² Vascianne, s. 46.

⁴³ *PSEG Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, ¶ 238, Jan. 19, 2007. Karar aşağıda ele alınacaktır. Bkz. "A. ICSID Hakem Kararlarında Adil ve Eşit Muamele İlkesi".

muamele ilkesi ICSID uygulamasında yoğun ve istikrarlı olarak kullanılmaya başlanmıştır⁴⁴.

2. Modern Anlamıyla Adil ve Eşit Muamele İlkesi

İlkenin anlam ve içeriğini tam olarak düzenleyen genel bir milletlerarası sözleşme bulunmamakla beraber yakın dönem ikili yatırım anlaşmalarının hemen hemen hepsi, yatırım ve yatırımcıya muamelenin adil ve eşit muamele ilkesine uygun olması gereğini öngörmektedir. Ancak bu ikili sözleşmelerde de ilkenin tanımına rastlanmamaktadır⁴⁵.

Yabancı yatırımcılar ve ev sahibi devletin arasındaki ilişkilerin denetimine ilişkin genel bir ölçüt vaz eden⁴⁶ bu ilkenin anlamına dair iki yaklaşım bulunmaktadır. Birinci yaklaşım ilkenin basit ve açık anlamından hareket eder. Buna göre, bir muamelenin adil olabilmesi bu muamelenin, tarafsızlık, hile ve adaletsizlikten arınmış; aşırı yararlanma teşkil etmeyen, her türlü makul iddiayı kabullenen bir tasarruf olarak eşit ve meşru olması ile mümkün olabilir. Eşit muamele için ise eşitlik ve adalet ile karakterize olmuş adil, haklı ve meşru bir muameleden söz edilmesi gerekir. İkinci yaklaşım ise adil ve eşit muamele ilkesinin milletlerarası hukukun asgari standardı ilkesi ile yakın anlamlı olduğu yaklaşımıdır⁴⁷. Ancak bugünkü uygulamada adil ve eşit muamele, ikinci yaklaşımdan daha geniş bir perspektiften ele alınmaktadır.

Adil ve eşit muamele ilkesi, yatırım hukukuna ilişkin diğer ilkeler gibi ikili sözleşmelerde yer bulmaktadır. Her ne kadar ikili sözleşmelerin yalnızca tarafları bağladığı kabul edilse de⁴⁸ adil ve eşit muamele ilkesi özelinde milletlerarası örf ve adet hukukunun belirlenmesinde ikili anlaşmaların tutumunun belirleyici olabileceği kabul edilmektedir⁴⁹. Bu bağlamda ikili anlaşmalar adil ve eşit muamelenin anlam ve kapsamını belirlemede yol gösterici olacaktır. Ancak bu sözleşmelerde

⁴⁴ Rudolf Dolzer, "Fair and Equitable Treatment: Today's Contours", **Santa Clara Journal of International Law**, Vol. 12, Issue 1, No. 7, Y: 2013, s. 10-32, s. 10.

⁴⁵ Courtney C. Kirkman, "Fair and Equitable Treatment: Methanex vs. United States and the Narrowing Scope of Hafta article 1105", **Law and Policy in International Business Review**, Vol. 34, Y. 2002, s. 343-390, s. Bronfman, s. 619.

⁴⁶ Bronfman, a.y.

⁴⁷ Vascianne, s. 103.

⁴⁸ Report of the UN International Law Commission, Doc. A/4425, **Yearbook of the International Law Commission**, Vol. II, Y. 1960, 145.

⁴⁹ Bronfman, s. 621.

ilkenin tanımının yapılmaması dolayısıyla, adil ve eşit muamele ilkesinin anlamına erişmek oldukça güçleşmektedir.

Ayrıca ilkenin en çok gözetilen ulus kaydı ve milli muamele ilkesinden farklı olarak koşullu-bağımlı olmayan ve kesin bir norm oluşu nedeniyle, adil ve eşit muamele ilkesi, kolaylıkla esnetilememesi, yatırımcılara asgari derecede bir koruma temin eden sabit bir ilke olması ile mutlak niteliktedir⁵⁰. Yatırımcıların iddialarını dayandırmada bu nedenle önemli ve yagın kullanılan bir kaynak olmaktadır.

Sermaye ithal eden devletler için ev sahibi devletin adil ve eşit muamele standardını temin etmesi milletlerarası topluma yabancı yatırımcının bazı temel beklentilerine uygun davranılacağı sinyali vermektedir⁵¹. Adil ve eşit muamele ilkesini, ancak yorumlanma biçimi ve ilgili milletlerarası sözleşmede ayrı bir düzenleme yapılması değişebilir hale getirmektedir. Bu durumda, adil ve eşit muamele ilkesi olayın özelliklerine göre adil ve meşru kavramlarına verilen anlama göre değişebilir özelliktedir. Adil ve eşit muamele ilkesi bu doğrultuda, olayın özelliklerine bakıldığında adil ve eşit olmayan bir durumda bir ayrımcılığı da yasaklayabilir⁵².

Bugün için adil ve eşit muamele ilkesinin milletlerarası hukukun asgari standardı olarak değil, bağımsız bir ilke olarak ele alındığı görülmektedir⁵³. Dolayısıyla modern yaklaşımın birinci yaklaşımdan hareket ederek adil ve eşit muamelenin içeriğini somut olayın koşulları çerçevesinde⁵⁴ adalet, hakkaniyet ve eşitlik kavramlarıyla ilişkili olarak tespit etmek yönünde ilerlediği söylenebilir⁵⁵.

⁵⁰ UNCTAD FET, s. 16.

⁵¹ Vascianne, s. 99.

⁵² UNCTAD FET, a.y.

⁵³ Bronfman, s. 624.

⁵⁴ Esen Akıntürk, “Enerji Şartı Antlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C:7, Sy: 27, Y: 2011, s. 53-85, s. 60; Thomas W. Wälde/ Kaj Hobér, “The First Energy Charter Treaty Arbitral Award”, **Journal of International Arbitration**, Vol. 22, No. 2, Y. 2005, s. 83 vd. Ayrıca ICSID hakem kararlarında da adil ve eşit muamele ilkesinin somut olayın özelliklerine göre uygulanacağı ifade edilmektedir; bkz. aşağıda, “ICSID Hakem Kararlarında Adil ve Eşit Muamele İlkesi”.

⁵⁵ Adil ve eşit muamele ilkesinin adalet, hakkaniyet ve eşitlik prensibi çerçevesinde sorgulanmasına ilişkin geniş bilgi için bkz. Roland Klager, “Fair and Equitable Treatment: A Look at the theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness”, **The Journal of World Investment & Trade**, Vol. 11, 435, Y. 2010, s. 435-455.

B. Türk Hukukunda Adil ve Eşit Muamele Standardı

Türk hukukunda yabancı yatırımcılara ilişkin temel düzenlemeyi teşkil eden Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu⁵⁶ “doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin esaslar” başlıklı 3. maddesinin (a) bendi 2. fıkrasında genel bir ifade ile milletlerarası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe⁵⁷ “yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabi” olduğunu öngörmektedir. Aynı esasa (mülga) Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu⁵⁸ m. 10’da da yer verilmekteydi.

Yabancı yatırımcıya bu hüküm ile vatandaşları oldukları ülkelerde Türk girişimcilere de aynı hakkın tanınmış olup olmadığına, diğer bir deyişle karşılıklılığın varlığına bakılmaksızın yatırım serbestisi tanınmıştır⁵⁹. Bu düzenlemede koşul olarak karşılıklılığın bulunmaması eleştirilmiştir⁶⁰. Ancak bunun bir siyasi ve ekonomik tercih olduğunu, Türk girişimcilerin haklarının korunması için ise bazı önlemler alınması gerektiğini kabul etmek daha doğru olur. Türk girişimcilerin özellikle Türkiye’de üretim ve teknolojisi bulunan alanlarda piyasadan silinmesini engelleyecek önlemler alınarak, yabancı yatırımcıya serbestlik tanınması gerekir⁶¹.

Maddede eşit muamele için getirilen kayıtlardan biri milletlerarası anlaşmalarda aksinin öngörülmüş olmamasıdır. Adil ve eşit muamele ilkesi bakımından bu kayıt önemlidir. Zira belirtildiği üzere özellikle geç dönem ikili yatırım anlaşmalarında adil ve eşit muamele ilkesi ayrıca düzenlenmektedir. Bu nedenle bazı ikili anlaşmalardaki düzenlemelerin örnek olarak incelenmesi yararlı olacaktır.

⁵⁶ Kanun No: 4875, Kabul T: 05.06.2003; RG, T: 17.06.2003, Sy: 25141.

⁵⁷ Ayrıca bkz. Hazine Müsteşarlığı, “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Hakkındaki Açıklamalar”, III, (Çevrimiçi), http://www.hazine.gov.tr/mevzuat/dyy_aciklama.htm, 23.04.2016.

⁵⁸ Kanun No: 6224, Kabul T:18.01.1954, RG, T: 23.01.1954, Sy: 8615. Madde metni şöyledir: “Yerli sermaye ve teşebbüslere tanınan bütün haklar, muafiyetler ve kolaylıklardan, aynı sahalarda çalışan yabancı sermaye ve teşebbüsler de aynı şartlar dahilinde istifade ederler”.

⁵⁹ Cemile Demir Gökyayla, Ceyda Süral, “4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 6, Sy: 2, Y: 2004, s. 131-167, s. 140.

⁶⁰ Ahmet Alpay Dikmen/ Onur Karahanoğulları, “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirme”, **Mülkiye Dergisi**, C: 26, Sy: 234, Y: 2002, s. 99-118.

⁶¹ Gökyayla/ Süral, s. 140-141.

Örneğin, “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ve Rusya Federasyonu Hükümeti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma⁶²” m. II/2 akit taraflardan her birinin yatırımcılarının diğerinin ülkesinde yaptığı yatırımların her zaman adil ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulacağını öngörmektedir.

“Türkiye Cumhuriyeti ve Ukrayna Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma⁶³” Başlangıç kısmında ise taraf devletler yatırımcılarının aralarındaki ekonomik işbirliğini artırma arzusu ile “yatırımların adil ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulmasının” arzu edileceği kabul edilmektedir. Başlangıç kısmında anlaşmanın temel bir ilkesi olarak bu ilkeye yer verilmesi önemlidir.

Benzer düzenlemeye “Türkiye Cumhuriyeti ve ABD Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına Dair Anlaşma⁶⁴” metninde de rastlanmaktadır. Yine başlangıç kısmında, tarafların “yatırımların adilane ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulmasının gerektiği” kabul edilmektedir. Tarih olarak daha eski bu düzenlemede de adil ve eşit muamele düzenlemesine rastlanılmaktadır. Ayrıca ABD ile yapılmış olan yatırım anlaşmasının II. maddesi 3. fıkrası yatırımların her zaman “eşit ve hakkaniyete uygun muameleye tabi tutulacak” olduğunu öngörmektedir.

2005 tarihli “Türkiye Cumhuriyeti ve Afganistan İslami Geçiş Devleti Arasında Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunmasına İlişkin Anlaşma⁶⁵” başlangıç bölümünde de benzer düzenlemeye yer verilmiştir.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun iptal edilen 3. maddesi (d) bendine de değinmek gerekir. 3. maddenin (d) bendi, taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinilmesinde yabancı yatırımcıları yerli yatırımcılarla aynı statüde değerlendirmesi, aralarında hiçbir fark gözetilmediği, miktar sınırlaması yapılmadığı, yatırım faaliyeti bakımından gerekli olup olmadığı değerlendirilmediği için Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa m. 2’ye aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁶⁶. Anayasa

⁶² RG, T: 11.11.1999, Sy: 23873.

⁶³ RG, T: 14.02.1998, Sy: 23258.

⁶⁴ RG, T: 13.09.1989, Sy: 20251.

⁶⁵ Bakanlar Kurulu Kararı, Sy: 2012/2662 (RG, T: 20.01.2012, Sy: 28179).

⁶⁶ AYM, E: 2003/71, K: 2008/79, T: 11.03.2008 (RG, T: 16.04.2008, Sy: 26849).

Mahkemesi başlangıç kısmına yapılan göndermeye vurgu yapmış, maddeyi ülkenin bölünmez bütünlüğüne aykırı bulmuştur. Bu karar eşitlik ilkesine gölge düşürdüğü gerekçesi ile eleştirilmiştir⁶⁷.

III. Adil ve Eşit Muamele Standardının ICSID Hakem Kararlarında Uygulanması

A. PSEG v. Türkiye Kararı Çerçevesinde Adil ve Eşit Muamele İlkesi

ICSID adil ve eşit muamele ilkesi pratiğine bakıldığında ilk olarak, önceden de belirtildiği üzere⁶⁸, ilkeye müracaatın yoğunlaşmasında etkin bir karar olan *PSEG/ Konya Ilgın Elektrik Ltd.Şti. v. Türkiye*⁶⁹ davasının ele alınması gerekmektedir⁷⁰.

Karara konu olayda, Konya Ilgın Termik Santralinin yap-işlet-devret modeli kapsamında yapımı ve işletilmesi için Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile 1994'te görüşmelere başlayan PSEG/ Ilgın Elektrik'in sunduğu Proje Fizibilite Raporu Kasım 1995'te kanunlar⁷¹ ile onaylanmıştır. Mart 1996'da ise Anayasa Mahkemesi yap-işlet-devret modeli kapsamında yapılan enerji projelerinin özel hukukun konusu içerisinde olamayacağına ve Danıştay onayından geçmesi gerektiğine karar vermiştir. Devlet Planlama Teşkilatı onayı ile taraflar Ağustos 1995'te aynı unsurları içeren bir Uygulama Sözleşmesi başlatmış ve bu Sözleşme Danıştay'ın onayına sunulmuştur⁷². Uygulama Sözleşmesi kapsamında yatırımcı Gözden Geçirilmiş Maden Planı (Revised Mine Plan) sunma imkânına sahip olacaktır. Sözleşme ayrıca yatırımcı Uzun Dönem Enerji Alımı Anlaşması ile Elektrik Enerji Alım Anlaşmasının ve Elektrik Enerji Fonu ile Fon Anlaşmasının yürürlüğe girmesini öngörmektedir. Proje 3996 sayılı Kanun m. 11 uyarınca hazine garantisinden de yararlanacaktır. Enerji ve fon anlaşmasında ise uzlaşma sağla-

⁶⁷ Şanlı, s. 558.

⁶⁸ “a) Kavramın Kökeni”.

⁶⁹ *PSEG Global Inc. And Konya Ilgın Elektrik v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award, ¶ 238, Jan. 19, 2007.

⁷⁰ Detaylı analiz için bkz. Süleyman Dost, “Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C: 81, Sy: 3, Y: 2007, s. 1071-1088 (bundan sonra, “Dost, ‘PSEG/Türkiye’” olarak gösterilecektir).

⁷¹ 3096 ve 3996 sayılı Kanun.

⁷² *PSEG/ NACC/ Konya Ilgın v. Turkey*, p. 19-21.

namamıştır. PSEG Aralık 1997’de Revize Raporu sunmuş ve revize çalışmaları dolayısıyla 350.000.000.000 USD yüksek yatırım tutarı beyan etmiştir. Bu artışın tarifeyi değiştirmesi için 1998’de Bakanlık’tan onay alınmıştır. Ancak Türkiye şirketin bu Onay’a riayet etmediğini ileri sürmüştür. İmtiyaz Sözleşmesi 1998 Mart ayında Danıştay tarafından onaylanmıştır⁷³.

Şirket 4501 sayılı “Kamu Hizmetleri İle İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun”a göre özel hukuk hükümlerine tabi olmak istemiş, ancak projede iyileştirmeyi kabul etmeyen şirket ile özel hukuka tabi sözleşme görüşmelerine başlanamamıştır. İmtiyaz Sözleşmesi’ndeki süre şirketin isteği üzerine altı ay uzatılmıştır. Proje, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Düzenleme Kanunu Geçici Madde 8 uyarınca Hazine garantisi verilemeyecek projelerden olmadığından işlemler yürütülememiş, ikinci süre uzatımı verilmemiştir. Süreler 2001 Eylül ayında, Şirket tarafından yenilenmemiş olan kesin teminat mektubu süresi ise 2001 Şubat ayında sona ermiştir. Konya Ilgın, termik santral projesine ilişkin olarak PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation⁷⁴ ve Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Şirketi Türkiye ile aralarındaki uyuşmazlık konusunda 22.03.2002 tarihinde ICSID’e başvurmuştur.

Davacı yatırımcının iddiası, Türkiye ve ABD arasındaki ikili anlaşmasının II/ 3. maddesindeki adil ve hakkaniyetli davranış (“eşit ve hakkaniyete uygun muamele”) ilkesinin ihlalini de içermektedir. Davacı, Türkiye’nin adaletsiz, haksız, keyfi ve zararlı bir tavırla bu yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmektedir⁷⁵.

Davacıya göre, projelerin geliştirilmesini sağlayan mevzuat değişiklikleri, onaylanan fizibilite çalışmaları, ek sözleşmeleri, teminat mektubu, hazine garantisi, enerji satış anlaşması ve fon anlaşması ile 4501 sayılı kanun değişikliği kendisine meşru (haklı) beklentiler vermiş; Türkiye’nin sözleşme ve onayları iptali ise beklentilerini boşa çıkarmıştır.

⁷³ PSEG/NACC/Konya Ilgın v. Turkey, P. 22-41.

⁷⁴ “The North American Coal Corporation” ile başlatılan girişim, bu şirketin taraf ehliyeti olmaması dolayısıyla sonuçlandırılmıştır, bkz. PSEG/NACC/ Konya Ilgın Elektrik v. Türkiye, Decision, ICSID Case No:02/5.

⁷⁵ PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p. 222-223.

Türkiye'nin Ek Sözleşmenin sonuçlandırılmasını önleme yoluyla ve davacıyı imtiyaz hakkından vazgeçmeye zorlayarak egemenlik imtiyazını kötüye kullandığını ve kapasite artırımı konusunda düzenleme yetkisini kullanmadığını ifade etmiştir⁷⁶. Türkiye, bu meşru beklenti iddiasına karşı, hazine garantisi veya ek sözleşmenin üzerinde uzlaşma olmadığından ihlal bulunmadığı, bitmemiş bir görüşmenin anlaşma haline dönüşmeyeceği savunmasını yapmıştır. Ayrıca böyle anlaşmaların başarılı şekilde sonuçlandırılacağına garanti edilmediğini sadece bu anlaşmalarla ilgili görüşme hakkının bulunduğunu belirtmiştir⁷⁷. Heyet, davacının meşru beklentilere ilişkin iddiaları bakımından, davalının aynı doğrultuda taahhütleri bulunmadığını tespit ederek, davacının iddiasını haksız bulmuş ve davalı Türkiye'nin bu hususta haklı olduğunu belirtmiştir⁷⁸.

Davacı, adil ve eşit muamelenin en temel unsuru olarak “iyi niyetin bilinçli olarak ihlal edildiğini, Projenin tamamlanmasını engellemek amacıyla yönetimde yeterlilik ve etkinliğin sağlanmadığını” ileri sürmüştür. Davacıya göre iyi niyet prensibi karşı tarafın yanlış anlayacağı davranışlardan kaçınmayı ve bir tarafın söz ve davranışının yanlış yorumlanması durumunda derhal diğer tarafın gerçek niyet ve arzusunun ortaya çıkması için haberdar edilmesi gerektiğini, ancak Türkiye'nin yatırımları desteklemek için bunları minimum seviyede dahi yerine getirmediğini ileri sürmüştür⁷⁹. Türkiye bu iddiaya ilişkin olarak, adil ve eşit muamele ilkesinin her bir olayda farklı gerekçelere dayandığını ve bu ilkenin esnek olarak uygulanması gerektiğini ifade ederek, milletlerarası standartların oldukça altında bir kasıtlı ihmali bulunup kötü niyetinin olmadığı dolayısıyla iyi niyetin bilinçli bir ihlalinin söz konusu olmadığını ileri sürmüştür⁸⁰. Heyet, bu konuya ilişkin olarak da, adil ve eşit muamele yükümlülüğünü ihlal eden her muamelenin kötü niyetle yapıldığı sonucunun çıkarılamayacağını vurgulamaktadır. Türkiye'nin savunması ile paralel olarak görevin kasıtlı olarak ihmal edildiği görüldüğü takdirde ve ancak milletlerarası standartlardan önemli ölçüde sapma varsa kötü niyetten söz edilebileceğini belirtmektedir. Heyete göre

⁷⁶ PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p.226-227.

⁷⁷ PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p. 234-235.

⁷⁸ PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p. 242.

⁷⁹ PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p.228-230.

⁸⁰ PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p. 234-236.

kötü niyetin, prosedürel düzensizliğe yol açan işlemlerin kasıtlı olarak göz ardı edilmesi ve işlemlerde aşırı bir yetersizlik ve eksikliğe yol açması gerekir⁸¹.

Tahkim heyeti bu kararında, adil ve eşit davranma standardının somut olaya göre değişebilirliğini ve kendine has bir içeriği olduğunu vurgulamıştır⁸². Meşru beklenti ve iyi niyet iddialarına ilişkin yukarıdaki tespitleri yapmakla beraber, davacı ile davalının görüşmelerinin yürütülmesinde Türkiye'nin ihmali olduğu sonucuna varmıştır. Bakanlığın davacının tekrar görüşme talepleri bakımından görevi kötüye kullandığını belirtmiştir. Ayrıca Türkiye Devletinin ilgili mevzuatında çok sayıda kanuni değişiklik yapılması ve bakanlığın tutarsız uygulamalarını da belirtmiş, bu iki hususun adil ve eşit muamele ilkesinin ihlali teşkil etmiş olduğu sonucuna varmıştır⁸³.

Karar çerçevesinde aşağıda ayrıca başlıklandırılacak olan adil ve eşit muamele ilkesine ilişkin bazı unsurlar tespit edilmiştir: Adil ve eşit muamele yükümlülüğü olaydan olaya değişkendir, yatırımcının yatırım kararı vermesinde mevcut şartlar yatırımcı aleyhine tümüyle değiştirilemez, meşru beklentilerin yönetim taahhütleri için tanımlanması gerekir, bütün yabancı yatırım politikaları teşvik üzerine kurulur, adil ve eşit muamele yükümlülüğünün her ihlali işlemlerin kötü niyetle yapıldığı anlamına gelmez, yatırımcı ile görüşmelerin yürütülmesindeki ihmal adil ve eşit muamele yükümlülüğünün ihlali sayılır, yatırımcının başvurularını ciddiyle ele almamak bu ilkenin doğurduğu yükümlülüğün ihlalidir, sürekli mevzuat değişiklikleri ile yatırımın olumsuz etkilenmesi adil ve eşit muamele yükümlülüğüne aykırıdır⁸⁴.

⁸¹ PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p. 244-245.

⁸² PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p. 239.

⁸³ PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey, p. 246-256.

⁸⁴ Bkz. Dost, "PSEG/Türkiye", s. 1077 vd. Bu ilkelerin keskin başlıklarla ayrılması imkan dahilinde değildir. Esasında hepsi birbiriyle iç içe olup ICSID bünyesindeki kararlarda tespit edilen hususlar çerçevesinde doktrinde farklı sınıflamalar yapılmıştır; bkz. M. Reyes Gaitán, "Fair and Equitable Treatment (FET) Barriers Based on Some Cases Decided by International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Tribunals", **Module of Legal Aspects of International Investment & Transnational Corporations**, LLM International Economic Law, Coventry, 2014; UNCTAD FET, s. 61 vd.; Dolzer, a.g.e.

B. Adil ve Eşit Muamele İlkesinin Unsurları

1. İyi Niyet Prensibi

İyi niyet prensibi Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü Viyana Konvansiyonu'nun⁸⁵ 31. maddesinde bir milletlerarası sözleşmenin yorumlanmasında rol oynayabilecek bir ilke olarak düzenlenmektedir.

Bu yükümlülüğün adil ve eşit muamele ilkesinin kalbini teşkil ettiği kabul edilmektedir⁸⁶. *Waste Management v. Mexico* kararında NAF-TA m. 1105'e atıfta bulunularak iyi niyet prensibinin adil ve eşit muamele ilkesi kapsamında "esaslı bir yükümlülük" vaz ettiği kabul edilmiştir⁸⁷. ICSID bünyesinde iyi niyet prensibinin iç politikada hukuka uygun ve keyfi olmayan şekilde istikrarlı davranmayı da açıkça içerdiği *Eureko B.V. v. Polonya* kararında ifade edilmiştir⁸⁸.

