

**Gazi Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Dergisi**



**Gazi University
Faculty of Law
Review**

**Cilt XX, Temmuz 2016, Sayı 3
Vol. XX, July 2016, No. 3**



**ANKARA
2016**

GAZİ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Gazi Üniversitesi Gazi University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. İbrahim USLAN Prof. Dr. İbrahim USLAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü Editor in Chief

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler: Editors :

Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR
Yrd. Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assist. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK
Yrd. Doç. Dr. M. Çelebi CAN Assist. Prof. Dr. M. Çelebi CAN

Editör Yardımcıları Deputy Editors

Arş. Gör. Dilara Buket TATAR Res. Assist. Dilara Buket TATAR
Arş. Gör. M.Gökhan TÜRE Res. Assist. M.Gökhan TÜRE

Yayın Kurulu : Editorial Board :

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Assoc. Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR
Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Assoc. Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR
Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri : Secretary of Publication

Günay KANDEMİR Günay KANDEMİR

ISSN-1302-0013

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN
Basım Yeri:

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4 Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE
TEL: +90 312 216 21 51 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>
e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayınlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranmaktadır.

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yedigâr İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI	Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemal ŞANLI	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD)

Yayın İlkeleri

1. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD, ULAKBİM tarafından taranan “Hakemli Dergi” statüsünde yılda dört sayı olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman-10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
5. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 100 en çok 200 kelimededen oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
5. Makalelerde, yazar adları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri ve elektronik posta adresleri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
7. Editör kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, *kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı*

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Makalenin sonunda, makalede yararlanılan çalışmaların listelendiği kaynakça yer almalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır.

11. Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

SOYAD, Ad: **Eserin Adı**, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yıl.

Örnek:

AYHAN, Rıza: **Ticari İşletme Hukuku**, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

SOYAD, Ad: “Makalenin Başlığı”, **Makalenin Yer Aldığı Eserin Adı**, Cilt No., Sayı No., Makalenin Yer Aldığı Sayfa Aralığı.

Örnek:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar için parantez içerisinde URL ve sayfasına erişim tarihi belirtilmelidir.

Örn:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim: 13.06.2010)

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örn:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

12. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almalıdır. Kaynakçadan farklı olarak, ilk atıfta yazarların adı ve soyadı (Adı SOYADI) şeklinde yazılmalı ve çalışmanın adından (.) ile ayrılmalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örn:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, C. I, Sa. 2, s. 33.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: SOYAD, a.g.e., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Makaleler için: SOYAD, a.g.m., sayfa numarası veya SOYAD, sayfa numarası.

Örn:

KAPANİ, a.g.e., 21. veya KAPANİ, s.21.

AYHAN, a.g.m., 36. veya AYHAN, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, (a.g.e. /a.g.m.) kısaltmaları kullanılmamalıdır. Çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örn:

GÖZLER, (2010), s. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., s. 76.

İletişim Adresi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah.
Muammer Bostancı Cad. No: 4 (Beşevler Metroso
Yakını) Beşevler/ANK.

Tel: (312) 216 21 90

Faks: (312) 215 01 69

http: www.hukuk.gazi.edu.tr

e-posta: hukukdergi@gazi.edu.tr , dergihukuk2013@gmail.com

GAZI UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW (GÜHFD) EDITORIAL POLICY

- 1.** Gazi University Faculty of Law Review (GÜHFD) is published four times per year as a “Peer-reviewed Journal” and it is indexed by ULAKBIM.
- 2.** Articles submitted to the Journal should not have been published or submitted elsewhere to be published; Submittal of the article to our Journal constitutes a commitment by the author.
- 3.** Articles should be written in “Microsoft Word” software. Body of the article should be formatted as Times New Roman-12 points-normal style; footnotes should be formatted as Times New Roman-10 points-normal style and submitted on a CD or via email to the Editor.
- 4.** The main language of the Journal is Turkish; however, articles written in English, German or French are also published.
- 5.** Articles submitted to the Journal should be accompanied by summaries comprised of 100-200 words and five keywords written in the languages of the summaries. Should the article is written in Turkish; a summary written in English, German or French must also be supplemented. Should the article is written in a foreign language; it must be accompanied by a summary in Turkish.
- 5.** Names of the authors, their institutions and email addresses should be provided along with the article.
- 6.** It is assumed that the authors have submitted the articles to the Journal after proof-reading and said articles are ready to be published. Upon the preliminary audit of the Editorial Board, articles that are determined to be not compliant with scientific standards and/or editorial policy of the Journal and articles that contain typos above the ordinary are declined.
- 7.** Following the preliminary audit of the Editorial Board, the articles are presented to the peer reviewer without the name of the author in accordance with the blind review format. Authors are not informed regarding the identity of the reviewer. Should the reviewer demand corrections, the author may amend the article only in reference to said corrections. Following the corrections made by the author, the article may be re-presented to the reviewer as per the reviewer’s wish. Should the article is declined by the reviewer; no subsequent reviews are carried out. Declined articles are not sent back to their authors. The author is informed regarding the circumstance.