Bahsi geçen *PSEG* kararında adil ve eşit muamele yükümlülüğünün her ihlalinin işlemlerin kötü niyetle yapıldığı anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir⁸⁹. *Tecmed v. Meksika* kararında⁹⁰ adil ve eşit muamele ilkesinin bir unsuru olarak iyi niyet prensibi vurgulanmış ancak bu ilkenin ihlali için kötü niyetli olmanın zorunlu olmadığı belirtilmiştir. Kararda ayrıca yatırımcının beklentileri bakımından da iyi niyetin önemi vurgulanmıştır⁹¹.

2. Meşru Beklenti ve İstikrarlı Ekonomik Çevre

Yatırımcıların meşru beklentilerinin korunması adil ve eşit muamele ilkesinin anahtar unsuru olarak ifade edilmiştir⁹². *Sempra Energy In-*

⁸⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties May 23, 1969, 1155 U.N.T.S. 331, UN Treaty Collection, (Çevrimiçi), <http://treaties.un.org/Pages/CTCTreaties.aspx?id=23&subid=A&lang=en>, 20.05.2016. Statünün eşitlik anlayışının uygulanabilirliği ICSID bünyesinde de kabul edilmektedir; bkz. Christoph H. Schreuer/ Lorette Malintoppi/ August Reinisch/ Anthony Sinclair, **the ICSID Convention A Commentary**, Second Edition, Cambridge University Press, New York, 2009, s. 637; 270.

⁸⁶ Dolzer, s. 17.

⁸⁷ *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, April 30, 2004, 138.

⁸⁸ *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award, Aug. 19, 2005, 233; 12 ICSID Rep. 335 (2007); Dolzer, s. 17.

⁸⁹ *PSEG/ Konya Ilgın v. Turkey*, p. 244-245.

⁹⁰ *Tecmed v. The United Mexican States*, Award, ICSID Case No:00/2, s. 152-174.

⁹¹ Gaitan, s. 6.

⁹² UNCTAD FET, s. 63; ayrıca genel olarak hakem kararlarında meşru beklenti prensibine ilişkin ilgili kararlar için bkz. Dolzer, s. 17 vd.

ternational v. Argentina kararında, yatırımcıların faydalanmayı beklediği taahhütlerden ileri gelen beklentilerin iyi niyet prensibinin bir gereği olduğu ifade edilmiştir⁹³.

LG&E v. Arjantina kararında adil ve eşit muamele ilkesinin yatırımcının ev sahibi devlete yatırım yaptığı zaman mevcut olan beklentilerinin korunmasını içerdiği kabul edilmiştir⁹⁴. *Suez v. Arjantina* ev sahibi devletin kanun ve idari düzenleyici işlemlerinden kaynaklanan meşru beklentilerin karşılanmaması, ekonomik pozisyonun değişmesine yol açacak kanuni değişikliklerin adil ve eşit muamele ilkesine aykırılık teşkil edeceği ortaya konmuştur⁹⁵.

2012’de *Electrabel v. Macaristan* kararı, yatırımcıların meşru ve haklı beklentilerinin korunmasının adil ve eşit muamele ilkesinin “en önemli fonksiyonu” olduğunu vurgulamıştır⁹⁶. Yatırımcının ev sahibi devlet kanunları doğrultusunda hesaplar yaparak aldığı kararlar ancak bu kanunların istikrarlı ve öngörülebilir olması ile bir anlam ifade etmektedir. Ev sahibi devlet bakımından anlamsız görünen bu kıstas, yatırımı kabul etmesinden ileri gelmekte ve mevzuatını bağımsız şekilde düzenleme yetkisinin sınırını teşkil etmektedir⁹⁷. Meşru beklenti ilkesi bu noktada istikrarlı ekonomik çevre oluşturulması gerekliliği ile kesişmektedir.

Yatırımlar için istikrarlı bir çevre ve ekonomik kaynakların etkili kullanımının yatırımların korunmasının esas amacı olması dolayısıyla gerekli olduğu *CMS v. Arjantin* kararında da belirtilmiştir⁹⁸. Bu kararda heyet, istikrar kavramının hukuki düzenlemelerin dondurulması anlamına gelmediğini, ev sahibi devlet tarafından “değişen şartlara uygun dü-

⁹³ *Sempra Energy International v. Argentina*, Case No.AR/02/16 (Argentina-United States BIT), Award, 28 September 2007.

⁹⁴ *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 127, Oct. 3, 2006.

⁹⁵ *Suez v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, ¶ 226, July 30, 2010.

⁹⁶ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liab., 7.75, November 30, 2012).

⁹⁷ Bkz. Dolzer, s. 17.

⁹⁸ *CMS v. Arjantin*, ICSID Case No:01/8, p.224, 257, 268, 278, 286; Dost, “PSEG/Türkiye”, s. 1086-1087.

zenlemeler” yapabileceğini yeni düzenlemelerin olumsuzluklardan etkilanmemesi için özel garantiler sağlayabileceği ifade edilmiştir⁹⁹.

3. Hukuka Uygunluk ve Keyfi Davranmama

Genin v. Estonya kararında, işlemlerin hukuka uygun olması ve keyfililiğin bulunmaması uluslararası hukukun bir gereği olarak vurgulanmıştır. Kararda ev sahibi devletin, yatırımcının yatırımını kullanma, yönetme, genişletme, faaliyete bulunma, elden çıkarma gibi haklarına, keyfi ve ayrımcı davranarak zarar veremeyeceği belirtilmektedir. İşlemin hukuka aykırılık yönünden önemli derecede ihlal edilmiş sayılması için ise, kötü niyetli usuli düzensizliğe sebep olması, kasıtlı olarak göz ardı edilen işlemler ve işlemlerde aşırı bir yetersizlik veya eksiklik bulunması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁰.

4. Şeffaflık

Ev sahibi devletin adil ve eşit muamele yükümlülüğü kapsamında yabancı yatırımlar üzerindeki davranışlarında şeffaflık, meşru ve haklı beklenti unsuruyla da ilişkili olarak kabul edilmektedir¹⁰¹.

Metalclad v. Meksika kararında yabancı yatırımcılara yatırımlarla ilgili tüm yükümlülüklerin bildirilmesi, yasal gerekliliklerin yerine getirilmesi ve doğru adım atmak konusunda yanlış anlama içermeyecek şekilde davranılması gerektiği belirtilmiştir. Karar ayrıca açık, şeffaf ve öngörülebilir davranma yükümlülüğünün adil ve eşit muamele ilkesinin bir gereği olduğu belirtilmiştir¹⁰². Mevzuattaki karmaşa ve belirsizlik yatırımcının adil ve eşit muamele görmesini engelleyecektir¹⁰³.

5. Ayrımcılık Yasağı

Adil ve eşit muamele ilkesinin belirleyici unsuru olan ayrımcılık yasağı, “benzer durumdakiler” (“similar situations”/”in like circumstances”) testine tabi tutmayı içermektedir¹⁰⁴. Yabancı yatırımcıya milletle-

⁹⁹ *CMS v. Arjantin*, p. 277.

¹⁰⁰ *Genin v. Estonya*, Award, ICSID Case No:99/2, p.13,70,76,284,301,316,366, Dost, “PSEG Türkiye”, s. 1084.

¹⁰¹ Bkz. Dost, a.e., s. 1085; Dolzer, s. 30.

¹⁰² *Metalclad v. Meksika*, Award, ICSID Case (AF) No: 97/1, p.76; konuya ilişkin kararlar için ayrıca bkz. Yannaca-Small, s. 118.

¹⁰³ Dost, “PSEG v. Türkiye”, s. 1085-1086.

¹⁰⁴ Gaitan, s. 8; bkz. İçkale İnşaat v. Turkmenistan, ICSID Case No. RB/10/24, Award, 8 March 2016.

rarası ev sahibi devlet işlemlerinin ayrımcı olması adil ve eşit muamele yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵. Ancak ayrımcılık yasağının tüm yönleriyle adil ve eşit muamele ilkesinin unsuru olduğu söylenemez. Adil ve eşit muamele çerçevesindeki kapsamı belirsizdir¹⁰⁶.

Adil ve eşit muamele ilkesi bünyesindeki ayrımcılık yasağının, en çok gözetilen ulus kaydı ve milli muamele ilkesine tezatlık teşkil eder şekilde değerlendirmemek gerekir. Burada ayrımcılığın cinsiyet, ırk veya dini inanç gibi açıkça yanlış temellere dayandırılmış olması söz konusudur¹⁰⁷.

SONUÇ

Uluslararası yatırım hukukunda ICSID uygulamasında sıkça başvuru- rulan adil ve eşit muamele ilkesi kavram, kökeni ve uygulaması itibariyle genel olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede ilkenin anlam ve içeriğinin geniş oluşu, ikili yatırım anlaşmaları düzenlemeleri arasındaki farklılıklar ve somut olaya göre değişkenliği göz önüne alınarak spesifik düzenlemeler ve davalar özelinde ele alınmıştır.

Bu doğrultuda adil ve eşit muamele ilkesinin tanımından bilinçli olarak kaçınıldığı görülmektedir. Ancak şu söylenebilir ki adil ve eşit muamele ilkesi bugün, adalet, eşitlik ve hakkaniyet kavramlarına ilişkin özellikle milletlerarası hukukun yorumlama biçimiyle sıkı sıkıya bağlantılıdır. Uygulamada ve doktrinde ilkenin uygulanmasında, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü Viyana Konvansiyonu 31. maddesinin adalet ve eşitlik anlayışına referans verildiği görülmektedir. Sonuç olarak adil ve eşit muamelenin neleri kapsadığı her bir somut olayda ve ilgili ikili anlaşmaya göre farklılık arz edebilir.

Çalışmamızda adil ve eşit muamele ilkesi, kaynağı, anlamı ve yabancı yatırım hukukuna ilişkin diğer ilkelerle bağlantısı ele alınarak ortaya konulmuştur.

¹⁰⁵ Dost, a.y.

¹⁰⁶ Martins, Paparinskis, “Fair and Equitable Treatment”, K Nadakavukaren Schefer and T Cottier (eds), **Encyclopaedia of International Economic Law** (Edward Elgar forthcoming 2016), (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=2713914>, 20.05.2016.

¹⁰⁷ UNCTAD FET, s. 82; *Waste Management Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, April 30, 2004, p. 138.

Türk hukukunda bu ilke, yabancı yatırımcılara ilişkin olarak Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu “yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabi” olduğu hükmü ile yatırım mevzuatında yerini almıştır. (Madde 3)

Ayrıca yabancı yatırımcılara vatandaşları oldukları ülkelerde karşılıklılığın varlığına bakılmaksızın yatırım serbestisi getirilmektedir. Eşit muamele ilkesinin ise milletlerarası anlaşmalarda aksi öngörülmedikçe kaydıyla sınırlandırıldığını görmekteyiz. Böylelikle ikili anlaşmalardaki ayrıksı düzenlemeler için alan bırakılmaktadır.

İkincil olarak, adil ve eşit muamele ilkesinin ICSID kararlarında somutlaşma şekli ele alınmıştır. Ön plana çıktığı *PSEG v. Türkiye* kararı başta olmak üzere muhtelif ICSID kararlarından hareket edilerek ilkeye ilişkin ICSID heyetinin tespit ettiği bazı unsurlar ortaya konmuş, bu unsurlar sınıflandırılarak içtihatlar çerçevesinde incelenmiştir.

Öncül *PSEG v. Türkiye* kararında ilkenin dinamik yönü vurgulanmış olup, somut olaya göre yorumlanması gerektiği ortaya konulmuştur. *PSEG v. Türkiye* ile diğer örnek kararlarda ilkenin unsurlarından olarak “iyi niyet prensibinin” öne çıktığı ortaya konulmuştur. Bu ilkenin, hukuka uygun keyfi olmayan ve hukuka uygun şekilde davranma yükümlülüğünü içerdiği ele alınmıştır. Yatırımcıların meşru beklentilerinin korunmasının de iyi niyet unsurunun doğal bir sonucu olarak kabul edildiği ifade edilmiştir.

Ev sahibi devletin, diğer bir unsur olan şeffaflık ilkesinin gereği olarak yabancı yatırımcılara yatırımlarla ilgili tüm yükümlülükleri bildirme, süreç içerisinde açık, öngörülebilir ve şeffaf davranma yükümlülüklerinin bulunduğu ortaya konulmuştur. Son olarak ev sahibi devletin yatırımcıya karşı ayrımcılık yasağının da ilkenin temel bir unsuru olarak öne çıktığı belirtilmiştir.

Adil ve eşit muamele ilkesinin, bağımsız ve kesin bir ilke olarak ICSID pratiğinde yatırımcılar tarafından son dönemde çokça başvuru olan bir ilke olması bu ilkenin önemini artırmaktadır. Bu nedenle adil ve eşit muamele ilkesine ilişkin daha farklı unsur ve kıstasların ICSID uygulaması geleceğinde görülmesi olasıdır.

KAYNAKÇA

Akıncı, Ziya:	Milletlerarası Tahkim , Vedat, İstanbul, 2013.
Akıntürk, Esen:	“Enerji Şartı Antlaşması ve Yatırımların Korunmasına İlişkin Esaslar”, Uluslararası Hukuk ve Politika , C:7, Sy: 27, Y: 2011, s. 53-85.
Ataman-Figanmeşe, İnci:	“Milletlerarası Ticari Tahkim ile Yatırım Tahkimi Arasındaki Farklar”, MHB , Y: 1, Sy: 1, 2011, s. 91-152.
Baklacı, Pınar:	Uluslararası Yatırım Hukukunda En Çok Gözetilen Ulus Kaydı , Beta, İstanbul, 2009.
Bronfman, Marcela Klein:	“Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard”, Max Planck Yearbook of United Nations Law , Vol. 10, Y. 2006, Netherlands, s. 609-680.
Dikmen: Ahmet Alpay/ Karahanoğulları, Onur:	“Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirme”, Mülkiye Dergisi , C: 26, Sy: 234, Y: 2002, s. 99-118.
Dolzer, Rudolf:	“Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours”, Santa Clara Journal of International Law , Vol. 12, Issue 1, No. 7, Y: 2013, s. 10-32.
Dost, Süleyman:	“Adil ve Hakkaniyetli Davranış Yükümlülüğü Bağlamında PSEG/Konya Ilgın Elektrik-Türkiye Tahkim Kararı (ICSID)”, İstanbul Barosu Dergisi , C: 81, Sy: 3, Y: 2007, s. 1071-1088.
Dost, Süleyman:	Yabancı Yatırım Uyuşmazlıkları ve ICSID Tahkimi , Asil Yayın, Isparta, 2006.
Nomer, Ergin/ Ekşi, Nuray/ Öztekin Gelgel, Günseli:	Milletlerarası Tahkim Hukuku , Cilt I, Beta, 3. Bası, İstanbul, 2008.
Erten, Rıfat:	Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü , Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2005.
Gaitán, M. Reyes:	“Fair and Equitable Treatment (FET) Barriers Based on Some Cases Decided by International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Tribunals”, Module of Legal Aspects of International Investment & Transnational Corporations , LLM International Economic Law, Coventry, 2014.
Gökyayla, Cemile Demir/ Süral, Ceyda:	“4875 Sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve Getirdiği Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C: 6, Sy: 2, Y: 2004, s. 131-167.
Güçlü, Yücel:	“Yabancı Sermaye Çekimi Yatırımlarının Karşılıklı Teşviki ve Korunması Anlaşmaları”, T.C. Dışişleri Bakanlığı , (Çevrimiçi),

	http://www.mfa.gov.tr/yabanci-sermaye-cekimi-yatirimlarin-karsilikli-tesviki-ve-korunmasi-anlasmalari.tr.mfa , 27.04.2016.
Kirkman, Courtney C.:	“Fair and Equitable Treatment: Methanex vs. United States and the Narrowing Scope of Hafta article 1105”, Law and Policy in International Business Review , Vol. 34, Y. 2002, s. 343-390.
Klager, Roland:	“Fair and Equitable Treatment: A Look at the theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness”, The Journal of World Investment & Trade , Vol. 11, 435, Y. 2010, s. 435-455.
Lad-Ojomo, Olatokunbo:	“What is the Distinction Between The Fair and Equitable Treatment Standard of Treatment Under Customary International Law”, CEPMLP Annual Review , Vol. 13, No. 2008/9, University of Dundee, s. 5-12.
Paparinskis, Martins:	“Fair and Equitable Treatment”, K Nadakavukaren Schefer and T Cottier (eds), Encyclopaedia of International Economic Law (Edward Elgar forthcoming 2016), (Çevrimiçi) http://ssrn.com/abstract=2713914 , 20.05.2016.
Partalcı, Rumeysa;	“Yatırımların Karşılıklı Teşviki ve Korunması Antlaşmalarında Düzenlenen ‘Adil Ve Eşit Davranma Yükümlülüğü’ ” , MHB , Y: 2016, C: 36 Sy: 2, s. 131 – 162.
Pazarcı, Hüseyin:	Uluslararası Hukuk , 6. Bası, Turhan, Ankara, 2008.
Salacuse, Jeswald W./ Sullivan, Nicholas P.:	“Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain”, Harvard International Law Journal , Vol. 46, No. 1, Winter 2005, Cambridge, s. 67-130.
Schreuer, Christoph:	“Introduction: Interrelationship of Standards”, Standards of Investment Protection , (ed. August Reinisch), y.y., 2008, 1-8.
Schreuer, Christoph H./ Malintoppi, Lorette/ Reinisch, August/ Sinclair, Anthony:	The ICSID Convention A Commentary , Second Edition, Cambridge University Press, New York, 2009.
Sornarajah, Muthucumaraswamy:	International Law on Foreign Investment , 2nd Edition, Cambridge University Press, West Nyack, New York, 2004, s. 235-236.
Şanlı, Cemal:	Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları , Beta, 6. Bası.
Tiryakioğlu, Bilgin:	Doğrudan Yabancı Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması , Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003.
Vanvadevelde, Kenneth J.:	“A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, New York University Journal of International Law

	and Politics Vol. 43, No. 1, Y. 2010, New York, s. 43- 104.
Vascianne, Stephen:	“The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, British Yearbook of International Law , Vol. 70, Issue 1, Y. 1999, s. 99-164.
Wälde, Thomas W./ Hobér, Kaj:	“The First Energy Charter Treaty Arbitral Award”, Journal of International Arbitration , Vol. 22, No. 2, Y. 2005, s. 83 vd.
Yannaca-Small, Katie:	“Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment , No. 2004/ 3, September, 2004, (Çevrimiçi), https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf , 15.04.2016.

Diğer Kaynaklar:

	Fair and Equitable Treatment , UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 2012, (Çevrimiçi), http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf , 20.04.2016.
	Hazine Müsteşarlığı, “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Hakkındaki Açıklamalar”, III, (Çevrimiçi), http://www.hazine.gov.tr/mevzuat/dyy_aciklama.htm , 23.04.2016.
	Report of the UN International Law Commission, Doc. A/4425, Yearbook of the International Law Commission , Vol. II, Y. 1960.
	UN Treaty Collection, (Çevrimiçi), https://treaties.un.org/ .

AEGEAN SEA CONTINENTAL SHELF DISPUTE BETWEEN TURKEY AND GREECE



Furkan SAĞLAM¹

İYYÜHFD, Cilt: 2 Sayı: 1, Yıl 2024. S. 30-43.

Gönderilme Tarihi 26 Aralık 2023
Kabul Tarihi 19 Temmuz 2024

¹ Araştırma Görevlisi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk ABD, furkan.saglam@yeniuyuzyl.edu.tr, ORCID: 0009-0005-3732-2171 <https://doi.org/10.66012/iiyuhfd.2026.29>

ABSTRACT

Aegean Sea Continental Shelf Dispute constitute one of many issues waiting to be resolved between Greece and Turkey. Greece as an EU member disposed of these disputes with Turkey as a bargaining cause against Turkey in the EU process. Aegean Sea Continental Shelf dispute along with Cyprus issue are considered as big challenges for Turkey in its membership road. Turkey does not accept Aegean Sea issue as a legal one but rather a political dispute to be resolved with good will and diplomacy. On the contrary, Greece constantly insists on a Court based solution and refused to reach a political solution.

Keywords: territorial water, continental shelf, dispute resolution

ÖZ

Ege Denizi Kıta Sahanelığı Anlaşmazlığı, Yunanistan ve Türkiye arasında çözülmeyi bekleyen birçok konudan birini oluşturmaktadır. Yunanistan, AB üyesi olarak bu anlaşmazlıkları Türkiye ile AB sürecinde Türkiye'ye karşı bir pazarlık konusu olarak bertaraf etmiştir. Ege Denizi Kıta Sahanelığı anlaşmazlığı, Kıbrıs sorunu ile birlikte Türkiye'nin üyelik yolunda büyük zorluklardan olarak kabul edilmektedir. Türkiye, Ege Denizi sorununu yasal bir sorun olarak değil, iyi niyet ve diplomasi ile çözümlmesi gereken siyasi bir anlaşmazlık olarak kabul etmektedir. Aksine, Yunanistan sürekli olarak Mahkeme temelli bir çözümde ısrar etmekte ve siyasi bir çözüme ulaşmayı reddetmektedir.

Anahtar Sözcükler: karasuları, kıta sahanlığı, uyuşmazlık çözümü

INTRODUCTION

Aegean Sea Continental Shelf Dispute constitute one of many issues waiting to be resolved between Greece and Turkey. Greece as an EU member disposed of these disputes with Turkey as a bargaining cause against Turkey in the EU process. Aegean Sea Continental Shelf dispute along with Cyprus issue are considered as big challenges for Turkey in its membership road.

Turkey does not admit Aegean Sea issue as a legal one but rather a political dispute to be resolved with good will and diplomacy. On the contrary, Greece constantly insists on a court-based solution and refused to reach a political solution.

Continental shelf issue is rather special in Aegean Sea due to its special features. Islands are the most controversial issue in drawing the limits of continental shelves. The result differs according to the rules to be taken into account. Admitting islands as a part of the main land of Greece would lead to give Aegean Sea control to the Greece. If islands are accepted apart from main land, would they have continental shelves of their own? If they do, would it be just? Should we count on equity?

This article aims to analyse the dispute under the light of the judgments of International Court of Justice (ICJ) and awards of Arbitrations along with general principles of international law such as equity. Reaching an equitable solution is mandatory of international law or is it a suggestion?

Historically, the legal concept of continental shelf first derives from Truman Proclamation of 1945. Legally, two important Conventions are adopted on the issue namely Geneva Convention of 1958 and United Nations Convention on the Law of the Sea of 1982. Both agreements are applied by the ICJ and arbitral tribunals with interpretation of its articles under general principles of international law. Jurisprudence enriches the concept of continental shelf with many judgments clarifying and deeply examining the disputes. In this article, We will try to analyse them in order to bring a most probable answer that ICJ would give on the present dispute if it has the capacity on the issue.

A. Continental Shelf as Legal Concept

The United States issued the "**Truman Proclamation**" on 28 September 1945 which could be regarded as a starting point of the positive law on the subject. It proclaims that "*the coastal State had an original, natural and exclusive right to the continental shelf off its shores, had come to prevail over all others and then was reflected in the 1958 Geneva Convention*"¹.

Geneva Convention on Continental Shelf was adopted on 29 april 1958 for the purpose of legally regulate the continental shelf concept. It defines in its 1 st article:

*"..continental shelf" is used as referring (a) to the seabed and subsoil of the submarine areas adjacent to the coast but outside the area of the territorial sea, to a depth of 200 metres or, beyond that limit, to where the depth of the superjacent waters admits of the exploitation of the natural resources of the said areas.."*²

The content of the right is stated followingly:

*Article 2 "1. The coastal State exercises over the continental shelf sovereign rights for the purpose of exploring it and exploiting its natural resources"*³

What is meant by natural sources is that :

"4. The natural resources referred to in these articles consist of the mineral and other

*non-living resources of the seabed and subsoil together with living organisms belonging to sedentary species, that is to say, organisms which, at the harvestable stage, either are immobile on or under the seabed or are unable to move except in constant physical contact with the seabed or the subsoil."*⁴

The coastal State's rights existed *ipso facto* and *ab initio* meaning that this is a right inherent in being a coastal state.

¹ Uluslararası Adalet Divanı Karar Özetleri, *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davası* <https://www.icj-cij.org/case/52> (son giriş: 12.02.2024)

² Kıta Sahanlığı hakkındaki Cenova Konvansiyonu, madde 1, 29 april 1958.

³ Ibid, madde 2

⁴ Ibid, madde 4

*“The rights of the coastal State over the continental shelf do not depend on occupation, effective or notional, or on any express proclamation.”*⁵

Therefore, the issues with the continental shelves are not about giving right to have continental shelf but only to draw its limits. As it is mentioned clearly by the ICJ in *North Sea Continental Shelf Cases* that:

*“That the present cases are not concerned with the apportionment of the continental shelf but its delimitation, is derived from the fundamental concept of the continental shelf. Besides, the Special Agreements request from the Court a decision on the principles and rules of international law applicable to delimitation and not to apportionment.”*⁶

B. Turkey-Greece Continental Shelf Dispute

I. Historical Background

Lozan Treaty sets a proportionate allocation of the islands in Aegean Sea. This proportion does not amount to an absolute equality. Greece would like to extend its influence and control on the Aegean Sea by using the modern continental shelf concept. On the other side, Turkey is in absolute opposition of seeing the Aegean Sea dominated by Greece. The dispute concretized in the beginning of the years 1970. There had been mutual violation of so-called sea borders each part demands rights upon. Mutual alleged violations occurred at the time until the one with the Turkish Ship named “*SISMIC I*” making earthquake preliminary researches on Aegean Sea that pushed Greece to file an official complaint both to the ICJ and to the UN Security Council respectively on 7 and 10 august 1976.⁷

II. Resolution of the Security Council

Greece made a complaint to the UN Security Council on 10 august 1976. The latter declared a resolution suggesting peaceful settlement of disputes, direct negotiations, respect for each others international rights, not aggravating the situation. Furthermore, It urges

⁵ Cenova Konvansiyonu, 2. madde para 3 ,1958

⁶ *Kuzey Denizi Kıta Sahanelığı davası*, Almanya vs Danmarka, 20 Şubat 1969, UAD, para 92.

⁷ Sevin Toluner, Milletlerarası Hukuk Dersleri, Beta yay, 1989, sf.249.

them to reduce the tensions and invites them to take the case to the International Court of Justice.⁸

III. Greece's Application to the International Court of Justice

Greece made an unilateral application to the ICJ regarding the dispute. However, Turkey refused the competence of the ICJ to examine the case on following reasons. First, Turkey didn't renew its recognition of general competence of the ICJ since 1972. Second, Greece left the Court's competence outside on areas about border disputes. As for Greece, first they claim the above-mentioned pact for the disputes between Turkey and Greece to be dealt before the ICJ. Second, they put forward the declaration signed in 1975 between Turkey and Greece just after the dispute arises regarding Turkey to agree at final stage to bring the dispute to the ICJ.⁹ However, the misunderstanding is that Turkey signed this declaration counting firstly on the bilateral negotiations. If they had been genuinely concluded, then they may be apply to the ICJ. The problem is that Greece part never looked at the negotiations very seriously and wanted to directly bring the issue to the ICJ. There are reasons for them to do that and we will examine them.

The ICJ decided that it has no competence on examining the dispute in substance. The application was found inadmissible. Mainly because the competence of the ICJ is based on the principle of mutual consent which may be expressed in different ways such as express general declaration of recognition (what Turkey used to do before stopped to renew it), drafting a compromis clause, insertion of a competence clause into an agreement or to accept tacitly in the sense that a party started to defend in substance without questioning the Court's competence.¹⁰

⁸ Resolution 401/1976, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/395\(1976\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/395(1976))

⁹ Hakkı Hakan ERKİNER, Mehmet Emin BÜYÜK, "Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahaneliği Uyuşmazlığının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 27, Sayı 2, Aralık 2021, pp. 1013-1038, sf 1016.

¹⁰ Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk , Turhan Kitabevi Yayınları, Basım Yeri: Ankara, 19. baskı, 2020, sf 524-525

IV. The reasons behind Greece and Turkey's attitudes

According to Greece, Aegean dispute is only limited to the continental shelf. For Turkey, the problem is more complex and includes many things such as legal status of some islands, demilitarisation of some of them, airspace. Therefore, Turkey insists firstly to take the issue on the table between parties via diplomacy and good office. It is a political dispute and therefore it must be settled politically. Mainly, these differences of approaches to the dispute make easier to understand the subject better.

V. Territorial Sea Dispute

Before analysing continental shelf dispute, we will look at the disagreement on territorial sea issue. Arguments of the parties are respectively;

As for Greece, the first argument, according to the international customary law as well as United Nations Convention on Law of the Sea (UNCLOS), territorial water may be up to 12 miles. Secondly, this 12 miles rule is no different at Aegean Sea because there is no reason to derogate from the general rule. Finally, islands form integral part of the country. Territorial integrity must be respected and protected.¹¹

As for Turkey, the first counter argument is that there is no uniform applicable rule of 12 miles territorial sea. In the calculation, geographical features must be taken into account. Aegean Sea carries these specificities.¹²

Turkey is not party to any international sea agreement and therefore its articles are binding Turkey according to the customary law however Turkey formed a *persistant objector* to the 12 miles rule of the territorial water “**for the aegean sea**” from the beginning. Therefore 12 mile rule does not bind Turkey in aegean sea.¹³

¹¹ Nurser Gökdemir IŞIK, “Kıta Sahaneliği, Hukuki Rejimi ve Ege Sorunu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, doktora tezi ,2009,sf.176.

¹² Ibid, sf.177.

¹³ Yusuf AKSAR, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Seçkin yay, 6. baskı, sf 76.

VI. Aegean Dispute in the context of EU-Turkey Relations

Turkey as a candidate country is faced with conditions to satisfy in order to obtain a full membership. Cyprus issue was and is still clearly mentioned in the presidency conclusions. However, aegean dispute is not directly referred but rather placed under peaceful settlement of border disputes as candidate countries' obligations. Greece as a member state tried hard to bring this issue in front of Turkey's accession negotiations as a leverage.

Article 4: *"...In this respect the European Council stresses the principle of peaceful settlement of disputes in accordance with the United Nations Charter and urges candidate States to make every effort to resolve any outstanding border disputes and other related issues. Failing this they should within a reasonable time bring the dispute to the International Court of Justice. The European Council will review the situation relating to any outstanding disputes, in particular concerning the repercussions on the accession process and in order to promote their settlement through the International Court of Justice, at the latest by the end of 2004"*¹⁴

VII. Continental Shelf Dispute between Turkey and Greece under international law (case law)

In the light of the continental shelf concept, arguments of the parties will be presented and the issue will be analysed under the international law instruments such as related international agreements and judgments of the ICJ.

Greece demands first that an equal median line must be drew in Aegean Sea. Second, they demands the beginning of this line not from the Greece motherland but including all islands as a whole. They demands all islands to have continental shelves equal to a motherland. They support this claim on the Geneva Convention of 1958.¹⁵

"... the boundary of the continental shelf appertaining to such States shall be determined by agreement between them. In the absence

¹⁴ Helsinki European Council, Conclusions of the Presidency, 10-11.12.1999, http://www.europarl.europa.eu/summits/hell_en.htm

¹⁵ Yücel ACER, "Ege Kıta Sahanelığı Sorununda Türkiye'nin Hukuki Durumu: Uluslararası Yargı Kararları Işığında Bir Değerlendirme" Euroasia File 8/4 pp. 189-209, sf.193

*of agreement, and unless another boundary line is justified by special circumstances, **the boundary is the median line**, every point of which is equidistant from the nearest points of the baselines from which the breadth of the territorial sea of each State is measured.(emphasis added) ”¹⁶*

We will examine the issue under some of the judgments of the ICJ. First of all, the famous *North Sea Continental Shelf Case* of 1969¹⁷ is a projector of customary law and decides whether the median line is a must-applicable rule in this kind of conflicts. The ICJ evaluates the above article 6 of the Geneva Convention and went on saying that as the article firstly mentions a mutual agreement to be made between the parties on the dispute. If they don't agree on a reasonable solution *after trying hard to come by* (which is particularly important due to the fact that Greece argues that Turkey don't come to the Court unlike its promise made between them.)

As Turkey is not party to any maritime convention, these rules do not bound Turkey. Also, this median line is not a obligatory enforced by the law but only one of the applicable methods.¹⁸

Turkey responds to that by quoting the ICJ's evaluation on North Sea cases and in particular:

“...equidistance method of delimitation was not obligatory as between the Parties; that no other single method of delimitation was in all circumstances obligatory; that delimitation was to be effected by agreement in accordance with equitable principles and taking account of all relevant circumstances, in such a way as to leave as much as possible to each Party all those parts of the continental shelf that constituted a natural prolongation of its land territory”¹⁹

The method to follow is therefore clarified by the Court. Parties of the disputes may agree on almost any solution within the limits of international law including beyond law solutions (*ex aequo et bono*).²⁰ They should take into account all relevant circumstances in reaching an

¹⁶ Kıta Sahanlığı Konvansiyonu 6. maddesi, *Cenova*, 29 Nisan- 31 Ekim 1958

¹⁷ *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davası*

¹⁸ Selami KURAN, *Uluslararası Deniz Hukuku*, sf 263

¹⁹ *Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davası*, para 101.

²⁰ In Latin, with equity and good will

equitable solution. The Court underlines that median line is not an absolute rule to be applied however, it is mostly the best option to reach an equitable solution.

The judgment on the continental shelf delimitation between Romania and Ukraine, ICJ created and applied the *third level delimitation methode*.²¹ It is a methode which consist of three rules. First, a median line must be drawn. Second, this line may be modified according to equitable principles. Third, the proportionality of the continental sea lines must be checked. Therefore, the balance between the lenght of the shores and the maintenance of the continental shelf must be provided.²²

Turkey longtime based its arguments on the *North Sea cases* which is the natural prolongation of its land principle.²³ However, after the adoption of the United Nation Convention on Law of the Sea(UNCLOS) and a parallel change of the attitude of the ICJ, Turkey began to focus more on the equitable principles. What are these equitables principles?

C. Equitables principles

As Turkey does not have to follow the equal median line, the limitation have to be made on equitables principles.²⁴ One of the principle emerging from the jurisprudence is the geographical supeority in the sense that the more it is closer to the motherland, the more the latter overtakes the priority.²⁵

Another principle is the length of motherland shores and, as a rule, shoreline length is the most important geographical factor determining the sea area to be obtained.²⁶

²¹ Karadeniz’de Deniz Alanı Sınırlandırması (Romania v. Ukraine), Karar (UAD Raporları 2009)

²² Hakkı Hakan ERKİNER, Mehmet Emin BÜYÜK, op cit, “Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahaneliği Uyuşmazlığının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?”, sf 1030.

²³ Selami KURAN, Uluslararası Deniz Hukuku, Beta yay.7.baskı, Mart 2021, sf 266

²⁴ İbid , sf 267.

²⁵ Yücel ACER, “Ege Kıta Sahaneliği Sorununda Türkiye’nin Hukuki Durumu: Uluslararası Yargı Kararları Işığında Bir Değerlendirme” sf.200.

²⁶ Katar-Bahreyn davası, para. 185.

In fact, there is no legal limit to the considerations which States may take account of for the purpose of making sure that they apply equitable procedures.²⁷ Equity principles are not determined as *numerus clausus* but they are to guarantee an equitable result is reached.

D. Continental Shelf of the islands in the Aegean Sea

To begin with, islands can have continental shelves of their own. However, islets, rocks and minor coastal projections are ignored according to the ICJ.²⁸ Also, all this will be considered under the light of equitable principles. Therefore, we are in the presence of a problem with three aspects.

In Aegean Sea, what Turkey claims is that all islands can not have continental shelf and furthermore even islands which have continental shelf can not own full measure of 200 miles. The Arbitral Award of 1978 between UK and France²⁹ brought light to the issue by stating firstly that islands which are “*on the wrong side*” of the median line can not have full continental shelf as a mainland because it would lead to an inequitable solution. Therefore, they came to decide that these two british islands on the french side of the medium line are to given a limited continental shelf.³⁰ Consequently, islands which denote specifities such as being on the opposite side are either excluded from enjoying any continental shelf or they do have only limited distance given. It is called “*half-effect*” theory. The fact that an island is to be given a half effect or not be given any continental shelf depends on these factors; First, if island is inhospitable then it has no continental shelf at all.³¹ Second, if they are economically hospitable then as a rule they enjoy the same continental shelf as a land. However, then intervene equitable principles such as if islands are closer to the opposite mainland, then they can not dispose of full continental shelf in detriment of the opposite mainland.

As far as Aegean Sea is concerned, the islands which are closer to the Turkey can not have full continental shelves. Secondly, they can not

²⁷ Kuzet Denizi, op cit, para 93.

²⁸ Canada vs. USA, Maine kararı, 1984

²⁹ Birleşik Krallık- Fransa Kıta Sahanelığı Hakemlik kararı, 1978.

³⁰ Birleşik Krallık- Fransa, para 87.

³¹ Eritre-Yemen Hakemlik Kararı, 17 Aralık 1999, para 147

have continental shelf in detriment to the Turkey's shores' length according to the proportionality principle. Third, Turkey's Access to the international seas can not be cut off by any continental shelf. ICJ refused to give effect to the french islands in Canada due to the reason that it would create a cut off effect.³²

Romania and Ukraine case is an exemplary on the issue of islands. ICJ came to a conclusion that the islands which stands in contrary to the median line shall not be taken into consideration when drawing the continental shelf line.³³

Under all this judgments and related agreements, what would be the decision of the ICJ if Greece and Turkey agrees on take the dispute in front of the Court. First of all, a median line should be drawn in Aegea Sea right between the opposite shores of Turkey and Greece. Afterwards, we should look at the islands on the turkish side, they should not have any continental shelf. Mainly because, they already enjoy 6 miles of territorial sea area. Therefore, they can not be given any continental shelf that they normally can enjoy under international law. The reason is that conferring them even limited continental shelf would result in an inequitable solution.

Conclusion

The continental shelf dispute is not only a legal dispute. The balance set up by Lozan Agreement in Aegea Sea is quite sensitive. The existence of the islands makes it more complicated. Turkey insists on a political solution which includes not only continental shelf issue but also other disagreements related to islands etc... On the other hand, Greece denies all disputes other than continental shelf issue and they want absolutely take the issue in front of the ICJ.

The article focuses on the judgments of the ICJ on continental shelf disputes and endeavours to bring about a reasonable and equitable solution to the dispute. The classic method used in law an practise is the median line principle. However, being used most of the time does not make the rule as sole method. The main rule is to conclude a

³² Kanada vs Fransa Deniz Alanı Sınırlandırma, Hakemlik kararı, 1992.

³³ Karadeniz'de Deniz Alanı Sınırlandırması (Romania v. Ukraine), Karar (UAD Raporları 2009), para 149.

bilateral or multilateral agreement depending on the number of parties about the continental shelf. The parties can agree on almost any solution. If they fail to reach an agreement, then the median line is to be used but if there are no special circumstances that would prove otherwise. The Aegean Dispute contains special circumstances such as having islands. Greece denies this to constitute a special circumstance.

Why Turkey does not want the issue to be dealt by the ICJ? Firstly, Turkey wants a comprehensive solution package for not only continental shelf but other related issues. Secondly, the ICJ itself urges a diplomatical peaceful settlement of disputes by bilateral agreement before taking the issue to the Court. The unwillingness of Greece on a political solution and bilateral talks complicates the issue. Actually, Greece should be forced by the UN and EU about a diplomatical solution instead of asking why Turkey does not want a Court solution. Third and lastly, Turkey may be worried about a decision which damages the sensitive balance established in Aegean Sea. Considering the jurisprudence, we can not predict the exact outcome. As it is said by Erkiner and Büyük, in the last 25 years, the judgments of the ICJ become more concrete however, the limitation on the islands are not clarified enough. Therefore, as strict prediction of an outcome is not possible.³⁴

³⁴ Hakkı Hakan ERKİNER, Mehmet Emin BÜYÜK, “Türk-Yunan İlişkileri Kapsamında Kıta Sahaneliği Uyuşmazlığının Çözüm Yeri Birleşmiş Milletler Uluslararası Adalet Divanı Olabilir mi?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi • Cilt 27, Sayı 2, Aralık 2021, pp. 1013-1038, p1033.

BIBLIOGRAFYA**Books**

PAZARCI Hüseyin	Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi Yayınları, Basım Yeri: Ankara, 19. baskı, 2020
AKSAR Yusuf	Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-II, Seçkin yay, 6. baskı
TOLUNER Sevin	Milletlerarası Hukuk Dersleri, Beta yay, 1989
KURAN Selami	Uluslararası Deniz Hukuku, Beta yay.7.baskı, Mart 2021

Articles

ACER, Yücel	“Ege Kıta Sahanlığı Sorununda Türkiye’nin Hukuki Durumu: Uluslararası Yargı Kararları Işığında Bir Değerlendirme” Avrasya Dosyası Cilt: 8, Sayı 4
IŞIK Nurser Gökdemir	“Kıta Sahanlığı, Hukuki Rejimi ve Ege Sorunu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Denizcilik İşletmeleri Yönetim Anabilim Dalı Doktora Tezi, 2009
ÖZKAN Arda	“Kıta Sahanlığının Sınırlandırılmasında Uluslararası Uygulamalar: Sözleşmeler, İçtihat ve Doktrin”, Sayı: 31

Official Documents

Resolution	401/1976, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/395(1976)
Helsinki European Council, Conclusions of the Presidency, 10-11.12.1999,	http://www.europarl.europa.eu/summits/hel1_en.htm
Cenova Konvansiyonu madde 1, 29 april 1958.	

Case law

Uluslararası Adalet Divanı Karar Özetleri, <i>Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davası</i> https://www.icj-cij.org/case/52 (son giriş: 12.02.2024)	
<i>Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı davası</i> , Almanya vs Danmarka, 20 Şubat 1969, UAD	
<i>Birleşik Krallık- Fransa Kıta Sahanlığı Hakemlik kararı</i> , 1978	
<i>Canada vs. USA, Maine kararı</i> , 1984	
<i>Eritre-Yemen Hakemlik Kararı</i> , 17 Aralık 1999	
<i>Karadeniz’de Deniz Alanı Sınırlandırması (Romania v. Ukraine), Karar (UAD Raporları 2009)</i>	
<i>Kanada vs Fransa Deniz Alanı Sınırlandırma, Hakemlik kararı</i> , 1992.	

ÖZEL NİTELİKLİ KİŞİSEL VERİ OLARAK GENETİK VERİLER



Füsun Ceren KÜÇÜK OSMANOĞLU¹

İYYÜHFD, Cilt: 2 Sayı: 1, Yıl 2024. S. 44-79.

Gönderilme Tarihi 25 Aralık 2023
Kabul Tarihi 19 Ocak 2024

¹ Araş. Gör., İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı/Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, fusunceren.kucuk@yeniuyuzil.edu.tr, ORCID 0000-0002-4620-8873 <https://doi.org/10.66012/iyuhfd.2026.30>

ÖZ

Kişisel veriler arasında yer alan genetik verilerin korunmasının gerekliliği yadsınamaz bir gerçektir. Zira bu verileri ele geçirildiği takdirde veri sahibi kişiler açısından dezavantajlı durumlarla karşılaşmak olasıdır. Bu nedenle genetik verilerin özel olarak ele alınarak incelenmesi gerekmektedir. Genetik veriler gerek uluslararası gerekse de ulusal kişisel veri düzenlemeleri kapsamında yer almaktadır. Çalışmamızda bu düzenlemeler kabul tarih sırasına göre açıklanacaktır. Bunun yanı sıra kişisel veri üst çatısı altında yer alan genetik veriler ile sağlık verileri arasındaki farklılığa da çalışmamızda değinilecektir. Genetik veri, günümüzde sağlık verisi kadar ayrıntılı düzenlenmemiştir. Bu nedenle genetik verilerin işlenmesi Genel Veri Koruma Düzenlemesi ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında ele alınacaktır. Genetik verilerin işlenme şartlarının doğru bir şekilde anlaşılması oldukça önemlidir. Böylelikle genetik verilerin yanlış bir şekilde işlenmesinin önüne geçilecektir. Kural olarak genetik verilerin kişilerin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Elbette bunun istisnaları da mevzuatta düzenlenmiştir. Bunların ayrıntılı açıklamasından sonra genetik verilerin işlenmesine yönelik önlemlere yer verilerek çalışmamız tamamlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Genetik Veri, Kişisel Veri, Sağlık Verisi, Genel Veri Koruma Düzenlemesi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu.

GENETIC DATA AS SPECIAL CATEGORY OF PERSONAL DATA

Res. Asst. Füsun Ceren KÜÇÜK OSMANOĞLU¹

ABSTRACT

Protection of genetic data among personal data is an undeniable necessity. If these data are obtained, individuals who are the data subjects may face disadvantageous situations. Therefore, genetic data should be examined with special attention. Genetic data are covered within both international and national personal data regulations. In our study, these regulations will be explained in chronological order of their acceptance dates. Furthermore, our study will address the differences between genetic data under the umbrella of personal data and health data. Genetic data is currently regulated in less detail compared to health data. Therefore, the processing of genetic data will be addressed within the scope of the General Data Protection Regulation and Personal Data Protection Law. It is crucial to understand the conditions for the processing of genetic data correctly. This will prevent the incorrect processing of genetic data. As a rule, the processing of genetic data without the explicit consent of individuals is prohibited. However, there are exceptions to this rule as stipulated in the legislation. Following a detailed explanation of these exceptions, our study will be concluded by presenting measures related to the processing of genetic data.

Keywords: Genetic Data, Personal Data, Health Data, General Data Protection Regulation, Personal Data Protection Law.

¹ Res. Asst., İstanbul Yeni Yüzyıl University Faculty Of Law, Department of Administrative Law/Phd Candidate, İstanbul University Institute of Social Sciences, Department of Public Law fusunceren.kucuk@yeniyyuzuil.edu.tr, ORCID 0000-0002-4620-8873

GİRİŞ

Genetik veriler, başta sağlık olmak üzere adli soruşturma ve soybağı gibi konuları ilgilendiren alanlarda kullanılmaktadır. Sağlık alanında genetik veriler sayesinde hastalıkların teşhis edilerek önlenmesi ve tedavisine yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Adli soruşturmalarda ise şüphelilerin kimliğinin bulunması konusunda DNA profili kişiye özgü genetik veriler içerdiğinden bu verilere başvurulması oldukça güvenilir bir yöntemdir. Bunun yanı sıra genetik veriler babalık, akrabalık ilişkileri veya ölün kişinin kimliğinin belirlenmesinde kullanılmaktadır².

Kişilerden alınacak kan, tükürük veya yanaktan elde edilen sürüntü ile genetik verilere ulaşmak mümkün olmaktadır³. Bu kapsamda yapılan genetik testler kişilerin gen, kromozom ve proteinlerine ilişkin verileri açığa çıkarmaktadır. Böylelikle kişilerin sahip oldukları genetik bozukluklar belirlenmektedir⁴.

Çalışma konumuzu oluşturan özel nitelikli kişisel veri olarak genetik veriler birçok alanda özel bir önem taşımaktadır. Zira kişilerin genetik verileri ortaya çıktığında onlarla ilgili çok fazla bilgi sahibi olunmaktadır. Bu veriler ile kişinin eşsiz bilgilerine sahip olunmasının yanı sıra yakınlarına ve hatta doğmamış çocuklarına ait bilgilere de ulaşılmaktadır. Bu kapsamda genetik veriler kişinin lehine sonuç doğurabileceği gibi -hastalıkların erkenden önlenmesi vb.- aleyhine de sonuçlar doğurabilmektedir. Kişilerin aleyhine sonuç doğuracak genetik verilerine dayalı olarak yapılan ayrımcılığa “genetik ayrımcılık” adı verilmektedir. Örneğin, sigorta şirketlerinin genetik verilere ulaşarak karlılığını düşürebilmesi ihtimali sebebiyle bazı kişileri sigortalamak istememesi, işverenin belli genetik özelliklere sahip kişiler ile çalışmak istememesi gibi

² Yann Joly, Ida Ngueng Feze, Lingqiao Song, Bartha M. Knoppers, “Normative Approaches to Address Genetic Discrimination: Placebo or Panacea?”, s. 3, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2911199> (Erişim Tarihi: 11.12.2023).

Ayrıca bkz. İmdat Elmas, “Üstün Kamu Yararı ve Kişilik Hakları Perspektifiyle Genetik Kimliklendirme ve DNA Veri Bankası”, **Adli Genetik Ve Hukuki Boyutu Sempozyumu**, 2016, İstanbul, s. 5.

³ Selinda Johnson, “Genetic Testing 101- What Are The Different Types Of Genetic Testing Methods?”, (Çevrimiçi) <https://www.ags-health.com/blog/what-are-the-different-types-of-genetic-testing-methods> (Erişim Tarihi: 09.12.2023).

⁴ What is genetic testing?, (Çevrimiçi) <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/geneticstesting> (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

konularda bu bilgilerin belirleyici olması genetik ayrımcılığın görünümüleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁵.

Böylelikle özel nitelikli kişisel veri olarak genetik veriler konusunun özellikle diğer bilim dalları ile olan ilişkisi göz önüne alındığında konunun oldukça kapsamlı olduğunu görmekteyiz. Bu sebeple çalışma iki bölüm halinde ve aşağıda açıklandığı şekilde sınırlandırılarak ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu doğrultuda çalışmanın ilk bölümünde ilk olarak genetik veri kavramının uluslararası ve ulusal ölçekte nasıl ele alındığı açıklanacak, sonrasında ise aynı kavram uluslararası ve ulusal kişisel veri düzenlemeleri kapsamında incelenecektir. Bu bölümde son olarak genetik verilerin özellikle sağlık verilerinden ayrılması gerekliliğini savunan “genetik müstesnalık” kavramından bahsedilecek, ayrıca genetik müstesnalık kavramına karşı çıkan görüşlere de yer verilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise genetik verilerin işlenmesi konusuna değinilecektir. Ancak genetik verilerin işlenmesi kavramına elde etme, kaydetme, depolama, muhafaza etme, değiştirme, yeniden düzenleme, açıklama, aktarma, devralma, elde edilebilir hale getirme, sınıflandırma veya kullanımını engelleme gibi birçok faaliyet girdiğinden bu çalışmada yalnızca genetik verilerin işlenme şartları irdelenecektir. Bu doğrultuda genetik verilerin işlenme şartları Genel Veri Koruma Düzenlemesi (GVKD) ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) çerçevesinde incelenecektir.

I. GENETİK VERİ KAVRAMI

A. ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZENLEMELER KAPSAMINDA GENETİK VERİLER

Genetik veri kavramı uluslararası ve ulusal düzenlemeler ile belirlenmiştir. Bu düzenlemelerin irdelenmesine geçmeden önce genetik verinin daha iyi anlaşılabilmesi adına bazı açıklamaların yapılması gerekmektedir. Böylelikle genetik ve genetik ile bağlantılı kavramlardan bahsedilmesi uygun olacaktır. Genetik ile ilgili bu kavramlar açıklandıktan sonra ise genetik veri kavramına doğrudan değinen düzenlemelere yer verilecektir.

⁵ Elif Küzeci, “Genetik Ayrımcılık Yasağı”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XV, S. 1, 2018, s. 116-117.

Genetik, kalıtım bilimi olarak da adlandırılmakta olup genlerin yapısını, görevini ve bir dölden diğerine nasıl aktarıldığını inceleyen biyolojik bir bilim dalıdır⁶. Gen ise kalıtımın fiziksel ve fonksiyonel birimi olup DNA'yı oluşturmaktadır⁷. DNA'nın açılımı deoksiribonükleik asit olup insanlarda ve neredeyse tüm organizmalarda bulunan kalıtsal bir maddedir. İnsan DNA'sı yaklaşık 3 milyar bazdan oluşur ve bu bazların yüzde 99'undan fazlası tüm insanlarda aynıdır⁸. İnsan genomu, 80-300 milyon baz çifti arasında değişen ve 22 otozom ile 2 cinsiyet kromozomu arasında dağılmış, kabaca 3 milyar baz çiftinden oluşan 1 DNA molekülü içermektedir⁹. İnsan genom projesi ile 1990-2003 yılları arasında insan genomunun haritası çıkarılmıştır. Bu proje ile insan genomunda 25.000 genin kodlanmış olduğu bilgisi ortaya konmuştur¹⁰.

Avrupa Konseyi çerçevesinde 1997 tarihinde Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi¹¹ imzaya açılmış olup Türkiye bu sözleşmeyi 2003 tarihinde onaylayarak kabul etmiştir. Bu sözleşmede genetik verinin net bir tanımı olmamakla birlikte sözleşmenin 4. bölümü "İnsan Genomu" olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin 11. maddesi bir kimseye genetik kalıtımı sebebiyle hiçbir şekilde ayrımcılık uygulanamayacağını ifade etmektedir. Sözleşmenin 12. maddesi ise genetik teşhise yönelik testler ile ilgilidir. Böylelikle genetik verileri elde etmek için kullanılan genetik testlere bu madde ile bir sınırlama getirilmiştir. Bu doğrultuda genetik hastalıkların teşhisi, kişinin hastalığa neden olacak geninin bulunması veya genetik yatkınlığının ortaya çıkarılmasına yönelik yapılacak testlerin sadece sağlık amacıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için yapılacağına yönelik bir sınır getirilmiştir. Sözleşmenin 13. maddesi ise insan genomu üzerinde yapı-

⁶ Genetik Terimler Sözlüğü, 1 Eylül 2013, (Çevrimiçi) <http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf> (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

⁷ What is a gene?, (Çevrimiçi) https://ghr.nlm.nih.gov/primer/basics/gene_ (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

⁸ What is DNA?, (Çevrimiçi) <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/basics/dna> (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

⁹ Turgut Ulutin, "İnsan Genom Projesi", s. 71, (Çevrimiçi) <http://www.thd.org.tr/thdData/userfiles/file/turgutulutin.pdf> (Erişim Tarihi: 11.12.2023).

¹⁰ Genetik Terimler Sözlüğü.

¹¹ "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" olarak kısaltılmaktadır.

lacak müdahaleler ile ilgilidir. Bu kapsamda madde düzenlemesinden anlaşıldığı kadarıyla insan genomunu değiştirmeye yönelik müdahaleler yalnızca teşhis, tedavi ve önleme amaçları ile yapılacaktır. Bunun haricinde kalan amaçlar ve özellikle de altsoyların genomunda değişiklik yapmaya yönelik müdahaleler kabul edilemezdir. Bu bölümün son maddesi olan 14. maddede ise cinsiyet ile ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma durumu hariç doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek için suni döllenme yapılamayacağı düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 26. maddesinde sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar haricinde herhangi bir kısıtlama yapılamayacağı konumuz açısından yalnızca 12. maddede düzenlenen genetik teşhise yönelik testler açısından söz konusu olabilecektir. Zira 26. maddenin 2. fıkrasında bahsedilen kısıtlamaların sözleşmenin 11., 13. ve 14. maddeleri açısından söz konusu edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

UNESCO Genel Konferansı tarafından 1997 tarihinde İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul edilmiştir. Bu bildirgede genetik verinin net bir tanımı yapılmamakla birlikte bildirgenin birçok maddesi genetik veri kavramı ile bağlantılıdır. Bu bildirgenin 1. ve 2. maddelerinde sembolik anlamda insan genomunun insanlığın mirası olduğu ifade edilerek genetik özelliklerine bakılmaksızın herkesin onurunun korunması gerektiği ifade edilmiştir. Bildirgenin önemli bir başka maddesi ise bireylerin, genetik özellikleri nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılmayacağına ilişkindir. Bildirgenin 7. maddesinde araştırma veya başka amaçla, muhafaza edilen veya işleme tabi tutulan, kimliği bilinen bir kişiyle ilişkilendirilmiş genetik verilerin kanunda belirlenen koşullarda gizli tutulması konusunda bir düzenleme yapılmıştır. Böylelikle bu düzenlemenin genetik verilerin kişisel veri olarak korunmasına yönelik olduğu savunulabilecektir¹².

¹² İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, (Çevrimiçi)

<http://www.unesco.org.tr/Pages/459/73/İnsan%20Genomu%20ve%20İnsan%20Hakları%20Evrensel%20Bildirgesi> (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

UNESCO Genel Konferansı 2003 tarihinde İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesini kabul etmiştir. Bildirgenin amaçlar ve kapsam başlıklı 1. maddesinin b ve c bentleri *“İnsan genetik verilerinin, insan proteomik verilerinin ve biyolojik örneklerin her türlü eldesi, işlenmesi, kullanımı ve saklanması uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu olacaktır. Bu bildirgenin hükümleri insan genetik verilerinin, insan proteomik verilerinin ve biyolojik örneklerin eldesini, işlenmesini, kullanımını ve saklanmasını içerir. Cezai suçların araştırma, tespit ve dava süreçleri ile uluslararası insan haklarına uygun bir şekilde yürütülen iç hukuka tabi ebeveynlik testleri bu hükümlerin kapsamının dışındadır”* şeklinde düzenlenmiştir. Bildirgede insan genetik verileri, *“Nükleik asit analizi veya diğer bilimsel analizler yoluyla elde edilen bireylere ait kalıtsal özellikler hakkındaki bilgi.”* olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte genetik verilerin özel bir konuma sahip olduğu bildirgenin 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu özel konumun genetik verilerin genetik yatkınlıklar hakkında bilgi vermesi ve bu verilerin topluluklar üzerinde nesilleri etkileyecek olan etkilerinin bilinmesini sağlaması ile ilgili olduğu ifade edilmektedir¹³.

Genetik verilere yönelik ulusal düzenlemelere bakıldığında Türk Medeni Kanunu’nun 23. maddesinin 3. fıkrasında yer alan *“yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.”* hükmünden bahsedilmesi gerekmektedir. Burada yer alan biyolojik madde canlıların organ, doku ve hücreleri ile bunlardan üretilen salgı ve atıklardır. Bu maddelere örnek olarak saç, deri, tırnak, kan vb. verilebilmektedir¹⁴. Düzenlemede yer verilen insan kökenli biyolojik maddeler sayesinde genetik verilere ulaşılabilir. Böylelikle genetik verilere ulaşma yolunda bir basamak görevi gören biyolo-

¹³ İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi, (Çevrimiçi) http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/Human-Genetic-Data_Turc.pdf (Erişim Tarihi: 08.12.2023).

¹⁴ Arif Barış Özbilen, “İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliği ve Bu Maddelerin Hukuki İşlemlere Konu Edilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s. 8-11.

jik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin kişinin rızası olduğu müddetçe yapılabileceği sonucuna varılmaktadır¹⁵.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 80. maddesinin başlığı "genetik inceleme sonuçlarının gizliliği" olarak adlandırılmış olup maddenin 1. fıkrası "75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez." şeklinde düzenlenmiştir. Bu doğrultuda ilgili maddenin atıf yaptığı maddelerde vücuttan alınan kan veya benzeri biyolojik örneklerin yanı sıra saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler de yer verilmektedir. Kanunun 78. maddesinde bu maddeler üzerinde yapılacak moleküler genetik incelemeler düzenlenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamaların yapılacağını belirterek burada moleküler genetik incelemenin ne olduğundan kısaca bahsetmek gerekmektedir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelikte moleküler genetik inceleme, "gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını" ifade etmektedir. Ceza Muhakemesi Kanununda olduğu gibi bu yönetmelikte de moleküler genetik inceleme sonucunda elde edilen verilerin kişisel veri olduğu vurgulanmıştır.

Bir başka ulusal düzenleme Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliği'dir. Ancak bu yönetmelikte genetik verinin tanımına yer verilmemiştir. Bu yönetmeliğin amacı genetik hastalıkların tanısının belirlenmesi ve genetik danışmanlık verilmesi amacıyla, genetik hastalıklar değerlendirme merkezlerinin ruhsatlandırılması, açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.

Türk Tabipleri Birliği Tıbbi Genetik Veriler Bildirgesinde genetik veriler bireylerin kimliğini belirleyen temel öğelerden olduğundan bu verilerin korunması özel bir öneme sahiptir. Zira tıbbi genetik verilerin ekonomik ve ticari açılardan önem arz etmesi bu verilerin tıp dışı amaçlarla da kullanımına yol açmaktadır. Bu doğrultuda bildirgede genetik verilerin elde edilmesi, işlenmesi, kullanılması ve saklanmasına yönelik

¹⁵ Gözde Hare Hayırlıoğlu, "Genetik Verilerin Korunması", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 31.

etik yöntemlerin öncelikle iç hukuk kurallarınca, yokluğunda ise ulusal, bölgesel, yerel ya da kurumsal bağımsız ve çok disiplinli etik kurulların oluşturduğu ilkeler kapsamında uygulanması gerektiği düzenlenmiştir¹⁶.

B. ULUSLARARASI VE ULUSAL KİŞİSEL VERİ DÜZENLEMELERİ KAPSAMINDA GENETİK VERİLER

Bu başlık altında özel nitelikli kişisel veri olan genetik verilerin uluslararası ve ulusal arenadaki kişisel veri düzenlemelerinde nasıl yer aldığına ilişkin açıklamalar yapılacaktır. İlk olarak uluslararası kişisel veri düzenlemeleri kabul ediliş tarihlerine göre sırasıyla incelenecektir.

Avrupa Konseyi tarafından 1981 tarihinde kabul edilen 108 sayılı “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi¹⁷”nin 6. maddesinde özel veri kategorileri başlığı altında düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme “*İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel verileri ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler, otomatik işleme tabi tutulmaz. Aynı şey ceza mahkumiyetiyle ilgili kişiler için de geçerlidir.*” şeklindedir. Bu maddeden de görüleceği üzere kişisel veriler arasında yer alan ve ayrı bir koruma gerektiren veriler mevcuttur. Sözleşmede bu veriler özel veri kategorileri başlığı altında sayılmış olup bu veriler ülkelerin iç hukukunda uygun güvenceler sağlanmadıkça otomatik işleme tabi tutulamayacaktır.

Genetik verilere 108 sayılı sözleşmede yer verilmesi de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Tıbbi Verilerin Korunması Hakkında R(97) 5 No’lu Tavsiye Kararında genetik veri, bir bireyin kalıtsal özelliklerine ya da bu özelliklerin birbiriyle ilişkili bireyler arasındaki kalıtım örüntüsüne ilişkin her türlü veri olarak tanımlanmaktadır¹⁸.

Kişisel verilere ilişkin bir başka uluslararası düzenleme ise 1995 tarihli “95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve

¹⁶ Türk Tabipleri Birliği Tıbbi Genetik Veriler Bildirgesi, (Çevrimiçi) <http://www.tb.org.tr/images/stories/file/etik/12.pdf> (Erişim Tarihi: 11.12.2023).

¹⁷ “108 Sayılı Sözleşme” olarak kısaltılmaktadır.

¹⁸ Recommendation No. R (97) 5 Of The Committee Of Ministers To Member States On The Protection Of Medical Data, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16804f0ed0> (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

Avrupa Konseyi Direktifi”dir¹⁹. Bu direktifin 8. maddesinin başlığı “Verilerin Özel İşleme Kategorileri” olarak adlandırılmış olup maddenin 1. fıkrası ise “*Üye Devletler, sağlık durumuna veya cinsel yaşama ilişkin verilerin işlenmesini ve sendika üyeliğini, dini veya felsefi inançları, siyasi görüşleri, ırk veya etnik kökeni açıklayan kişisel verilerin işlenmesini yasaklayacaktır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden görüleceği üzere genetik verilere ilişkin bir tanıma 95/46/EC sayılı direktifte yer verilmemiştir. Ayrıca bu direktif 2016 kabul ve 2018 yürürlük tarihli Genel Veri Koruma Düzenlemesi ile ilga edilmiştir.

Bu kapsamda ilk olarak Genel Veri Koruma Düzenlemesinin maddeler haline getirilmesinden önceki açıklamalarda yer alan genetik verilere ilişkin ifadeler yer verilmelidir. Açıklamalara ilişkin 34. paragrafta genetik veri, kişisel veriler içinde yer alan ve gerçek bir kişinin kalıtsal veya biyolojik örneklerinin analizi sonucunda edinilen genetik özellikler olarak tanımlanmaktadır. Bunlar özellikle, kromozoma ait, DNA veya RNA analizi ile bunlara eşdeğer veri elde etmeye yarayan diğer maddelerin analizi sonucunda ortaya çıkan verilerdir.

GVKD’nin 4. maddesinde ise kişisel veri, tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak düzenlenmekle birlikte bu bilgilerden biri de kişilerin genetik özellikleridir. Genetik veri aynı maddede “*bir gerçek kişinin fizyoloji veya sağlığı ile ilgili eşsiz bilgiler sağlayan ve özellikle söz konusu gerçek kişiden alınan bir biyolojik numunenin analizinden kaynaklanan ve söz konusu kişinin kalıtım yoluyla alınan veya kazanılan özelliklerine ilişkin kişisel verilerdir.*” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımda göze çarpan ilk husus genetik verinin kişinin fizyoloji veya sağlığı ile ilgili eşsiz bilgiler içermesidir. Genetik verinin bir başka özelliği ise kişiden alınan biyolojik numunenin analiz edilerek kişinin kalıtsal özelliklerinin belirlenmesidir. Düzenlemenin 9. maddesi ise özel kategorilerdeki kişisel verilere ilişkindir. Bu kapsamda bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla elde edilen genetik veriler özel kategoride yer alan kişisel veriler içinde değerlendirilmektedir.

Ulusal mevzuat açısından en önemli kişisel veri düzenlemesi ise 2016 tarihinde kabul edilen Kişisel Verilerin Korunması Kanunudur. Bu

¹⁹ “95/46/EC Sayılı Direktif” olarak kısaltılmaktadır.

kanunda kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Kanunun 6. maddesinde ise kişisel verilere nazaran korunmaya daha muhtaç olan özel nitelikli kişisel verilere yer verilmiştir. İlgili maddenin gerekçesinde özel nitelikli kişisel verilerin, kişisel verilerden farklı olarak düzenlenmesi, bu verilerin ele geçirilmesi ve öğrenilmesi halinde kişilerin mağdur olabilmele-ri ve ayrımcılığa maruz kalabilmeleri ile ilişkilendirilmiştir.

Bununla birlikte Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu raporu incelediğinde, Hükümetin teklif ettiği KVKK tasarısının 6. maddesinde genetik veriye yer verilmemiş iken, Adalet Komisyonunun kabul ettiği metinde ise genetik veri özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılmıştır²⁰. Sonuç olarak genetik veri özel nitelikli kişisel veriler arasında kendine yer bulmuş olsa da bu kavramın tanımına kanunda yer verilmemiştir. Kişisel verilerin korunması-na ilişkin terimler sözlüğünde²¹ ise genetik veri, *“bir gerçek kişinin fizyolojisi veya sağlığı ile ilgili benzersiz bilgiler sağlayan ve özellikle söz konusu gerçek kişiden alınan bir biyolojik numunenin analizinden elde edilen, kişinin kalıtım yoluyla veya sonradan edindiği özelliklerine ilişkin veriler”* olarak tanımlanmaktadır.

C. GENETİK MÜSTESNALIK KAVRAMI

Bu başlık altında genetik verilerin sağlık verilerinden farklı olarak düzenlenmesine ilişkin bir kavram olan “genetik müstesnalık” tan²² bahsedilecektir. Bu kavram temelde genetik verilerin sağlık verilerine kıyasen daha hassas olarak korunması gerektiği düşüncesinden hareketle genetik verilerin ayrıca düzenlenmesi gerektiğine ilişkindir²³.

²⁰ Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 101, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi: 13.12.2023).

²¹ Madde Ve Gerekçesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) Ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, s. 109, (Çevrimiçi), <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozlugu> (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

²² “Genetic Exceptionalism” kavramı Elif Küzeci tarafından “Genetik Müstesnalık” olarak çevrilmiştir.

²³ Küzeci, “Genetik Ayrımcılık Yasağı”, s. 97.

Bu doğrultuda ilk olarak genetik müstesnalık kavramına neden ihtiyaç duyulduğuna ilişkin sebeplerin açıklanması gerekmektedir. Genetik veriler sayesinde kişilere özgü belirleme yapılmaktadır. Böylelikle kişilerin gelecekte yakalanabilecekleri hastalıklar ve vücutlarının ilaçlara verebilecekleri tepkiler tahmin edilmektedir. Gün geçtikçe ve teknolojik gelişmeler arttıkça da genetik veriler sayesinde hastalıkların tedavisine yönelik yöntemler geliştirilmektedir. Ancak burada belirtmeli ki her genetik veri değil yalnızca hastalığın teşhis ve tedavisine yardımcı olacak genetik verilerin işlenmesi uygundur. Zira hastalığın tedavisine yarar sağlamayan genetik verilerin işlenmesi sonucunda kişiler ayrımcılık ile karşı karşıya kalabilmektedir. Sonuç olarak genetik veriler niteliksel olarak sağlık verilerinden farklıdır. Böylelikle genetik verinin kişinin sağlığı açısından her daim bir belirleyici olmaması genetik müstesnalık kavramı için haklı bir sebep oluşturmaktadır²⁴.

İkinci olarak ise genetik verinin kendine özgü karakterinden bahsedilerek bu kavramın olması gerektiği savunulmaktadır. Genetik verilerin sağlık verilerinden ayrıştırılmadan sağlık kayıtlarında tutulması ile kişilerin kimliği belirlenebilmektedir. Her bireyin sahip olduğu genetik veriler kişilerin genetik parmak izlerini oluşturmaktadır. Bu kapsamda genetik verilerin kendine özgü özellikleri mevcuttur. Bu özelliklerin ilki genetik verinin eşsiz ve tamamen kişiye ait olmasıdır. Diğer özellik ise genetik veri sayesinde birçok hastalığın önceden bilinebilmesi ile kişilerin ilaçlara verecekleri tepkinin tahmin edilebilirliğidir. Üçüncü özellik genetik verinin değişmezliğidir. Bu da kişilerin ne yaparlarsa yapsınlar genetik verilerini hayatları boyunca değiştiremeyecekleri anlamına gelmektedir. Genetik veriye ulaşmada testin gerekliliği de bir başka özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira sağlık verisine ulaşma yöntemi ile genetik veriye ulaşma yöntemi farklıdır. Bu veriye ulaşabilmek adına genetik testin uygulanması gerekmektedir. Genetik verilerin kötüye kullanımı sonucunda meydana gelen ayrımcılık da bir başka özellik olarak değerlendirilmektedir. Altıncı özellik genetik verinin sağlık ile hastalık-taki rolüne ilişkindir. Bir başka özellik genetik verinin aile üzerindeki etkileri ile ilgilidir. Genetik verilere erişim sayesinde aile bireyleri hak-

²⁴ James P. Evans, Wylie Burke, “Genetic Exceptionalism. Too Much Of A Good Thing?”, (Çevrimiçi) <https://www.nature.com/articles/gim200877> (Erişim Tarihi: 13.12.2023).

kında da birçok bilgiye sahip olunmaktadır. Böylelikle aile üyelerinin kronik veya sakat bırakıcı hastalıklara ne denli yatkın olduğu ortaya çıkmaktadır. Bir başka önemli özellik ise genetik verinin kişinin izni ve bilgisi olmaksızın elde edilmesine ilişkindir. Zira genetik veriler kişinin tükürük, saçının teli veya yüzeye dökülen diğer dokuları ile kolayca elde edilebilmektedir. Genetik veriye ilişkin tüm bu özellikler göz önünde bulundurulduğunda bu verilere farklı bir koruma tedbirinin getirilmesi oldukça mantıklıdır²⁵.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda genetik verilerin sağlık verilerine göre daha hassas olarak korunması gerektiği düşüncesinden hareketle genetik müstesnalık kavramı ortaya çıkmıştır. Böylelikle genetik verilere özel bir muamele gösterilecektir²⁶.

Genetik müstesnalık kavramını gereksiz bulan ve genetik verilerin diğer kişisel verilerden pek de farklı olmadığını savunan görüşler de bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin bir görüşe göre, her ne kadar genetik veriler bilimsel olarak değerli olsa da bu verilerin kişinin kullandığı sigara, alkol veyahut yaptığı egzersiz bilgisinden daha belirleyici olduğu savunulamazdır. Genetik veri kadar kişinin kilosuna, yeme alışkanlıkları ve posta kodu da kişisel verilerdendir. İşte bu sebeple genetik verilerin diğer kişisel verilerden farklı olmadığı belirtilmektedir²⁷. Bir başka görüşe göre ise yalnızca genetik veriler değil sağlık verilerinin işlenmesi de ayrımcılığa sebep olmaktadır. Bununla birlikte genetik verilerin tanımı kesin olarak yapılamadığından bu verileri sağlık verilerinden ayıran yönler belirsiz kalmaktadır. İşte bu nedenle genetik veriler sağlık verilerinin alt kategorisinde değerlendirilerek bu verilere ilişkin genel kurallara ortaya konmalıdır²⁸.

²⁵ Amy L McGuire, Rebecca Fisher, Paul Cusenza, Kathy Hudson, Mark A Rothstein, Deven McGraw, Stephen Matteson, John Glasser, Douglas E Henley, “Confidentiality, Privacy, And Security Of Genetic And Genomic Test Information In Electronic Health Records: Points To Consider”, (Çevrimiçi) <https://www.nature.com/articles/gim200876> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

²⁶ Evans/Burke, “Genetic Exceptionalism. Too Much Of A Good Thing?”.

²⁷ William Bains, “Genetic Exceptionalism”, s. 213, (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1038/nbt0310-212b> (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

²⁸ Mark A. Rothstein, “Genetic Exceptionalism& Legislative Pragmatism”, s. 27-30, (Çevrimiçi) <https://sci-hub.tw/10.2307/3528825> (Erişim Tarihi: 09.12.2023).

Yukarıda yapılan açıklamalar dahilinde genetik müstesnalık kavramını gerekli bulan görüşlere katıldığımızı belirtmek isteriz. Bunun nedeni genetik verilerin hem kişilerin bizzat kendilerinin hem de üstsoyları ve/veya altsoylarının kalıtsal özelliklerine ilişkin birçok bilgi vermesi sonucunda sağlık verilerine kıyasen çok daha farklı bir kategoride değerlendirilmesidir²⁹.

Bu görüşü destekleyici nitelikte Kişisel Verilerin Korunması Kanununda özel nitelikli kişisel veri kategorisinin altında yer alan sağlık verileri ile genetik veriler ayrı ayrı düzenlenmektedir. Ancak KVKK'da bu iki verinin tanımına yer verilmemekle birlikte kişisel verilerin korunmasına ilişkin terimler sözlüğünde kişisel sağlık verisi, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisi olarak tanımlanmaktadır. 2019 tarihli Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelikte ise kişisel sağlık verisi, *“kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgileri”* olarak ifade edilmektedir. Genetik verinin terimler sözlüğünde yer alan tanımına ise uluslararası ve ulusal kişisel veri düzenlemeleri kapsamında genetik veriler başlığında yer verdiğimiz hatırlatarak, tanımlar arasındaki farklılıklardan ilkinin sağlık verisinin gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin bilgiler içermesi iken, genetik verinin ise gerçek kişinin fizyolojisi veya sağlığı ile ilgili benzersiz bilgiler içermesi olduğu belirtilmelidir. Tanımda yer verilen benzersiz bilgi tabiri iki verinin farklılığını gözler önüne sermektedir. Zira genetik müstesnalık kavramını savunan görüşlerde de anlatıldığı üzere genetik veriler yalnızca kişiye özgü olup benzersizdir. Bu da bu verinin sağlık verisinden farkını ortaya koymaktadır. Tanımlar arasındaki ikinci farklılık ise sağlık verisinin aksine genetik verinin kalıtım yoluyla elde edilmesidir.

II. GENETİK VERİLERİN İŞLENMESİ

Bireylerin gerek sosyal gerekse de iş yaşamlarında genetik verilerinin işlenmesi oldukça önemli bir yere sahiptir. Bunun nedeni genetik verilerin birçok alanda kullanılması ve buna bağlı olarak kişilerin gene-

²⁹ Nüket Örnek Büken, Çağrı Zeybek Ünsal, “Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Biyomedikal Alana Yansımaları Açısından Değerlendirilmesi”, s. 42, (Çevrimiçi) <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C7S2makale2.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

tik ayrımcılık tehditlerine maruz kalabilmesidir. Genetik ayrımcılık ve bunun gibi tehditlerin önlenmesi adına genetik verilerin işlenmesi mevzuat kapsamında kurallara bağlanmıştır. İşte bu bölümde genetik verilerin işlenmesi konusu hem Genel Veri Koruma Düzenlemesi hem de Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında ele alınacaktır.

GVKD'nin 4. maddesinin 2. fıkrasında veri işleme faaliyeti, “Otomatik yöntemlerle olsun veya olmasın, kişisel veri veya kişisel veri setleri üzerinde gerçekleştirilen toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, saklama, uyarılma veya değiştirme, elde etme, danışma, kullanma, iletim yoluyla açıklama, yayma veya kullanıma sunma, uyumlaştırma ya da birleştirme, kısıtlama, silme veya imha gibi herhangi bir işlem veya işlem dizisidir.” olarak düzenlenmiştir.

KVKK'da ise 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 hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” şeklinde ifade edilmektedir.

Yukarıda yer verilen ifadeler kişisel verilerin işlenmesine yönelik genel düzenlemeler olsa da özel nitelikli kişisel veri olan genetik verilerin işlenmesi de bu tanımlar kapsamında yapılacaktır. Bu doğrultuda “işlenmiş özel nitelikli veri olarak genetik veri” kavramından bahsedilebilecektir³⁰. Genel düzenlemeler kapsamında genetik verinin işlenmesi, genetik verinin ilk defa elde edilmesinden başlamak üzere bu veriler üzerinde gerçekleştirilen kaydetme, depolama, muhafaza etme, değiştirme, yeniden düzenleme, açıklama, aktarma, devralma, elde edilebilir hale getirme, sınıflandırma veya kullanımını engelleme gibi faaliyetleri içermektedir. Böylelikle genetik verinin işlenmesi birden fazla faaliyeti bünyesinde barındırmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde genetik verinin işlenmesi için gereken faaliyetlerin fazlalığı ve kapsamının geniş olmasından ötürü genetik verilerin işlenmesi konusu sınırlandırılarak anlatılacaktır. Böylelikle bu

³⁰ Cemal Başar, “Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir, 2019, s. 87.

bölümde işleme faaliyetlerinin her birinin açıklanmasından ziyade yalnızca genetik verilerin işlenme şartları incelenecektir. Bu inceleme yapılırken ilk olarak AB üyesi devletler açısından bağlayıcı niteliğe sahip olan Genel Veri Koruma Düzenlemesinde yer alan genetik verilerin işlenme şartlarına yer verilecektir. Burada vurgulanması gereken husus bu düzenlemenin AB üye devletleri ile sınırlı olmaksızın AB vatandaşları ile GVKD'nin uygulama alanındaki herkese koruma sağlamasıdır³¹. Bu sebeple Türkiye, AB üyesi olmasa da GVKD'de yer alan kişisel verilerin korunmasına dikkat etmelidir³². İkinci olarak ise genetik verilerin işlenme şartları KVKK kapsamında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

A. GENEL VERİ KORUMA DÜZENLEMESİ KAPSAMINDA GENETİK VERİLERİN İŞLENME ŞARTLARI

Genel Veri Koruma Düzenlemesinin 9. maddesinde “özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenmesi” 4 fıkra halinde şu şekilde düzenlenmiştir³³:

“1. Irk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğinin ifşa edildiği kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır.

2. 1. paragraf aşağıdakilerden birinin geçerli olması halinde uygulanmaz:

(a) Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde 1. paragrafta belirtilen yasağın veri sahibi tarafından kaldırılamayacağına ilişkin bir hüküm sağlanması haricinde, veri sahibinin belirtilen bir veya daha fazla sayıda amaca yönelik olarak söz konusu kişisel verilerin işlenmesine açık bir şekilde rıza göstermesi;

³¹ Kişisel Verileri Koruma Kanunu ve AB Genel Veri Koruma Tüzüğü Arasındaki Farklılıklar Nelerdir, (Çevrimiçi) http://kkhukuk.com/wp-content/uploads/2018/07/KK-Hukuk_KVKK-ve-GDPR-Arasindaki-Farkliliklar-Nelerdir_28072018.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

³² Maximilian Von Grafenstein, “Kişisel Sağlık Verileri Yönünden Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation-GDPR)”, **Kişisel Sağlık Verileri II. Ulusal Sempozyumu**, 03-04 Haziran 2017, İstanbul, s. 19.

³³ Murat Volkan Dülger, **Bilişim, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet İletişimi Mevzuatı**, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018, s. 513-514.

(b) Birlik veya üye devlet hukuku çerçevesinde ya da üye devlet hukuku uyarınca yapılan ve veri sahibinin temel hakları ve menfaatlerine yönelik uygun güvencelerin sağlandığı bir toplu sözleşme çerçevesinde izin verildiği sürece, kontrolörün veya veri sahibinin istihdam ve sosyal güvenlik ve sosyal hukuku koruma alanındaki yükümlülüklerinin gerçekleştirilmesi ve spesifik haklarının kullanılması amacıyla işleme faaliyetinin gerekmesi;

(c) veri sahibinin fiziksel veya hukuki olarak rıza veremeyecek durumda olması halinde, veri sahibi veya başka bir gerçek kişinin hayati menfaatlerinin korunması açısından işleme faaliyetinin gerekli olması;

(d) işleme faaliyetinin bir vakıf, birlik veya kâr amacı gütmeyen başka bir organ tarafından siyasi, felsefi, dini veya sendika amacıyla uygun güvencelerle birlikte yürütülen meşru faaliyetleri esnasında işleminin ve yalnızca organın üyeleri veya eski üyeleri ya da amaçlarıyla bağlantılı olarak kendisi ile düzenli olarak temas halinde bulunan kişilerle ilgili olması ve kişisel verilerin veri sahiplerinin rızası olmaksızın söz konusu organ dışında açıklanmaması koşuluyla gerçekleştirilmesi;

(e) işleme faaliyetinin veri sahibi tarafından açık bir biçimde kamuya açıklanan kişisel verilerle ilgili olması;

(f) yasal iddialarda bulunulması, bu iddiaların uygulanması veya savunulması açısından veya mahkemeler kendi yargı yetkisi çerçevesinde hareket ettiğinde, işleme faaliyetinin gerekmesi;

(g) gözetilen amaçla orantılı olan, veri koruma hakkının özüne saygı gösteren ve veri sahibinin temel hakları ve menfaatlerinin güvence altına alınması adına uygun ve spesifik tedbirler sağlayan Birlik veya üye devlet hukukuna dayalı olarak kayda değer ölçüde kamu yararı adına nedenlerden ötürü işleme faaliyetinin gerekmesi;

(h) koruyucu hekimlik veya meslek hekimliği amaçları doğrultusunda, Birlik ya da üye devlet hukukuna dayalı olarak veya bir sağlık profesyoneli ile yapılan sözleşme uyarınca ve 3. Paragrafta atıfta bulunan koşullar ve güvencelere tabi olarak çalışanın çalışma kapasitesinin değerlendirilmesi, tıbbi tanı, sağlık veya sosyal bakım hizmetlerinin veya tedavinin sağlanması ya da sağlık veya sosyal bakım sistemleri ve hizmetlerinin yöneltmesi açısından işleme faaliyetinin gerekli olması;

(i) özellikle mesleki gizlilik olmak üzere veri sahibinin hakları ve özgürlüklerine ilişkin güvence sağlanmasına uygun ve spesifik tedbirler sağlayan Birlik veya üye devlet hukukuna dayalı olarak, sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi tehditlere karşı koruma sağlanması veya sağlık hizmetleri ve tıbbi ürünler ya da tıbbi cihazlara ilişkin yüksek kalite ve emniyet standartları sağlanması gibi halk sağlığı alanında kamu yararına yönelik olarak işleme faaliyetinin gerekmesi;

(j) gözetilen amaçla orantılı olan, veri koruma hakkının özüne saygı gösteren ve veri sahibinin temel hakları ve menfaatlerinin güvence altına alınmasına uygun ve spesifik tedbirler sağlayan Birlik veya üye devlet hukukuna dayalı olarak, 89(1) maddesi uyarınca kamu yararına yönelik arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihi araştırma amaçları ya da istatistiki amaçlar doğrultusunda işleme faaliyetinin gerekmesi.

3. 1. paragrafta atıfta bulunulan kişisel veriler Birlik ya da üye devlet hukuku kapsamındaki mesleki gizlilik yükümlülüğü veya ulusal yetkin organlar tarafından konan kurallara tabi olarak bir profesyonel tarafından veya söz konusu profesyonelin sorumluluğu altında ya da Birlik ya da üye devlet hukuku kapsamındaki mesleki gizlilik yükümlülüğü veya ulusal yetkin organlar tarafından konan kurallara tabi olarak başka bir kişi tarafından işlendiğinde, söz konusu veriler 2. paragrafın (h) bendinde atıfta bulunulan amaçlara yönelik olarak işlenebilir.

4. Üye Devletler genetik veriler, biyometrik veriler veya sağlık ile ilgili veriler ile alakalı olarak sınırlamalar da dahil olmak üzere ek koşullar uygulamaya devam edebilir ya da ek koşullar getirebilir.”

Bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik verilerinin işlenmesi kural olarak yasaklanmıştır³⁴. Düzenlemenin 2. fıkrası ise genetik verilerin işlenmesinin hangi şartlarda yapılacağına yöneliktir. Üçüncü fıkrada ise genetik verilerin, Birlik veya üye devlet hukuku kapsamındaki mesleki gizlilik yükümlülüğü bulunan veya ulusal yetkin organlar tarafından konulan kurallar kapsamında bir profesyonel tarafından veya profesyonelin sorumluluğu altında ya da aynı kurallar kapsamında başka bir kişi tarafından işlendiğinde koruyucu hekimlik veya meslek hekimliği amaçları doğrultusunda işlenebileceği düzen-

³⁴ Handbook On European Data Protection Law, 2018 Edition, s. 96, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

lenmiştir. Düzenlemenin son fıkrasında ise genetik verilere yönelik önemli bir konuya temas edilmektedir. Bu doğrultuda üye devletler genetik veriler konusunda sınırlamalar da dahil olmak üzere ek koşullar uygulamaya devam edebilecek veya ek koşullar getirebilecektir.

B. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU KAPSAMINDA GENETİK VERİLERİN İŞLENME ŞARTLARI

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6. maddesinde “özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları” 4 fıkra halinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“(1) 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 mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkra da sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

(4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.”

Bu madde irdelediğinde genetik verilerin işlenme şartları kapsamında üç unsurdan bahsetmek gerekmektedir. İlk unsur genetik verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğudur. İkinci unsur genetik verilerin, kanunlarda öngörülen hallerde ilgilinin açık rızası olmaksızın dahi işlenebileceğidir. Üçüncü unsur ise genetik verilerin açık rıza ile veya kanunlarda öngörülen hallerde olması fark et-

meksizin Kişisel Verileri Koruma Kurulu³⁵ tarafından alınacak önlemler doğrultusunda işlenmesidir.

Yukarıda sayılan üç unsur kapsamında genetik verilerin işlenme şartları aşağıdaki şekilde incelenecektir.

1. Genetik Verilerin Açık Rıza Kapsamında İşlenmesi

Genetik verilerin kural olarak ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaklanmıştır³⁶. Bu da kişilerin verecekleri açık rıza doğrultusunda genetik verilerinin işlenebilmesi anlamına gelmektedir. Kişilerin vereceği açık rıza, KVKK'nın 3. maddesinde belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım doğrultusunda kişiler genetik verilerinin hangilerinin işleneceğini bilerek, genetik verilerinin işlenmesi konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilerek ve genetik verilerinin işlenmesine özgür iradeleri ile rıza gösterdikleri takdirde açık rıza unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Kişilerin verdiği açık rızanın genetik verinin elde edilmesinden başlamak üzere veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsamı gerekmektedir³⁷. Genetik veri kavramını açıklarken bu verinin elde edilmesine yarayan genetik testlere de değinilmiş idi. Bu doğrultuda kişilere genetik tanı testleri uygulanırken de kişiler bilgilendirilerek açık rızalarının alınması gerekmektedir³⁸. Genetik verinin işlenmesinde verilecek açık rıza herhangi bir şekil şartına bağlanmamışsa da ispat açısından rızanın yazılı bir şekilde verilmesinin daha uygun olduğu ifade edilmektedir³⁹. Kişilerin genetik verilerinin geleceğini belirleme hakkı kendilerine ait olduğundan açık rızanın geri alınması da mümkün olmaktadır. Böylelikle açık rıza geri alındığı takdirde genetik verinin işlenmesine yönelik faaliyetler durdurulmaktadır⁴⁰.

³⁵ “Kurul” olarak kısaltılmaktadır.

³⁶ Şerafettin Ekici, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023, s. 315.

³⁷ Başar, “Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Koruması”, s. 93.

³⁸ Hülya Kayserili Karabey, “Çocuk Hastalıkları Ve Genetik Veriler”, **Kişisel Sağlık Verileri “Genetik” Sempozyumu**, 06 Mayıs 2018, İstanbul, s. 62.

³⁹ Sevgi Türkmen, “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 113.

⁴⁰ 100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, s. 29, (Çevrimiçi)

Bu açıklamalar doğrultusunda ilk bölümde kısaca değinilen Genetik Hastalıklar Değerlendirme Merkezleri Yönetmeliğinin kapsamının incelenmesi gerekmektedir. Bu yönetmelik, devlet ve vakıf üniversiteleri, kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk tüzel kişilerine ve gerçek kişilere ait genetik hastalıklar değerlendirme merkezlerini kapsamaktadır. Bu kapsama giren merkezlerde genetik veriler işlenebilmektedir. Bu nedenle bu merkezlerin uygulamaları konusunda bazı örneklerle yer verilmesi faydalı olacaktır.

Bu kapsamda ilk olarak Hacettepe Üniversitesi Tıbbi Biyoloji Anabilim Dalı bünyesinde yer alan Genombilim ve Nadir Hastalıklar Uygulama ve Araştırma Merkezi (HÜGEN)’nden bahsetmek gerekmektedir. HÜGEN’in çalışma konumuzu ilgilendiren görevleri Hacettepe Üniversitesi Genombilim Ve Nadir Hastalıklar Uygulama Ve Araştırma Merkezi Yönetmeliğinde şu şekilde ifade edilmektedir:

“- Genombilim araştırmalarındaki temel bilimsel buluşların nadir hastalıkların tanı ve tedavisindeki uygulamalar ve ticarileşebilir ürünlerle dönüştürülmesi için araştırmalar yapmak,

- Nadir hastalıklarda yürütülen çalışmalar sonucunda elde edilen yüksek ölçekli genomik verilerin klinik açıdan yorumlanabilmesi için klinik biyoenformatik alanında ortak araştırma projeleri yürütmek,

- Nadir hastalıklarda tanı amaçlı yeni genetik testlerin geliştirilmesi ve yeni tedavi protokollerinin oluşturulması için çalışmalar yapmak,

- Nadir hastalıklar için ulusal veri tabanının oluşturulmasını ve hasta kayıt sistemlerinin uluslararası sistemler ile uyumunu sağlamak,

-Nadir hastalıklar ve genombilim alanında ulusal koordinasyon merkezi konumunda yapılacak çalışmalarla klinik/temel araştırmalarda, hasta hizmetlerinde sürdürülebilirliği sağlamak ve uluslararası tanınırlığı arttırmaktır.”

Bu görevler kapsamında ve toplumda nadir görülen kalıtsal hastalıkların tanı, tedavi, ilaç geliştirme gibi çalışmalara araştırma altyapısı sağlamak amacıyla HÜGEN tarafından kişilerden biyolojik örnekler

alınmaktadır. Bu örneklerin eldesi, işlenmesi gibi konularda ise ulusal/uluslararası biyobanka yönetişimi çerçeve kuralları işletilmektedir⁴¹.

UNESCO Milli Komisyonu tarafından 2015 tarihli danışma toplantısında alınan karar doğrultusunda hazırlanan Biyobanka Yönetişiminde; biyobankalar, biyolojik örneklerin ve bunlarla ilişkili tıbbi, kişisel ve epidemiyolojik verilerin biyomedikal araştırmalar ve tanı hizmetlerine açılmak amacıyla kurulan, örneklerin kalite güvence sistemleri ile korunduğu ve örnekleri veren gönüllülerin haklarını koruyacak şekilde etik/hukuk/bilgilendirilmiş onam gibi yönetim sistemlerinin uygulandığı alt yapılar olarak tanımlanmaktadır⁴².

Araştırma Biyobankacılığı Etik Rehberinde, hücre, hücre hatları, DNA, RNA, protein gibi örneklerin biyobankalarda saklanacağı ve arşivleneceği belirtilmektedir⁴³. Bununla birlikte önemli bir konu da biyobankalarda saklanacak ve arşivlenecek olan genetik verilerin işlenmesinde açık rızanın alınması yöntemidir. Bu kapsamda Hacettepe Üniversitesi tarafından KVKK'ya uygun olarak Biyobanka Onam Formu hazırlanmıştır⁴⁴.

İkinci örnek olarak ise Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Genetik Hastalıklar Tanı Merkezi verilecektir. Bu hastanede, kendisinde veya ailesinde genetik rahatsızlık bulunan hastalara tanı konabilmesi için genetik testler uygulanmakta ve genetik verilerin işlenmesi amacıyla açık rıza alınması gereken kişilere genetik istem formu imzalatılmaktadır⁴⁵.

⁴¹ Hacettepe Üniversitesi Biyobanka Onam Formu, (Çevrimiçi) <http://www.hugen.hacettepe.edu.tr/onamformu130217.pdf> (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

⁴² Biyobanka Yönetişimi, (Çevrimiçi) <http://www.unesco.org.tr/Pages/537/73/Biyobanka%20Y%C3%B6neti%C5%9Fi> mi (Erişim Tarihi: 16.12.2023).

⁴³ Hacettepe Üniversitesi Araştırma Biyobankacılığı Etik Rehberi, s. 1, (Çevrimiçi) http://www.hugen.hacettepe.edu.tr/etik_biyobankaciliketikrehberi.pdf (Erişim Tarihi: 14.12.2023).

⁴⁴ Hacettepe Üniversitesi Biyobanka Onam Formu.

⁴⁵ Ankara Numune Eğitim Ve Araştırma Hastanesi Moleküler Genetik Laboratuvarı Genetik İstem Formu, (Çevrimiçi) <https://dosyahastane.saglik.gov.tr/Eklenti/35996,blfr459-molekuler-genetik-laboratuvarı-genetik-istem-formupdf.pdf?0> (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

Her iki kurum tarafından düzenlenmiş olan biyobanka onam formu ile genetik istem formu açık rızanın yazılı olarak alınmasına örnek olarak verilmektedir.

İzmir Sağlık Bilimleri Üniversitesi Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesinin Genetik Hastalıklar Tanı Merkezinde de genetik veriler işlenmektedir. Bu hastanenin örnek olarak seçilmesinin nedeni ülkemizde ilk defa SGK kapsamındaki bazı vatandaşlara ücretsiz olarak genetik testlerin yapılması uygulamasının bu merkezde başlamasıdır. Zira bu genetik testlerin yapılması belli bir ücret gerektirmektedir. Böylelikle bu merkezde başlatılan uygulama ile SGK, belli koşullar dahilinde genetik test ödemelerini üstlenmektedir⁴⁶.

Bu konuda verilecek son örnek ise Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı (TÜSEB) bünyesinde resmi olarak başlatılan Türkiye Genom Projesine ilişkindir. Oldukça yeni olan projenin altyapısı hakkında kısaca bilgi vermek gerekmektedir. 2016 tarihinde TÜSEB çatısı altında yer alan Genom ve Biyoenformatik Birimi, Türkiye Genom Projesini hayata geçirme yolunda karar almıştır. Bu kararın alınması konusunda ülkemizde yaklaşık 25 yıldır yapılan genetik çalışmalar ve gen keşifleri ile bu konuda çalışacak uzmanların olması etkili olmuştur. Bu kapsamda ilgili birim bu projeyi başlatırken bazı temel başlıklar konusunda değerlendirmeler yapmıştır. Burada bu temel başlıklardan yalnızca konumuzu doğrudan ilgilendirenlere değinilecektir. Bu temel başlıklardan ilki, etik ve hukuk bağlantısıdır. Bu da kişisel verilerin korunması kanunu ile kişisel verilere ilişkin diğer düzenlemelerin, genetik verileri korumada yeterli olup olmaması ve kişilerden genetik verileri işlenmeden önce alınacak onam formlarının neleri içerdiğine ilişkindir. İkinci temel başlık ise verilerin hangi amaca hizmet edeceğine ilişkindir. Bu doğrultuda öncelik nadir ve kompleks hastalıklar ile kanser hastalığına verilmiştir. Bir başka başlık biyobankalara ilişkindir. Bu kapsamda ülkemizde “Ulusal Biyobanka” kurulmasının gerekliliği yönünde karar alınmıştır.

⁴⁶ Türkiye'nin Genetik Veri Tabanı Oluşturulacak, **Sağlık Aktüel**, 27.02.2015, (Çevrimiçi) <https://www.saglikaktuel.com/haber/turkiyenin-genetik-veri-tabani-olusturulacak-44529.htm> (Erişim Tarihi: 18.12.2023). Ayrıca bkz. Genetik Hastalıklar Tanı Merkezi, İzmir Sağlık Bilimleri Üniversitesi Tepecik Eğitim Ve Araştırma Hastanesi, 18.05.2018, (Çevrimiçi) <https://tepecikeah.saglik.gov.tr/TR,166593/genetik-hastaliklar-tani-merkezi.html> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

Son olarak ise Türkiye Genom Projesinin nasıl işleyeceğine dair bir akış şeması çıkarılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak gönüllü tarafından onam formu doldurulacak, gönüllüden yeter miktarda kan örneği alınacak ve sonrasında bu örnek Ankara Aziz Sancar Araştırma Geliştirme Merkezi'ne transfer edilerek aynı yerde DNA izolasyonu ve kalite kontrolleri yapılacaktır. Aynı merkezde genom dizilimleri yapılacak, saklanacak ve bu veriler ilgili araştırmacılara açık hale getirilecektir⁴⁷.

Böylelikle, Kişisel Verileri Koruma Kurumu bünyesinde hazırlanan “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları” kılavuzunda da ifade edildiği üzere Türkiye Genom Projesi gibi bilimsel faaliyetlerde kullanılmak üzere genetik verilerin işlenmesi konusunda gönüllülerin rızalarının alınması açık rıza olarak nitelendirilmektedir⁴⁸.

2. Genetik Verilerin Kanunlarda Öngörülen Hallerde İşlenmesi

Genetik veriler açık rıza olmaksızın kanunlarda öngörülen hallerde işlenebilmektedir. Bu işlemenin ayrıntılarına girmeden önce genetik veriler ile sağlık verileri arasında yapılan ayrıma değinilmesi gerekmektedir. Zira genetik veriler açısından böyle bir düzenleme yapılmışsa da sağlık verileri bu durumun istisnası olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda sağlık verileriancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla kişinin açık rızası olmaksızın işlenebilecektir. Düzenlemenin eleştirilecek yanı önceki bölümlerde de ifade edilen genetik verilerin sağlık verilerine kıyasen daha özellikli bir nitelik taşıdığından bahisle iki veri arasında böyle bir ayrıma gidilmesidir. Zira kanunlarda öngörülen hallerde genetik verilerin işlenmesi ile herhangi bir sınırlama kestirilemezken, sağlık verilerinin işlenmesi ise ancak sayılan amaçlar ile işlenebilecektir. Bu değerlendirmenin ardından genetik verilerin kanunlarda öngörülen hallerde işlenmesine ilişkin ilk olarak çalışmanın ilk bölümünde de değinilen Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili maddeleri irdelenecektir.

⁴⁷ Ali Kılıç, “Türkiye Genom Projesi”, **Kişisel Sağlık Verileri “Genetik” Sempozyumu**, 06 Mayıs 2018, İstanbul, s. 26-29.

⁴⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, **Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları**, s. 5, (Çevrimiçi) <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5238/Ozel-Nitelikli-Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari> (Erişim Tarihi: 21.12. 2023).

Bu doğrultuda suçların önlenmesi ve suçun işlenmesinin ardından soruşturma ve kovuşturma evrelerinde özel nitelikli kişisel veriler kişilerin rızası olmaksızın dahi işlenmektedir. Bu kapsamda Ceza Muhakemesi Kanununun 78. maddesi açıklanacaktır⁴⁹. Bu madde “moleküler genetik incelemeler” başlığı ile düzenlenmiştir. Bu madde ile ilk bölümde de vurguladığımız vücuttan alınan kan veya benzeri biyolojik örneklerin yanı sıra saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler üzerinde soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespitinin zorunlu olması halinde moleküler genetik inceleme yapılacaktır. Bununla beraber bu amaçlar haricinde moleküler genetik inceleme yapmak kanunda yasaklanmıştır.

Bu amaçlardan soybağının tespitine yalnızca suçun aydınlatılması konusunda başvurulabileceğini belirtmek gerekmektedir. Bunun yanı sıra elde edilen bulgunun şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığının tespitinin zorunlu haller ile sınırlandırılmasının bir nedeni kamusal yarar ile bireyin yararı arasında denge gözetmektir⁵⁰. Kanunun 75. maddesinin 5. fıkrasında kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük ve tırnak gibi örneklerin üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda alınamayacağı düzenlenmiştir. Son olarak kanunda bu verilerin kimlerin istemi ile alınacağı da düzenlenmiştir. Buna göre şüpheli veya sanık için verilerin alınmasına Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Verilerin alınması mağdurun rızası kapsamında olabileceği gibi mağdurun rıza vermemesi halinde Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar ile alınmaktadır. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat için-

⁴⁹ Ayşe Özge Atalay, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 7, S. 2, 2019, s. 134.

⁵⁰ a.e., s. 142-144.

de kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler Ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik 18. maddesinde mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin aydınlatılmış olmalarına rağmen genetik verinin ortaya çıkmasına yardımcı olacak örnekleri vermemeleri halinde, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından gereken önlemlerin alınacağı düzenlenmiştir.

Genetik verilerin açık rıza olmaksızın işlenmesine yönelik bir başka düzenleme olan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 292. maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Soybağı tespiti için inceleme

MADDE 292- (1) *Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.*

(2) *Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğten kaçınamaz.”*

Bu düzenleme uyarınca soybağı tespitinin kamu düzeni açısından önemi göz önünde bulundurularak kişisel verinin açık rıza olmaksızın alınması söz konusu olmaktadır. Soybağının kişiden alınacak tırnak, saç, kan veya yanaktan elde edilen sürüntü sayesinde kolayca tespit edilmesi ve bu şekilde kişinin vücut bütünlüğünün ihlal edilmeyeceği ifade edilerek biyolojik örneklerin zorla alınmasının hukuka aykırı bir yanı olmadığı ifade edilmektedir⁵¹.

3. Genetik Verilerin İşlenmesine Yönelik Önlemler

Kanun koyucu genetik verileri de içine alan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak alınacak önlemlerin belirlenmesi konusunda Kurulu görevlendirmiştir. Bu doğrultuda, “Özel Nitelikli Kişisel

⁵¹ Özlem Tüzüner, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 4, 2013, s. 1158.

Verilerin İşlenmesinde Veri Sorumlularınca Alınması Gereken Yeterli Önlemler” başlıklı 31.08.2018 tarih ve 2018/10 sayılı karar Kurul tarafından kabul edilmiştir. Bu önlemler Kurul kararında 6 madde halinde belirtilmiştir. İlk madde verilerin güvenliğine yönelik sistemli, kuralları net bir şekilde, yönetilebilir ve sürdürülebilir ayrı bir politika ve prosedürün belirlenmesine ilişkindir. Buradan anlaşıldığı üzere özel nitelikli kişisel verilerin güvenliği konusunda ayrı bir politika ve prosedür geliştirilmesi şarttır.

Kararın ikinci maddesi ise özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi sürecinde yer alan çalışanlara yöneliktir. Böylelikle bu çalışanlara özel nitelikli kişisel veri güvenliği konularında düzenli olarak eğitimler verilmesi, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi konusunda gizlilik sözleşmeleri yapılması, bu verilere erişim konusunda yetki sahibi kişilerin yetkilerinin kapsam ve sürelerinin kesin bir şekilde tanımlanması, periyodik olarak yetki kontrollerinin yapılması ve son olarak yetki sahibi kişi görevinden ayrılır veya görev değişikliği yapar ise yetkilerinin derhal kaldırılarak veri işleme envanterinin kendisinden iade alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

Kararın üçüncü ve dördüncü maddelerinde özel nitelikli kişisel verilerin işlendiği, muhafaza edildiği ve/veya erişildiği ortamların elektronik ve fiziksel olması durumunda ne gibi önlemlerin alınacağı düzenlenmiştir. Bu doğrultuda ilk olarak elektronik ortamda muhafaza edilen veya erişim sağlanan özel nitelikli kişisel verilere ilişkin önlemler düzenlenmiştir. Bu önlemler üçüncü maddede şu şekilde belirtilmiştir: Verilerin kriptografik yöntemler ile muhafazası, kriptografik anahtarların güvenli ve farklı ortamlarda tutulması, verilere yönelik gerçekleştirilen tüm işlem kayıtlarının güvenli olarak loglanması, verilerin bulunduğu ortamlardaki güvenlik güncellemeleri ile güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması, verilere erişim bir yazılım aracılığı ile yapılıyorsa yazılım kullanıcılarının yetkilendirilmesi, yazılımların güvenlik testlerinin düzenli olarak yapılması ve son olarak verilere uzaktan erişimin en az iki kademeli kimlik doğrulama sistemi ile yapılmasıdır. Dördüncü maddede ise verilerin bulunduğu fiziksel ortamın niteliğine göre elektrik kaçağı, yangın, su baskını gibi durumlara karşı yeterli güvenlik önlemlerinin alınması ve fiziksel ortamların güvenliğinin sağlanarak yetkisiz giriş ve çıkışların engellenmesi gerekliliği düzenlenmiştir.

Kararın beşinci maddesinde ise özel nitelikli kişisel verilerin aktarımına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu konuda elektronik ortamda yer alan verilerin e-posta, taşınabilir bellek, CD, DVD gibi yollarla aktarılması ile fiziksel ortamda yer alan verilerin aktarılmasına ilişkin önlemlere de yer verilmiştir. Son maddede ise Kişisel Veri Güvenliği Rehberinde⁵² belirtilen güvenlik düzeyini temin etmek amacıyla teknik ve idari tedbirlerin alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bu rehberde yer alan idari önlemler beş başlık altında şu şekilde düzenlenmiştir: Mevcut risk ve tehditlerin belirlenmesi, çalışanların eğitilmesi ve farkındalık çalışmaları yapılması, kişisel veri güvenliği politikalarının ve prosedürlerinin belirlenmesi, kişisel verilerin mümkün olduğunca azaltılması ve veri işleyenler ile ilişkilerin yönetimidir. Teknik tedbirler ise siber güvenliğin sağlanması, kişisel veri güvenliğinin takibi, kişisel veri içeren ortamların güvenliğinin sağlanması, kişisel verilerin bulutta depolanması, bilgi teknolojileri sistemleri tedariği, geliştirme ve bakımı ile kişisel verilerin yedeklenmesi olarak altı başlık altında düzenlenmiştir.

SONUÇ

Kişiyi tanımlamaya dair eşsiz özellikler taşıyan ve korunmaya değer bir veri türü olan genetik veri kavramının, kişisel veri bağlamında korunmasına yönelik düzenlemeler gerek Avrupa Birliği Hukuku gerekse de Türk Hukukunda oldukça yeni yapılmıştır. Zira 95/46/EC sayılı direktifte her ne kadar kişisel verilerin korunmasına yönelik kapsamlı bir düzenleme yapılmış olsa da genetik veri ayrıca koruma altına alınmamıştır. Bununla birlikte 2018 tarihinde yürürlüğe giren GVKD’de ise genetik veri kişisel verilere oranla daha hassas bir şekilde koruma altına alınmıştır. Türk Hukukunda ise genetik veri, 2016 tarihinde yürürlüğe giren KVKK’da özel nitelikli kişisel veri olarak düzenlenmiştir.

Genetik verilerin işlenmesi GVKD’de açıklanan şartlar kapsamında yapılmaktadır. KVKK’da ise genetik verilerin açık rıza olmaksızın işlenmesi yasaklanmıştır. Ancak bunun istisnası kanunlarda öngörülen hallerde genetik veri işleminin yapılabilmesidir. Ayrıca GVKD ile üye devletlerin genetik verilere ilişkin sınırlamalar da dahil olmak üzere ek

⁵² Kişisel Verileri Koruma Kurumu, **Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler)**, (Çevrimiçi) https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf (Erişim Tarihi: 21.12.2023).

koşullar uygulayacağı düzenlenmektedir. KVKK'da ise genel olarak özel nitelikli kişisel veriler için geçerli önlemlerin Kurul tarafından alınacağı düzenlenmiştir. Ancak genetik verilerin kendine has özellikleri göz önünde bulundurulduğunda Kurul'un bu verilere özgü daha güçlü önlemler almasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

Ülkemizde özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilen sağlık verilerine ilişkin birçok düzenleme yapılmasına rağmen, bizim de katıldığımız görüşler doğrultusunda genetik verilerin sağlık verilerine göre daha hassas bilgiler içermesinden bahisle genetik verilere yönelik ayrı düzenlemelerin yapılmaması büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda kanaatimiz, yapılacak düzenlemeler ile genetik verilerin tanımlanarak sağlık verilerinden farklılıklarının net bir şekilde ortaya konmasıdır.

Genetik alanında çalışan Prof. Dr. AKARSU, genetik verinin işlenmesi, depolanması ve paylaşılması konularında uluslararası uygunluk kapsamında düzenlemeler yapılması gerekliliğini vurgulamaktadır⁵³. Biz de ülkemizde birçok genetik tanı merkezi bulunması, bu merkezlerde aktif olarak genetik testler yapılması ve Türkiye Genom Projesinin ulusal ölçekte başlatılması göz önünde bulundurulduğunda genetik verilere yönelik özel bir düzenleme yapılmasının şart olduğu kanaatindeyiz. Bunun bir nedeni genetik verilerin niteliği sebebiyle yalnızca kişi hakkında değil yakınları ve hatta doğmamış çocukları ile ilgili bilgiler içermesidir. İşte bu nedenle bu verinin yalnızca kişiye ait olamayacağı savunulabilecektir. Bu sebeple genetik verinin işlenme konusunda verilen açık rızadan daha kapsamlı bir rızaya ihtiyaç duyulduğu kanaatindeyiz.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, genetik verilerin kendine has özellikleri olan özel nitelikli kişisel verilerden olmasından bahisle yalnızca KVKK kapsamında korunması yetersizdir. Bu kapsamda genetik verilerin işlenmesi konusunda usuli güvenceler sağlayan başta kanun olmak üzere düzenlemelere ihtiyaç duyulduğunun vurgulanması gerekmektedir.

⁵³ A. Nurten Akarsu, "Genetik Araştırmalar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu", **Kişisel Sağlık Verileri "Genetik" Sempozyumu**, 06 Mayıs 2018, İstanbul, s. 53.

KAYNAKÇA

Akarsu, A. Nurten	“Genetik Araştırmalar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, Kişisel Sağlık Verileri “Genetik” Sempozyumu, 06 Mayıs 2018, İstanbul.
Atalay, Ayşe Özge	“Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi , C. 7, S. 2, 2019.
Başar, Cemal	“Türk İdare Hukuku ve Avrupa Birliği Hukuku Işığında Kişisel Verilerin Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir, 2019.
Dülger, Murat Volkan	Bilişim, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet İletişimi Mevzuatı , Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, Seçkin, 2018.
Ekici, Şerafettin	Bilişim ve Teknoloji Hukuku , Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2023.
Elmas, İmdat	“Üstün Kamu Yararı ve Kişilik Hakları Perspektifiyle Genetik Kimliklendirme ve DNA Veri Bankası”, Adli Genetik Ve Hukuki Boyutu Sempozyumu , 2016, İstanbul.
Grafenstein, Maximilian Von	“Kişisel Sağlık Verileri Yönünden Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation-GDPR)”, Kişisel Sağlık Verileri II. Ulusal Sempozyumu , 03-04 Haziran 2017, İstanbul.
Hare Hayırlıoğlu, Gözde	“Genetik Verilerin Korunması”, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
Kayserili Karabey, Hülya	“Çocuk Hastalıkları Ve Genetik Veriler”, Kişisel Sağlık Verileri “Genetik” Sempozyumu , 06 Mayıs 2018, İstanbul.
Kılıç, Ali	“Türkiye Genom Projesi”, Kişisel Sağlık Verileri “Genetik” Sempozyumu , 06 Mayıs 2018, İstanbul.
Küzeci, Elif	“Genetik Ayrımcılık Yasası”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. XV, S. 1, 2018.
Özbilen, Arif Barış	“İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakkın Hukuki Niteliği ve Bu Maddelerin Hukuki İşlemlere Konu Edilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2011.

Türkmen, Sevgi	“Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller” , İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
Tüzüner, Özlem	“Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 62, S. 4, 2013.

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

100 Soruda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, (Çevrimiçi) https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/7d5b0a2f-e0ea-41e0-bf0b-bc9e43dfb57a.pdf (Erişim Tarihi: 16.12.2023).	
Amy L McGuire, Rebecca Fisher, Paul Cusenza, Kathy Hudson, Mark A Rothstein, Deven McGraw, Stephen Matteson, John Glasser, Douglas E Henley, “Confidentiality, Pricacy, And Security Of Genetic And Genomic Test Information In Electronic Health Records: Points To Consider”, (Çevrimiçi) https://www.nature.com/articles/gim200876 (Erişim Tarihi: 19.12.2023).	
Ankara Numune Eğitim Ve Araştırma Hastanesi Moleküler Genetik Laboratuvarı Genetik İstem Formu, (Çevrimiçi) https://dosyahastane.saglik.gov.tr/Eklenti/35996,blfr459-molekuler-genetik-laboratuari-genetik-istem-formupdf.pdf?0 (Erişim Tarihi: 15.12.2023).	
Biyobanka Yönetişi, (Çevrimiçi) http://www.unesco.org.tr/Pages/537/73/Biyobanka%20Y%C3%B6neti%C5%9Fimi (Erişim Tarihi: 16.12.2023).	
Genetik Hastalıklar Tanı Merkezi, İzmir Sağlık Bilimleri Üniversitesi Tepecik Eğitim Ve Araştırma Hastanesi , 18.05.2018, (Çevrimiçi) https://tepecikeah.saglik.gov.tr/TR,166593/genetik-hastaliklar-tani-merkezi.html (Erişim Tarihi: 19.12.2023).	
<i>Genetik Terimler Sözlüğü</i> , 1 Eylül 2013, (Çevrimiçi) http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2023).	
<i>Hacettepe Üniversitesi Araştırma Biyobankacılığı Etik Rehberi</i> , (Çevrimiçi) http://www.hugen.hacettepe.edu.tr/etik_biyobankaciliketikrehberi.pdf (Erişim Tarihi: 14.12.2023).	
<i>Hacettepe Üniversitesi Biyobanka Onam Formu</i> , (Çevrimiçi) http://www.hugen.hacettepe.edu.tr/onamformu130217.pdf (Erişim Tarihi: 14.12.2023).	
<i>Handbook On European Data Protection Law, 2018 Edition</i> , (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf (Erişim Tarihi: 18.12.2023).	
<i>İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi</i> , (Çevrimiçi) http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/Human-Genetic-Data_Turc.pdf (Erişim Tarihi: 08.12.2023).	

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, (Çevrimiçi) <http://www.unesco.org.tr/Pages/459/73/İnsan%20Genomu%20ve%20İnsan%20Hakları%20Evrensel%20Bildirgesi> (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

James P. Evans, Wylie Burke, “Genetic Exceptionalism. Too Much Of A Good Thing?”, (Çevrimiçi) <https://www.nature.com/articles/gim200877> (Erişim Tarihi: 13.12.2023).

Kişisel Verileri Koruma Kanunu ve AB Genel Veri Koruma Tüzüğü Arasındaki Farklılıklar Nelerdir, (Çevrimiçi) http://kkhukuk.com/wp-content/uploads/2018/07/KK-Hukuk_KVKK-ve-GDPR-Arasindaki-Farkliliklar-Nelerdir_28072018.pdf (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Veri Güvenliği Rehberi (Teknik ve İdari Tedbirler), (Çevrimiçi) https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/veri_guvenligi_rehberi.pdf (Erişim Tarihi: 21.12.2023).

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, (Çevrimiçi) <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5238/Ozel-Nitelikli-Kisisel-Verilerin-Islenme-Sartlari> (Erişim Tarihi: 21.12.2023).

Madde Ve Gerekçesi İle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) Ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, (Çevrimiçi), <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekcesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasına-Iliskin-Terimler-Sozlugu> (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

Mark A. Rothstein, “Genetic Exceptionalism& Legislative Pragmatism”, (Çevrimiçi) <https://sci-hub.tw/10.2307/3528825> (Erişim Tarihi: 09.12.2023).

Nüket Örnek Büken, Çağrı Zeybek Ünsal, “Kişisel Verilerin Korunması Kanununun Biyomedikal Alana Yansımaları Açısından Değerlendirilmesi”, (Çevrimiçi) <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C7S2makale2.pdf> (Erişim Tarihi: 19.12.2023).

Recommendation No. R (97) 5 Of The Committee Of Ministers To Member States On The Protection Of Medical Data, (Çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16804f0ed0> (Erişim Tarihi: 12.12.2023).

Selinda Johnson, “Genetic Testing 101- What Are The Different Types Of Genetic Testing Methods?”, (Çevrimiçi) <https://www.ags-health.com/blog/what-are-the-different-types-of-genetic-testing-methods> (Erişim Tarihi: 09.12.2023).

Turgut Ulutin, “İnsan Genom Projesi”, (Çevrimiçi) <http://www.thd.org.tr/thdData/userfiles/file/turgutulutin.pdf> (Erişim Tarihi: 11.12.2023).

Türk Tabipleri Birliği Tıbbi Genetik Veriler Bildirgesi, (Çevrimiçi) <http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/etik/12.pdf> (Erişim Tarihi: 11.12.2023).

Türkiye Büyük Millet Meclisi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı (1/541) ve Adalet Komisyonu Raporu, (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi: 13.12.2023).

Türkiye'nin Genetik Veri Tabanı Oluşturulacak, Sağlık Aktüel, 27.02.2015, (Çevrimiçi) <https://www.saglikaktuel.com/haber/turkiyenin-genetik-veri-tabani-olusturulacak-44529.htm> (Erişim Tarihi: 18.12.2023).

What is a gene?, (Çevrimiçi) <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/basics/gene> (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

What is DNA?, (Çevrimiçi) <https://ghr.nlm.nih.gov/primer/basics/dna> (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

What is genetic testing?, (Çevrimiçi) https://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/genetic_testing (Erişim Tarihi: 10.12.2023).

William Bains, "Genetic Exceptionalism", (Çevrimiçi) <https://doi.org/10.1038/nbt0310-212b> (Erişim Tarihi: 15.12.2023).

Yann Joly, Ida Ngueng Feze, Lingqiao Song, Bartha M. Knoppers, "Normative Approaches to Address Genetic Discrimination: Placebo or Panacea?", (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2911199> (Erişim Tarihi: 11.12.2023).

**TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ HAMİLE KADINI
TERK SUÇUNUN ALMAN CEZA KANUNU'NDAKİ
HAMİLE KADINA KARŞI NAFKA
YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİ SUÇU İLE İLGİLİ
HÜKÜMLER GÖZETİLEREK
DEĞERLENDİRİLMESİ¹**



Şeyma BAŞARAN²

İYYÜHFD, Cilt: 2 Sayı: 1, Yıl 2024. S. 80-102.

Gönderilme Tarihi 27 Haziran 2024
Kabul Tarihi 18 Temmuz 2024

¹ İş bu çalışma yüksek lisans tez yazım aşamasında, Erasmus öğrenci değişim programı ile Almanya Martin Luther Üniversitesi'nde geçirmiş olduğum 8 ay boyunca yapmış olduğum araştırma ve çalışmaların bir kısmının sadeleştirilmiş ve derlenmiş halidir.

² Öğretim Görevlisi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Adalet Bölümü, Marmara Üniversitesi, Kamu Hukuku ABD, Ceza Hukuku Doktora Öğrencisi, seyma.basaran@yeniuyuzyl.edu.tr , ORCID: 0009-0006-8473-0271

ÖZ

Hamile kadının çaresiz durumda terki Türk Ceza Kanunu'nda bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme ile Alman Ceza Kanunu'nda da karşılaşılmaktadır. Bu çalışmayı yapmaktaki amaç Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen hamile kadının terki suçu ile Alman Ceza Kanunu'ndaki hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçları arasındaki ortak ve farklı noktaları tespit etmektir. Bu bağlamda iki ülkenin hukuki düzenlemelerinde, ailenin, annenin ve doğmamış çocuğun korunmasına ilişkin alınan tedbirlerin mukayesesi yapılmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: hamile kadını terk suçu, hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçu, nafaka, suç, mukayeseli hukuk, alman ceza kanunu

ABSTRACT

The abandonment of pregnant women in case of desperation is regulated as a type of crime in the Turkish Penal Code. A similar regulation is also encountered in the German Criminal Code. The purpose of doing this process is to identify common and different points between the crime of abandoning a pregnant woman regulated in the Turkish Penal Code and the crimes in the German Penal Code on which the burden of alimony towards the pregnant woman is focused. In this context, an attempt will be made to compare the measures taken in the legal regulations of the two countries regarding the protection of the family, mother and unborn child.

Keyword: the crime of violation of the obligation of alimony towards the pregnant woman, German criminal code, the crime of abandoning a pregnant woman

GİRİŞ

Aile toplumun en temel yapı taşıdır. Ülkemizde ve küresel anlamda baktığımızda tüm dünyada ailenin korunması için gerekli tedbirlerin alınması devlete yüklenmiş durumdadır. Bu nedenledir ki birçok ülke yasalarında ailenin ve aile düzeninin korunması yaptırım altına alınmıştır. Ailenin mutluluğu ve huzuru toplumun huzuru ve mutluluğu demektir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının sekizinci bölümünde "Aile Düzenine Karşı Suçlar" düzenlenmiştir. Bu başlığın altında 230. maddesinde "birden çok evlilik", "hileli evlenme", "dinsel tören", 231. maddesinde "çocuğun soy bağına değiştirme", 232. maddesinde "kötü muamele", 233. maddesinde "Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali" ve 234. maddesinde "çocuğun kaçırılması ve alıkonulması" suç olarak düzenlenmiştir.

Alman Ceza Kanunu (AlmanCK) - Strafgesetzbuch (StGB)' un Özel Hükümler kısmının on ikinci bölümünde Kişisel Statü, Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar düzenlenmiştir. Bu başlığın altında, ilgili kanunun 169. maddesinde "kişisel durum ile ilgili sahtecilik", 170. maddesinde "nafaka yükümlülüğünün ihlali", 171. maddesinde "bakım ve eğitim yükümlülüğünün ihlali", 172. maddesinde "birden çok evlilik" ve 173. maddesinde akrabalar arasındaki cinsel ilişki suçları düzenlenmiştir.

Görüleceği üzere her iki ülke de ceza yasalarında aileyi korumaya yönelik tedbirler almış, toplumun düzen ve refahının aile kurumundan başladığının kabulüne yönelik düzenlemelere ceza kanunlarında yer vermişlerdir.

Türk Ceza Kanunu'nun 233. maddesinin 2. fıkrasında hamile kadının terki suç olarak düzenlenmiştir. İlgili fıkra göre "Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar..." hapis cezası verilmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun on ikinci bölümünde kişisel durum, evlilik ve aileye karşı suçlar arasında nafaka yükümlülüğünün ihlali suç olarak düzenlenmiştir (StGB m. 170). İlgili maddenin ilk fıkrasında nafaka yükümlülüğünün ihlali ile ilgili genel bir düzenleme yapılmış, ikinci fıkrasında ise hamile kadına karşı olan nafaka yükümlülüğünün

ihlali ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre “Her kim ki gebe kadına karşı nafaka ödeme yükümü altında iken bu nafakayı kınanabilir bir şekilde ödemez ve bu nedenle çocuğun düşürtülmesini etkilerse beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile...”¹ cezalandırılacaktır².

Bu çalışmamızda Türk Ceza Kanunu’nun 233. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen hamile kadının terk edilmesi suçunun, Alman Ceza Kanunu’nun 170. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçu ile ortak ve farklı yönlerini ortaya koymaya (tespit etmeye) çalışacağız.

A. SUÇUN UNSURLARI AÇISINDAN İNCELENMESİ

I. SUÇUN MADDİ UNSURLARI (Objektif Unsurları)

1. Korunan Hukuki Değer

Türk Ceza Kanunun’un 233. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçla korunmak istenen hukuki değer hamile olan kadının maddi ve manevi varlığı ile gelecekte doğacak olan çocuğun yaşam hakkıdır³.

Alman Ceza Kanunu’nun 170. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçla anne ve çocuğun yaşam hakkı ve refahı korunmak istenmektedir⁴. Bununla birlikte ilgili maddenin norm dayanağı BVerfG (Federal Alman Anayasa Mahkemesi) nce belirlenen doğmamış olanın yaşam hakkının korunması da korunmak istenen hukuki değerlerden bir diğeridir⁵.

Bu açıdan baktığımızda iki suç tipinin düzenlenmesi ile korunmak istenen yararın aynı olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

¹ Strafgesetzbuch (StGB) 170 Abs 2 Verletzung der Unterhaltspflicht “ Wer einer Schwangeren zum Unterhalt verpflichtet ist und ihr diesen Unterhalt in verwerflicher Weise vorenthält und dadurch den Schwangerschaftsabbruch bewirkt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. ”

² YENİSEY Feridun, PLAGEMANN Gottfried, “Alman Ceza Kanunu (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük)”, İstanbul, 2009 Beta Yayınları

³ TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin yayınları, Ankara, 2013, syf. 761; NUHOĞLU, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, syf. 157

⁴ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, § 80-184g StGB, §170, München, 2012, syf. 1167

⁵ Münchener age., syf. 1167

2. Fiil

TCK m. 233/2'de düzenlenen suçun fiili hamile kadının çaresiz durumda terkedilmesidir. Suçun fiil unsurunun oluşması için, hareketin yöneldiği mağdur hamile olmalı ve terk fiilinin gerçekleştiği esnada kişi çaresiz durumda olmalıdır⁶.

Madde kapsamındaki “terk” deyiminden anlaşılması gereken Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesinde belirtilmiş bulunan “boşanma sebebi olan” terk etmek deyimini değil⁷, TCK m. 97'de düzenlenen “terk suçu” için de geçerli olan, bakmamak, ihmal etmek anlamında kullanılan terk tabiridir⁸. “Çaresiz durumda terk etmek” deyiminden anlaşılması gereken ise hamile kadının içinde bulunmuş olduğu maddi veya manevi sıkıntıyı ya da zorluğu ortadan kaldırmadan onu kendi haline bırakmak, bakmamak, gösterilmesi gereken özeni yerine getirmemektir.⁹ Bununla ilgili somut olayın özelliklerine göre çaresiz durumda terk olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekecektir. Örneğin; Yerel mahkemece yapılan bir yargılamada, 2,5 aylık hamileyken kocası tarafından babasının evine bırakılan hamile kadının babasının evine konulmak ve telefonların açılmaması ile yalnız ve çaresiz bırakıldığı ve kanun hükmünde geçen çaresizlik deyiminden sadece maddi anlamda çaresizlikten değil manevi anlamda terkin de anlaşılması gerektiği ve yanında yeni doğmuş bebeği ile babasının evine mahkum edilen ve destekten yoksun bırakılan kadının kanunun aradığı anlamda çaresizliğinin gerçekleştiğine karar verilmiştir.^{10 11} Her ne kadar Yüksek Mahkeme

⁶ YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Adalet Yayınları, Ankara 2010, syf. 6562

⁷ TMK m. 164'e göre “eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde terk fiilini işlemiş” sayılmaktadır.

⁸ ÇAKMUT Özlem Yenerer, Türk Ceza Yasası'nda Terk Suçu (TCK m.97), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXV, S.2, 2007, syf. 49

⁹ YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, a.g.e., syf. 6562

¹⁰ T.C. Alaşehir Sulh Ceza Mahkemesi, 2.12.2012 Karar tarihi, 2011/... Esas no, 2011/... Karar no, (Dosyada katılan mağdur çocukların da olması nedeniyle esas ve karar numaraları gösterilmemiştir.)

¹¹ İlgili karar yüksek mahkemece bozulmuştur. Yüksek mahkeme bozma kararında mahkenin takdir ettiği nafaka miktarını katılan anneye ödeyen sanık babanın resmi nikahlı eşini çaresiz durumda terk etmiş olduğundan söz edilemeyeceği ve üzerine atılı suçun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir. T.C. Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 16.11.2016 Karar tarihi, 2016/13813 Esas no, 2016/17682 Karar no

çaresiz durumda terkten maddi olarak çaresizliği anlasa da, düzenlenen kanun maddesinin korumak istediği alan ve devamı maddelerindeki düzenlemeler de göze alındığında manevi olarak çaresiz durumda terk etmek de bu madde kapsamında fiil unsurunu gerçekleştirmiş olacağı kanaatindeyiz.

Türk Ceza Kanunu'ndaki hamile kadını terk suçunda hamile kadının çaresiz durumda terk edilmesi hareketi suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 170. maddesindeki düzenlemeye baktığımızda ise hamile kadına karşı yükümlü olunan nafaka yükümlülüğünün ihlali halinde suçun fiil unsuru oluşacaktır. Türk Ceza Kanunu'na göre hamile kadının çaresiz durumda terk edilmesi fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin somut olayın özelliklerine göre tespit edilmesi ve çaresizlik unsurunun oluşup oluşmadığını belirlemek gerekirken, Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçunda ise fiil unsurunun gerçekleşmesi için hamile kadına karşı yükümlenen nafaka yükümlülüğünün kaynağı olarak Alman Medeni Kanunu'na¹² bakılması gerekecektir. Buna göre bu nafaka yükümlülüğü hamile kişinin eşi veya ebeveynlerine yüklenebileceği gibi eski eşine veya ayrı yaşanan eşine karşı da ileri sürülebilecektir. Alman Medeni Kanunu'nun 1615. maddesine göre, baba doğumdan önceki 6 hafta ve doğumdan sonraki 8 hafta boyunca anneye bakma yükümü altındadır¹³. Bu yükümlülük doğumdan önceki 4 ay ve doğumdan sonraki 3 yıl boyunca devam edebilmektedir¹⁴.

Yine ilgili maddeye göre nafaka yükümlülüğünün ihlali *verwerfliches* “kınanabilir” bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Bundan anlaşılması gereken failin nafaka yükümlülüğünü reddetmesinin her türlü halinin değil kınanabilir bir şekilde nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesidir¹⁵. Kanun koyucu kasıtlı her kaçınmanın bu fıkra kapsamında görülemeyeceğini vurgulamak için bu kaçınmanın kınanabilir bir kaçınma olmasını aramıştır. Buna göre kaçınmanın sosyal etik olarak onaylanmayacak durumda olması gerekmektedir¹⁶.

¹² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Yürürlük tarihi: 1 ocak 1990

¹³ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) madde 1615I abs 1

¹⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) madde 1615I abs 2

¹⁵ Münchener a.g.e., syf. 1190

¹⁶ Münchener a.g.e., syf. 1191

Alman Ceza Kanunu'na göre hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçunun gerçekleşmesi için, bu ihlal nedeni ile hamileliğin sonlandırılmış olması gerekmektedir¹⁷. Hamileliğin sona ermesi ile nafaka yükümlülüğünün ihlali arasında illiyet bağının olması da gerekir. Bununla birlikte eğer anne gebeliği kendi isteği ile sonlandırıyor, bu halde suç oluşmayacaktır¹⁸. Bu madde kapsamında tipe uygun olarak hamileliğin sona erdirilmesinin cezalandırılabilmesi için kanuna uygun olarak hamileliğin sonlandırılması göz önünde tutulmamalıdır. Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesinde “çocuk düşürme ve düşürme suçu” hüküm altına alınmıştır¹⁹. İlgili maddeye göre her kim gebeliğe son verirse üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Maddenin devamında, 218a maddesi düzenlenmiş ve bu maddede çocuk düşürme ve düşürtme hallerinde şahsi cezasızlık sebebi belirlenmiştir²⁰.

¹⁷ Strafgesetzbuch (StGB) §170 Abs 2 “...dadurch den Schwangerschaftsabbruch bewirkt...”

¹⁸ Münchener a.g.e., syf. 1191

¹⁹ StGB (Alman Ceza Kanunu) §218 e göre; “(1)Hamileliği sonlandıran kişi, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Döllenmiş yumurtanın rahme yerleşmesini tamamlamadan yürürlüğe giren işlemler, bu Kanun anlamında hamileliğin sona ermesi sayılmaz.

(2) Özellikle ağır hallerde ceza, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Özellikle ciddi bir durum genellikle failin

1. Hamile kadının iradesine aykırı hareket etmek veya

2. Dikkatsizce hamile kadının ölüm riskine veya sağlığına ciddi zarar vermesine neden olmaktadır.

(3) Hamile kadının suçu işlemesi hâlinde, cezası bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

(4) İlgili suça teşebbüs cezalandırılır. Hamile kadın buna teşebbüs ettiği için cezalandırılmayacaktır.”

madde metninin orijinali; https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218.html, Erişim tarihi: 24.12.2023

²⁰ StGB (Alman Ceza Kanunu) §218a bendine göre; “(1) 218nci maddede düzenlenen suç şu hallerde gerçekleşmez:

1. Hamile kadının kürtaj talebinde bulunması ve 219. Maddenin 2. Fıkrasının 2. Cümlesi uyarınca işlemiden en az üç gün önce tavsiye istediğini doktora bir sertifikayla kanıtlaması,

2. kürtajın bir doktor tarafından yapılması ve

3. Döllenmeden bu yana on iki haftadan fazla zaman geçmedi.

(2) Hamile kadının mevcut ve gelecekteki yaşam koşulları dikkate alınarak, bir tehlikeyi önlemek amacıyla hamileliğin sona erdirilmesi tıbbi olarak gerekli görülüyorsa, hamile kadının rızasıyla doktor tarafından yapılan kürtaj hukuka aykırı değildir. Hamile kadının hayatı tehlikesi veya fiziksel veya ruhsal sağlığının ciddi

İlgili maddenin ilk fıkrasına göre, hamile kadının çocuğu düşürmeyi talep etmesi ve zaruret halinde olan kadına danışmanlık hizmeti verilmesi başlıklı 219. maddesinin 2. fıkrası uyarınca düzenlenen bir belge ibraz ederek müdahaleden en az üç gün önce başka bir hekime danışmış olduğunu belgelemesi durumunda, hamile kadın açısından şahsi cezasızlık sebebi oluşacaktır. Ancak 170. maddenin 2. fıkrası kapsamında hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyip onu bu kararı vermek zorunda bırakan nafaka yükümlüsünün sorumluluğu devam edecektir²¹. Yine hamile kadın 218a maddesinin 4. fıkrasınca suçsuz sayılması durumunda da nafaka yükümlüsünün sorumluluğu devam edecektir²². Buna karşın nafaka yükümlüsü nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı çocuk düşürtmenin 218a'nın 2. ve 3. fıkralarına göre tıbbi sosyal ve kriminolojik belirti nedeniyle gerçekleşmesi durumunda 170. maddenin 2. fıkrasına göre sorumlu tutulmayacaktır²³.

Türk Ceza Kanunu'ndaki hamile kadını çaresiz durumda terk suçu, bağlı, tek hareketli, icrai ve mütemadi suçtur. Bağlı hareketli bir suçtur çünkü fail hamile eşini veyahut sürekli birlikte yaşamış ve kendisinden hamile olduğunu bildiği kadını çaresiz durumda terk etmiş olmalıdır. Mütemadi suçtur, bu terk fiili bir süre daha devam etmiş olmalıdır. Tehlike suçudur çünkü terk fiili ile bir neticenin meydana gelmesi gerekmektedir, hamile kadının çaresiz durumda terk edilmesi ile suç tamamlanmış olacaktır.²⁴

şekilde bozulması riski vardır ve bu tehlike, kendisi için makul olan başka bir şekilde önlenemez.

(3) Hamile kadının rızasıyla bir doktor tarafından gerçekleştirilen kürtajda, tıbbi görüşe göre hamileye karşı hukuka aykırı bir fiil işlenmişse, ikinci fıkranın gerekleri de karşılanmış sayılır. Hamile bir kadın, Ceza Kanununun 176 ila 178. Maddeleri uyarınca, hamileliğin fiile dayandığına ve gebe kalmanın üzerinden on iki haftadan fazla bir zaman geçmemiş olduğuna inanmak için zorlayıcı nedenler vardır.

(4) Kürtajın bir doktor tarafından konsültasyon sonrasında yapılması (Madde 219) ve hamileliğin üzerinden yirmi iki haftadan fazla zaman geçmemiş olması halinde hamile kadın, Madde 218 uyarınca cezalandırılmaz. Hamile kadının işlem sırasında özellikle sıkıntı içinde olması durumunda mahkeme 218. madde kapsamındaki cezadan feragat edebilir.”, metnin orijinali; https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_218a.html, Erişim tarihi:24.12.2023

²¹ Münchener a.g.e., syf. 1192

²² Münchener a.g.e., syf. 1192

²³ Münchener a.g.e., syf. 1192

²⁴ Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin aksi yönde görüşleri mevcuttur. Bknz; “T.C. Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 16.11.2016 Karar tarihi, 2016/13813 Esas no,

Alman Ceza Kanunu'ndaki hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçu da bağlı, tek hareketli, mütemadi ancak neticeli suçtur. Nafaka yükümlüsü failin, nafaka yükümlülüğünü kınanabilir bir şekilde yerine getirmemiş ve bu kınanabilir ihlal neticesinde hamile kadının çocuğunun düşürtülmesinin etkilenmesi neticesinin meydana gelmesi gerekmektedir.

Görüldüğü üzere bu iki düzenlemedeki asıl fark suçu oluşturan fiil, onun işleniş biçimi ve koşullarıdır. TCK m. 233/2'deki hamile kadını terk suçu ile AlmanCK m. 170/2'deki hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçu ile korunmak istenen hukuki menfaat aynı olsa da fiil unsuru açısından farklılık göstermektedir. Türk Ceza Kanunu hamile kadının çaresiz durumda maddi ve manevi terkinin düzenlemişken, Alman Ceza Kanunu'nda ise failin hamile kadına karşı sorumlu olduğu maddi yükümlülüğünü yerine getirmemesi düzenlenmiştir.

3. Fail

TCK m. 233/2'ye göre suçun faili “hamile olduğunu bildiği veya kendisinden hamile olduğunu bildiği ve sürekli birlikte yaşadığı kadını çaresiz durumda terk eden” erkektir. Hamile eşini çaresiz durumda terk eden erkek açısından hamileliğin onun tarafından gerçekleştirilmiş olması aranmazken, sürekli birlikte yaşanan kadın açısından hamileliğin fail erkek tarafından gerçekleştirilmesi aranacaktır. Bununla ilgili yerel mahkemesinin önüne gelen bir olayda sanığın, hem gebelikten haberi olmadığı hem de bebeğin diğer başka suçtan sanık olan anne tarafından doğumdan sonra öldürülüp denize atılmış olması durumunda, bebeğe ulaşılabilmesi ve DNA testi yapılamaması nedeniyle, baba olup olmadığı tespit edilememesi sebebiyle, sanığın beraatine karar verilmiştir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığınca istinaf edilen bu hüküm, Bölge Adliye Mahkemesince de incelenmiş ve yerel mahkemenin ilgili hükmü istinaf merciince kanuna ve hukuka uygun bulunmuştur²⁵. Bununla birlikte failin sürekli birlikte yaşadığı kadının gebe olduğunu da bilmesi gerekmektedir. Şu hâlde kişinin bu suçun faili olabilmesi için ya hamile eşini

2016/17682 Karar no, T.C. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi, 13.02.2018 Karar tarihi, 2018/16 Esas no, 2018/139 Karar no”

²⁵ Bknz: T.C. Bandırma Ağır Ceza Mahkemesi, 14.12.2016 Karar tarihi, 2016/215 Dosya no, 2016/340 Esas no, T.C. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi, 25.04.2017 Karar tarihi, 2017/374 Esas no, 2017/848 Karar no lu kararları

çaresiz durumda terk etmiş koca veyahut sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile olduğunu bilen erkek²⁶ olması gerekmektedir.

Sürekli birlikte yaşanan kadının gebe kalması durumunda bu gebelik²⁷ fail tarafından gerçekleştirilmiş olmalıdır. Bu durumda birlikte yaşanan hamile kadın açısından fail, kadını hamile bırakan biyolojik baba olmalıdır. Ancak maddenin düzenleniş şeklinden de anlaşılacağı üzere babalık karinesi gereği kocanın karısının hamile olması durumunda babanın biyolojik baba olması aranmamalıdır²⁸. Eğer ki erkek karısının başkasından hamile olduğunu biliyorsa, o halde suçun tipiklik unsurlarından eksikliği nedeni ile suç oluşmayacaktır.

AlmanCK m. 170/2’de düzenlenen suçun faili hamile kadına karşı nafaka yükümlüsü olan kişidir. Hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün belirlenmesi Alman Medeni Kanununa göre yapılacaktır. AlmanMK 1615I/l maddesinin ilk fıkrasında babanın doğumdan önceki ve doğumdan belli bir süreye kadar nafaka yükümlüsü olduğu düzenlenmiştir²⁹. Yasal olarak hamileliğin sonlandırılması söz konusuysa eğer yasal olarak hamileliğin sonlandırılmasına kadar, baba nafaka yükümlüsüdür ve gebelik sona erdirilene kadar babanın fail sıfatı devam edecektir³⁰. AlmanMK m. 1592’ye göre babalık sıfatına haiz olan erkeğin, bağlayıcı bir hukuki karar verilinceye kadar bu sıfatı devam edecek ve hamile kadına karşı yükümlülüğü de devam edecektir³¹. Babanın sorumluluğu AlmanMK 1569 ve 1570. maddelerinden de doğabilir. Yine AlmanMK m. 1601’e göre hamile kadının doğrudan akrabaları da nafaka yükümlüsü ve ilgili suçun faili olabilecektir. Özellikle reşit olmayan hamile kadının nafaka yükümlüsü ve potansiyel fail olarak anne babası

²⁶ YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, a.g.e, syf. 6558

²⁷ Gebe terimi Türk Dil Kurumu sözlüğünde “ karnında yavru bulunan...” olarak tanımlanmaktadır. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>, Erişim tarihi: 21.12.2024

²⁸ Benzer görüş için bknz; PARLAR Ali, Açıklamalı-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı, Bilge yayınevi, Ankara, 2018, syf. 1056

²⁹ Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) (BGB) madde 1615I/1’e göre Baba, çocuğun doğumundan altı hafta önce ve sekiz hafta sonrasına kadar anneye ve çocuğa nafaka sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülük belirtilen sürenin dışında hamilelik veya doğum nedeniyle oluşan masraflar için de geçerlidir.

³⁰ Münchener a.g.e., syf. 1188

³¹ Münchener a.g.e., syf. 1188

ve büyükanne ve büyükbabası da gösterilebilecektir³². Bununla birlikte babanın akrabaları nafaka yükümlüsü olarak tutulamadığı için suçun faili olamayacağı belirtilmektedir³³.

Bu açıdan baktığımızda suçun faili TCK m. 233/2 ye göre sadece baba olabilirken, AlmanCK m. 170/2 ye göre ise hamile kadına karşı AlmanMK'ya göre nafaka yükümlüsü olan kişilerdir. Her iki suç tipi de fail açısından gerçek özgü suçtur. O halde Alman Ceza Kanunu'nun Türk Ceza Kanunu'na nazaran daha geniş bir sorumluluk ve faillik potansiyeli barındıracak şekilde düzenleme yaptığını söylemek mümkündür.

4. Mağdur

TCK m. 233/2'de düzenlenen suçun mağduru hamile eş veya sürekli birlikte yaşanılıp yine o erkek tarafından hamile bırakılan ve çaresiz durumda terk edilen hamile kadındır³⁴. Şöyle ki resmi evlilik birliği içinde hamile kalan ve eşi tarafından çaresiz durumda terk edilen kadın suçun mağduru olacaktır. Öte yandan sürekli birlikte yaşanılan ve sürekli birlikte yaşadığı erkek tarafından hamile bırakılıp, gebeliği o erkek tarafından bilinen kadın da suçun mağduru olacaktır.

Gebeliğin hangi aşamada olduğunun önemi yoktur.

Birlikte yaşama deyiminden anlaşılması gereken beraberliğin sürekli olmasıdır. Bu sürekliliğin ise uzun bir zaman dilimi olmasına gerek yoktur. Önemli olan birlikteliğin belirlenebilen bir zaman aralığı boyunca devamlılığının olmasıdır³⁵. Yargıtay'ın kararları da bu doğrultudadır³⁶.

³² Münchener a.g.e., syf. 1188

³³ Münchener a.g.e., syf. 1188

³⁴ TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul/İzmir, 2010, syf. 754

³⁵ Aksi görüş için bknz: ZAFER Hamide, Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüğün İhlali Suçu; DONAY Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi

³⁶ İlgili olayda sanık ve müşteki 10 ay birlikte yaşamış, bu sürenin sonlarına doğru sanık müştekinin babasını çağırmış ve kızını alıp götürmesini söylemesi üzerine baba kızını alıp götürmüştür. İlgili olayda beraat kararı veren ilk derece mahkemesinin kararı ise temyiz aşamasında “...Sanığın birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği ve onaylı nüfus kaydına göre evli olmadığı anlaşılan mağdureyi, evinden kovarak, çaresiz durumda terk ettiği sabit olan eyleminin, TCK'nın 233/2. maddesinde düzenlenen, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğünün ihlali suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde beraate hük-

Hamile kadın çaresiz³⁷ durumda terk edilmiş olmalıdır³⁸. Çaresizlik³⁹ deyiminden ne anlaşılması gerektiği ise somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir.

AlmanCK m. 170/2'ye göre mağdur kendisine karşı nafaka yükümlülüğü olunan hamile kadındır.

5. Suçun Konusu

TCK m. 233/2'de düzenlenen suçun konusu hamile eş veyahut sürekli birlikte yaşanan ve kendisinden hamile kalmış olduğu bilinen kadının bedeni, maddi ve manevi refahıdır.

AlmanCK m. 170/2'ye göre suçun konusu hamile kadına karşı ödemekle yükümlü olunan nafakadır⁴⁰.

II. Suçun Manevi Unsuru (Subjektif Unsuru)

TCK m. 233/2 nitelik itibari ile ihmali bir suçtur. Türk ceza hukukundaki hakim görüşe göre ihmali suçlarda kastın varlığı gereklidir⁴¹. Suçun oluşumunun subjektif unsuru kastın varlığına bağlıdır, saik önemli değildir⁴². Kadının hamile olduğunun fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Eğer kadının hamile olduğu fail baba tarafından bilinmiyorsa suçun subjektif unsuru oluşmayacaktır. Öte yandan sürekli birlikte olunan ve kendisinden hamile olduğunu bildiği kadının terk etmesiyle çaresizliğe sürükleneceğini bilip öngören buna rağmen terk eylemini gerçekleştiren erkek açısından olası kastın varlığı gündeme gelecektir⁴³. Bununla birlikte aksi yönde, kanuni tanımda bilme unsuruna ayrıca yer

medilmesi, kanuna aykırı, katılanın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün BOZULMASINA...” karar vermiştir. T.C. Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 03.10.2013 Karar tarihi, 2012/10666 Esas no, 2013/10076 Karar no

³⁷ Çaresiz terimi, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “çaresi bulunmayan, onulmaz; umarsız, devasız” olarak tanımlanmaktadır. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim tarihi: 21.12.2023

³⁸ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., syf. 762

³⁹ Çaresizlik terimi, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “çaresiz olma durumu; umarsızlık, biçarelik” olarak tanımlanmaktadır. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim tarihi: 16.01.2024

⁴⁰ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, § 80-184g StGB, §170, München, 2012, syf. 1169

⁴¹ PARLAR, Türk Ceza Kanunu Şerhi (TCK m.135-345) Cilt:2, s. 2525, YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, a.g.e. syf. 6564, TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e.

⁴² TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., syf. 753

⁴³ TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, a.g.e., syf. 755

verildiği için suçun olası kastla işlenemeyeceğine dair görüş de mevcuttur⁴⁴. Failin mağdurun hamileliği ile ilgili olarak isteği önemli değildir. Fail babanın istemediği bir gebelik dahi olsa, gebeliği bilmesine rağmen terk eylemini gerçekleştirmesi halinde de suçun subjektif unsuru oluşacaktır⁴⁵.

AlmanCK m. 170/2'ye göre failin tüm unsurlarını bilmesi ve bunda kastının varlığı gereklidir⁴⁶. Bununla birlikte ilgili maddeye göre failin cezalandırılabilmesi için şartlı kastının (bedingten Vorsatz) olması gerekmektedir ki bu da normatif ve nafaka yükümlülüğü de dahil suçun tüm unsurlarını kapsamaktadır⁴⁷. Failin niyetinin hamileliğin sonlanmasına neden olması durumunda suçun subjektif unsuru gerçekleşmiş olacaktır⁴⁸. Nafaka yükümlülüğünün ihlali ile hamileliğin sona ermesinin bilinmesi ve failin bunu (nafaka yükümlülüğünün ihlalini) kınanılacak bir şekilde yapması da failin niyetinin bir parçası olmalıdır. Kanun koyucu 'verwerflich' deyişi ile her kasti nafaka yükümlülüğünden kaçınmanın hamile şahsa karşı cezalandırılabilir olmadığını, kaçınmanın sosyal ve etik olarak onaylanmayacak durumda yani kınanabilir olması gerekliliğini belirtmiştir. Öte yandan fail suçu işlemek niyetinde yani nafaka yükümlülüğünde hataya düşmesi halinde kişi AlmanCK m. 16'ya göre suçsuz sayılacaktır⁴⁹.

B. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

İncelediğimiz suç tipi açısından, Türk Ceza Hukukunda düzenleme alanı bulan hukuka uygunluk sebeplerinden, kanun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m. 24/1), hakkın kullanılması (TCK m. 26/1), ilgilinin

⁴⁴ ŞENER, Emine Gülnihal, Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu, Adalet Dergisi (AD), Mayıs 2010, S.37, s.234

⁴⁵ NUHOĞLU, Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, syf. 161

⁴⁶ Münchener a.g.e., syf 1192

⁴⁷ Münchener a.g.e., syf. 1193

⁴⁸ Münchener a.g.e., syf. 1193

⁴⁹ StGB §16 “ (1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt.

(2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines mildernden Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem mildernden Gesetz bestraft werden.”, https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_16.html Erişim tarihi:25.12.2024

rızası (TCK m. 26/2) hallerini inceleyeceğiz. Keza diğer hukuka uygunluk sebepleri olan hakkın kullanılması (TCK m. 24/1), amirin emrinin yerine getirilmesi (TCK m. 24/2), meşru savunma (TCK m. 25/1) açısından ise konumuz olan suç tipi açısından incelenmesi mümkün görünmemektedir. Hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi ile bağdaşmamaktadır çünkü inceleme konumuz suç ihmal suretiyle işlenebilen bir suçtur. Bu nedenledir ki hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin aksine failin hakkını ve üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmemesi ile ortaya çıkan bir suçtur ve suç tipimizle niteliği gereği bağdaşmamaktadır. Keza aile hukukuna ve aile yaşamının özel alanına ve aile hukukuna ait yükümlülüklerin konu edildiği hususlarda, amirin kişilerin özel ve aile hayatlarına yönelik verdiği emirlerin mümkün olamayacağı, hukuk düzenimizde de (bazı istisnalar hariç) bu yönde düzenlemenin olmadığı açıktır. Yine meşru savunma hukuka uygunluk sebebi açısından da ilgili suç tipimize uygulanması mümkün görünmemektedir.

TCK m. 24/1'e göre kanun hükmünü yerine getiren kişiye ceza verilmeyecektir⁵⁰. Bu bağlamda örneğin hâkim tarafından evden veyahut hamile kadından uzaklaştırılmış bulunan fail babanın terk fiil kanun hükmünün yerine getirilmesi nedeniyle hukuka uygun hale gelmesi söz konusu olacaktır⁵¹.

TCK m. 26/2'ye göre kişinin mutlak bir şekilde üzerinde tasarrufta bulunabileceği haklar açısından rızası hukuka uygunluk nedenini oluşturmaktadır⁵². Bu bağlamda hamile kadının terkinde kadının rızasının var olmasıyla birlikte çaresizliğe düşmüş olsa bile ilgilinin rızası hukuka uygunluk neden var kabul edilecektir. Bununla birlikte anne karnındaki bebek açısından rızanın geçerliliği ise tartışma konusu olabilecektir.

TCK m. 25/2'ye göre zorunluluk hali; kişinin bilerek neden olduğu ve başka türlü kurtulma olanağı bulunmayan bir tehlikeden kendisini kurtarmak için tehlikeyi defedecek ölçüde, suç teşkil eden başka bir fiili gerçekleştirmesi ve kişiye suç teşkil eden bu fiilden dolayı ceza

⁵⁰ ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin yayınları, Ankara, 2023, syf.322

⁵¹ YILMAZ Berfin Işık, *Türk Ceza Kanunu'nda Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali*, İstanbul, 2012, Beta Yayınları, syf. 106

⁵² KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023, syf 295

verilmemesidir⁵³. Hamile kadını çaresiz durumda terk suçu açısından zorunluluk halinin uygulanması mümkündür. Şöyle ki fail elinde olmayan bir sebeple hamile kadını terk etmek zorunda kalmış olabilir. Örneğin; bulaşıcı bir hastalığa yakalanan ve kendisinden hamile bulunan kadın ve ceninin sağlığı için onları terk etmek zaruretinde kalan fail açısından kusurluluğu etkileyen hal olarak zorunluluk halinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

Alman ceza hukuku açısından baktığımızda ise incelediğimiz ilgili suç tipinde hukuka aykırılık hali, Alman ceza hukuku sistematığının niteliği gereği haksızlığın tipikliğin bir unsuru olması gerekliliği açısından suçun unsuru olarak var olmalıdır⁵⁴. Şöyle ki daha önce de ifade ettiğimiz gibi failin yükümlü olduğu nafakayı ödememesinin çocuğun düştürülmesini etkilemesi ile haksızlık gerçekleşmiş olacak ve hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Bununla birlikte fail nafaka yükümlüsünün, nafaka yükümlülüğünü yanlıya düşerek ihlal etmesi durumunda AlmanCK m. 16 hükümlerinden faydalanacaktır⁵⁵.

C. KUSURLULUK

TCK m. 25/2'ye göre zorunluluk hali; kişinin bilerek neden olmadığı ve başka türlü kurtulma olanağı bulunmayan bir tehlikeden kendisini kurtarmak için tehlikeyi defedecek ölçüde, suç teşkil eden başka bir fiili gerçekleştirmesi ve kişiye suç teşkil eden bu fiilden dolayı ceza verilmemesidir⁵⁶. Hamile kadını çaresiz durumda terk suçu açısından zorunluluk halinin uygulanması mümkündür. Şöyle ki fail elinde olmayan bir sebeple hamile kadını terk etmek zorunda kalmış olabilir. Örneğin; bulaşıcı bir hastalığa yakalanan ve kendisinden hamile bulunan kadın ve ceninin sağlığı için onları terk etmek zaruretinde kalan fail açısından kusurluluğu etkileyen hal olarak zorunluluk halinin uygulanması söz konusu olabilecektir.

⁵³ DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yayınları, Ankara, 2023, syf. 322

⁵⁴ TEPE İlker, JÜNEMANN Alexander, Alman Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sistemi, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014, syf. 279

⁵⁵ Münchener a.g.e., syf. 1192

⁵⁶ DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yayınları, Ankara, 2023, syf. 322

AlmanCK'nın 34. ve 35. maddelerinde zorunluluk hali düzenlenmiştir. Kanunun 34. maddesinde hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali düzenlenmiş, buna göre kişi hayatına, vücuduna, özgürlük, şeref ve mülkiyetine veyahut başka bir hukuki menfaatine yönelik başka bir şekilde defetme olanağı bulunmayan bir tehlike içinde iken bir suç fiili işlediği takdirde hukuka aykırı hareket etmiş olmayacaktır⁵⁷. Ancak bu ilgili hükmün uygulanacağı fiil için korunmak istenen hukuki menfaatler, tehdit eden tehlikeden önemli ölçüde ağır basmalıdır. Ayrıca bu hüküm uygulanabilmesi için işlenen fiilin tehlikeyi defetmek için uygun olması gerekmektedir. Aynı kanunun 35. maddesinde de yine zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran hali düzenlenmiştir. Buna göre kişi hayat, vücut veya özgürlüğüne yönelik halihazırdaki ve başka şekilde defetme imkânı bulunmayan tehlikeyi kendisi ailesi veya bir yakınına korumak için hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirirse kusurlu sayılmayacaktır⁵⁸. Bu halde çalışmamız konusu suç tipimiz açısından, eğer ki fail hamile kadına karşı nafaka ödeme yükümlülüğünü bu zaruret hallerinden birinin varlığı ile yerine getiremeyecek olursa, madde 34 açısından fiili hukuka uygun hale gelecek, madde 35'e gidilecek ise de kusurluluğu ortadan kalkacağı için sorumlu tutulamayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nda yaş küçüklüğü kusurluluğa etki eden bir başka hal olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. İlgili düzenlemeye göre

⁵⁷ Strafgesetzbuch (StGB) § 34 (Rechtfertigender Notstand); Hayata, uzuvlara, özgürlüğe, şerefe, mülkiyete veya başka bir hukuki menfaate yönelik mevcut ve kaçınılmaz bir tehlike altında olan ve kendisine veya bir başkasına yönelik tehlikeyi önlemek için bir eylemde bulunan kişi, çatışan menfaatleri değerlendirirken hukuka aykırı hareket etmiş sayılmaz. Özellikle etkilenen yasal menfaatler ve bunları tehdit eden tehlikenin derecesi, korunan menfaatin zarar gören menfaatten önemli ölçüde daha ağır basması durumunda. Ancak bu yalnızca eylemin tehlikeyi önlemenin uygun bir yolu olması durumunda geçerlidir. Kaynağın orijinali için bkz: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_34.html

⁵⁸ Strafgesetzbuch (StGB) § 35/ 1 (Entschuldigender Notstand) ; Kendisinin, bir yakınının veya bir yakınının başına gelebilecek tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla, canına, uzuvlarına veya hürriyetine yönelik mevcut ve kaçınılmaz bir tehlike oluşturan hukuka aykırı bir eylemde bulunan kişi, suçsuz hareket ediyor demektir. Failin koşullar göz önüne alındığında, yani tehlikeye kendisi neden olduğu veya özel bir hukuki ilişki içinde olduğu için tehlikeyi kabul etmesi beklenebiliyorsa bu geçerli değildir; Ancak failin özel hukuki ilişki nedeniyle tehlikeyi kabul etmesi gerekmiyorsa 49. maddenin 1. fıkrası uyarınca cezada indirim yapılabilir. Metnin orijinali için bkz: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_35.html

12 yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur⁵⁹. 12 yaşını tamamlamış ancak 15 yaşını doldurmamış çocukların ceza sorumluluğu ise gerçekleştirmiş bulunduğu fiille ilgili kusur yeteneğinin olup olmadığına bakılarak belirlenir. 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış çocukların ise yaş küçüklüğünün kusur yeteneği üzerine etkisinin düzenlendiği ilgili maddenin gerekçesinde, bu çocukların işlemiş oldukları fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama ve bu yönde hareketlerini yönlendirme yeteneğine sahip olmalarına rağmen irade yeteneklerinin zayıf olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle belirtilen yaş aralığındaki çocuklar için ceza sorumluluğu kabul edilebilecek fakat cezalarında indirimle gidilecektir⁶⁰. Makale konumuz suç tipi ile ilgili her ne kadar 18 yaşından küçük babanın hukuki sorumluluğu göz önüne alınması gerekecekse de 18 yaşından küçük babanın suçun koşullarında belirtilen hareketleri gerçekleştirerek suçun unsurlarını tamamlaması halinde suçun oluşacağını kabul etmek gerekecektir. Bu halde somut olayın ortaya çıkışına göre yaş küçüklüğünün kusurluluğa etkisi düzenlemelerinin uygulanması gerekecektir.

AlmanCK m. 19'a göre fiilin icrası esnasında on dört yaşını tamamlamamış olan bir kişinin kusur ehliyeti yoktur⁶¹. Fiili işlediği sırada 14-18 yaş aralığındaki kişiler 'genç', 18-24 yaş aralığındaki kişiler ise 'genç yetişkin' olarak isimlendirilmiş ve ceza sorumlulukları 14-18 yaş aralığındaki gençler için suç teşkil eden fiilin haksızlık içeriğini algılayıp algılayamadığına göre, 18-24 yaş aralığındaki genç yetişkinlerin ise işlediği fiilin haksızlık içeriğini kavrayabilecek olgunluk derecesine göre belirlenecektir⁶². İnceleme konumuz suç tipi açısından failin yaş küçüklüğünden kaynaklanan kusur sorumluluğunu etkileyen bir hal olduğu takdirde bu uygulama alanı bulacaktır.

⁵⁹ TCK m. 31/1

⁶⁰ HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, syf. 389

⁶¹ Strafgesetzbuch (StGB) § 19 (Schuldunfähigkeit des Kindes) Suç işlendiğinde henüz on dört yaşını doldurmamış olan kişinin ehliyeti yoktur. Metnin orijinali için bkz: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_19.html

⁶² YENİSEY Feridun, Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar, 2007, syf. 10, Kaynak; https://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeseli_hukukta.pdf

D. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

I. Teşebbüs

TCK m. 233/2’de düzenlenen suç ani hareketli suç olduğu için icra hareketleri bölünebilir olduğu takdirde teşebbüsten bahsetmek mümkün olacaktır. Bu halde fail terk fiilini gerçekleştirmek için icra hareketlerine başlamış ancak terk fiilini gerçekleştirmemiş ise suç teşebbüs aşamasında kalacak, bu kısma kadar gerçekleştirilen fiiller bir suç oluşturuyor ise eğer ilgili suç tipleri ile ilgili inceleme yapılması gerekecektir.

AlmanCK m. 170 fıkra 2’de düzenlenen suça da teşebbüs mümkündür. Şöyle ki suçun fiil unsurundaki gerekli hareketler yapılmış ancak gerçekleşmesi gereken netice gerçekleşmemiş olabilir. Bu halde suç teşebbüs halinde kalmış olacaktır.

II. İştirak

Genel olarak özgü suçlara iştirak mümkün değildir. Ancak fail, o suçu gerçekleştirebilmesi için taşıması gereken özelliğe sahipse iştiraktan söz etmek mümkün olabilir. İncelediğimiz TCK m. 233/2’deki hamile kadını terk suçu açısından suçun faili sadece baba olabilmektedir. Bir ceninin birden fazla biyolojik babaya sahip olması, fiili anlamda mümkün olamayacağı için bu suça iştirak mümkün değildir.

AlmanCK m.170/2’deki hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçuna ise iştirak mümkündür. Şöyle ki suç faili olma potansiyeline sahip bütün nafaka yükümlüleri, birlikte bu ihmali gerçekleştirme veyahut üzerlerine düşen yükümlülüğü yerine getirmeme konusunda birlikte hareket ederek bir karar alır ve bunu hayata geçirirler ve düzenlemede belirtilen suçun meydana gelmesine sebebiyet verirlerse iştirak halinden bahsetmek mümkün olabilecektir.

III. İçtima

İnceleme konumuz hamile kadını terk suçunun hareket unsuru daha önce de bahsettiğimiz gibi erkeğin hamile olan eşinin veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile olduğunu bildiği kadını çaresiz durumda terk etmesidir. Söz konusu erkek aynı zamanda hem hamile eşini hem de ayrı ev kiralayarak birlikte yaşadığı kadını çaresiz durumda terk ederse, hem TCK m. 233/1 hem de 233/2 açısından gerçek içtima hükümlerini uygulanacaktır.

Öte yandan hamile eşin hamileliğinin hastalığa sebep olması ve hamile kadının bu nedenle bakıma muhtaç olması halinde, fail eşini terk ederse TCK m. 97/1 de düzenleme bulan terk suçunun unsurlarına oluştuğu takdirde fikri içtima hükümleri uygulanacaktır⁶³.

TCK m. 233/1 de düzenleme alanı bulan aile hukukundan doğan bakım eğitim ve destek yükümlülüğünün ihlali suçu ile içtiması söz konusu olabilecektir. Eğer ki hamile eşinin terk eden erkek aynı zamanda aile hukukundan kaynaklanan bakım ve destek yükümlülüğünü de ihlal ediyorsa, 233/1'e göre daha özel hüküm olan inceleme konumuz olan 233/2 hükümleri uygulanacaktır.

Daha önce de bahsettiğimiz gibi Alman Ceza Kanunu'ndaki hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün yerine getirilmemesi neticeli bir suçtur ve nafaka yükümlüsünün nafaka yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde çocuğun düşmesinin etkilenmesi gerekmektedir. Bu halde fiil Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesindeki çocuk düşürme ve düşürtme suçuna da sebebiyet verebilecektir. Bu durumda içtimadan bahsedebilmek için çocuğun düşmesi veya düşürtülmesinin nafaka yükümlülüğü ile doğrudan bir bağlantısının olması gerektiği aranacaktır.

E. YAPTIRIM

TCK m. 233/2' de düzenlenen hükme göre ilgili suçun yaptırımı 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasıdır.

AlmanCK m. 170/2'de düzenlenen suçun yaptırımı ise 5 yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu m. 233/2'de düzenlenen hamile kadını terk suçu ile Alman Ceza Kanunu m. 170/2'de düzenlenen hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünün ihlali suçlarının her ikisinin de anneyi ve doğmamış olan çocuğun yaşam hakkının korunması ve bu bağlamda ailenin ve toplumun korunması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi her iki ülke de kadını ve çocuğu korumak için gerekli önlemleri almaya çalışmış, ceza kanunlarında buna yönelik düzenlemeleri getirmiştir.

⁶³ ARTUÇ Mustafa, Kişilere Karşı suçlar, Adalet yayınevi, Ankara, 2018, syf. 734

Türk Ceza Kanunu'ndaki hamile kadını çaresiz durumda terk suçu kendisinden hamile olduğunu bildiği eşini veyahut sürekli olarak birlikte yaşadığı kadını çaresiz durumda terk eden erkeğin bu fiiline yönelik bir yaptırım öngörmektedir. Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen suç tipinde ise hamile kadına karşı nafaka yükümlülüğünü yerine getirmeyen, nafaka yükümlüsüne yönelik bir yaptırım öngörülmektedir.

Araştırmamız esnasında yapmış olduğumuz incelemeler neticesinde her ne kadar, toplumda karşılaşılmaması oldukça mümkün olan bir suç tipi olmasına rağmen yargı mercilerine intikal etmiş çok fazla vaka olmadığı görülmüştür. Keza uygulamada böyle bir suç tipinin varlığının bilinmediği sonucuna ulaşılmıştır. Öte yandan yukarıda da ifade ettiğimiz gibi hukuki düzenlemelerin anneyi ve çocuğu, bu bağlamda aileyi korumaya yönelik olarak biçimlenmesi oldukça olumlu birer gelişmedir.

KAYNAKÇA

Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch) (StGB)

Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch) (BGB)

ARTUÇ Mustafa	Kişilere Karşı suçlar, Adalet yayınevi, Ankara, 2018
BAŞARAN Şeyma	Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019
ÇAKMUT Özlem Yenerer	Türk Ceza Yasası'nda Terk Suçu (TCK m.97), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXV, S.2, 2007
DEMİRBAŞ Timur	Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yayınları, Ankara, 2023
DONAY Süheyl	Türk Ceza Kanunu Şerhi
HAKERİ Hakan	Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015
KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2023
Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch	Band 3, § 80-184g StGB, §170, München, 2012
NUHOĞLU, Ayşe	Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Yayınları, İstanbul, 2009
ÖZGENÇ İzzet	Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin yayınları, Ankara, 2023
PARLAR Ali	Açıklamalı-Atıflı-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu El Kitabı, Bilge yayınevi, Ankara, 2018
PARLAR	Türk Ceza Kanunu Şerhi (TCK m.135-345) Cilt:2
ŞENER, Emine Gülnihal	Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu, Adalet Dergisi (AD), Mayıs 2010
TEPE İlker	JÜNEMANN Alexander, Alman Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Sistemi, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014
TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan	ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin yayınları, Ankara, 2013
TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Murat	Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul/İzmir, 2010
YAŞAR, Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa	Türk Ceza Kanunu, Cilt V, Adalet Yayınları, Ankara 2010
YENİSEY Feridun, PLAGEMANN Gottfried	Alman Ceza Kanunu (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), İstanbul, 2009 Beta Yayınları
ZAFER Hamide	Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüğün İhlali Suçu; DONAY Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi
T.C. Alaşehir Sulh Ceza Mahkemesi, 2.12.2012 Karar tarihi, 2011/... Esas no, 2011/... Karar no, (Dosyada katılan mağdur çocukların da olması nedeniyle esas ve karar	

numaraları gösterilmemiştir.)

T.C. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi, 13.02.2018 Karar tarihi, 2018/16 Esas no, 2018/139 Karar no

T.C. Bandırma Ağır Ceza Mahkemesi, 14.12.2016 Karar tarihi, 2016/215 Dosya no, 2016/340 Esas no

T.C. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi, 25.04.2017 Karar tarihi, 2017/374 Esas no, 2017/848 Karar no lu

T.C. Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 03.10.2013 Karar tarihi, 2012/10666 Esas no, 2013/10076 Karar no

T.C. Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 16.11.2016 Karar tarihi, 2016/13813 Esas no, 2016/17682 Karar no

T.C. Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 16.11.2016 Karar tarihi, 2016/13813 Esas no, 2016/17682 Karar no

<https://sozluk.gov.tr>

https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html#BJNR001270871BJNE00_8302307