8. *Book reviews, opinions on legislation, advisory notes and court decision analyses* may also be published in the Journal along with peer reviewed articles. Such materials may be accepted or declined by the Editorial Board.

9. All publishing rights of articles that are accepted to be published, including but not limited to full-text publication online, belong to Gazi University Faculty of Law. Authors are assumed to have transferred said rights to the University and they are not paid any royalties.

10. A bibliography, comprised of the resource materials cited in the article, should be provided at the end of each article. The bibliography should be arranged alphabetically with regards to the surnames of the authors and the first line hanging.

11. Materials cited in the bibliography should be styled as such:

Books:

SURNAME, Name: **Title**, Edition, Publisher, Place published, Year published.

Sample:

AYHAN, Rıza: **Ticarî İşletme Hukuku**, 2nd Edition, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Articles:

SURNAME, Name, “Title of the Article”, **Title of the Book/Journal**, Volume, Number, pp.

Sample:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

URLs of online materials should be indicated in brackets along with the date of access.

Sample:

AYHAN, Rıza: “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kinacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, pp. 31-40.

(http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, Date accessed: 13.06.2010)

Should the material is co-authored; names of each author should be fully provided.

Sample:

TUNÇ, Hasan / BİLİR, Faruk / YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, 6th Edition, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

12. Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page. First citation should include complete information regarding the resource material. Dissimilarly to the bibliography, first citation to any resource material must include the name of the author as (Name SURNAME) and a comma must be placed between the name of the author and the title of the material. Relevant page of the material should be at the end of the citation.

Sample:

Rıza AYHAN, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi: Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan**, Vol. I, No. 2, p. 33.

Subsequent citations to same resource material should be as such:

SURNAME, *ibid*, p. *or* SURNAME, p.

Sample:

AYHAN, *ibid*, 36. *or* AYHAN, s.36.

Should more than one material written by a single author are referred to, *ibid* should not be used. Should the publication years of said materials differ, year for each material should be indicated in brackets; otherwise, title of the material should be abbreviated to distinguish it from other materials written by the same author.

Sample:

GÖZLER, (2010), p. 43.

GÖZLER, Anayasa Hukukunun..., p. 76.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XX

Temmuz 2016

Sayı 3

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi Elif AYAN	3-36
Ticari İş - Tüketici İşlemi İlişkisi Eren ÇITIR	37-52
Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Takip Ekonomisi Mesut KÖKSOY	53-86
Spor Tahkim Mahkemesinin Disiplin Yaptırımlarına İlişkin Kamu Düzeni Müdahalesi: İsviçre Federal Mahkemesinin Matuzalem Kararı Çerçevesinde Bir Değerlendirme Alper Çağrı YILMAZ	87-104
Yan Sınırlama Kavramı, Tarihi Gelişimi, Hukuki Niteliği Ve Unsurları Ahmet Baybars ÖZŞAHİN	105-132
Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvan Hakları Alper UYUMAZ	133-184

KAMU HUKUKU

“Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme” Uygulamasında “Danışma Yöntemi” Selcen ERDAL	187-210
Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu: Kusurlu Sorumluluk v. Kusursuz Sorumluluk Ahmet Emrah GEÇER	211-236

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

İçindekiler

İptal Davasında Feragatin Uygulanabilirliği Faruk GÖÇGÜN	237-256
Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımının Türk Ceza Adalet Sistemindeki Tarihsel Gelişim Süreci Musa KAYA	257-296
Hayvanların Korunmasına Dair Görüşlere Eleştirel Bir Bakış Dilara Buket TATAR	297-330
İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı ve Bir Kamu Gücü Ayrıcalığı Olarak Hukuka Uygunluk Karinesi İsmail UÇAR	331-374
John Locke’ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı Burcu DEĞİRMENCİOĞLU YILDIZ	375-410
Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması Fatih YURTLU	411-436

Gazi University Faculty of Law Review

Vol. XX July 2016 Number 3

CONTENTS

ARTICLES*

PRIVATE LAW

- Die Rechtliche Beurteilung Der Haftungsfreizeichnungsklauseln
In Den Allgemeinen Geschäftsbedingungen*
Elif AYAN.....3-36
- Mercantile Transaction – Consumer Transaction Relation*
Eren ÇITIR.....37-52
- Persuance Economy With Regard To The Principle Of Legal*
Mesut KÖKSOY.....53-86
- The Public Order Intervention Of The Cas For Disciplinary
Sanctions: An Assessment Within The Frame Of
The Swiss Federal Court Judgement On Matuzalem Case*
Alper Çağrı YILMAZ.....87-104
- Definition, Historical Improvement, Legal Characteristic
And Components Of Ancillary Restraint*
Ahmet Baybars ÖZŞAHİN.....105-132
- Animal Rights As A Legal Problematic In The
Light Of Actual Developments In Turkey*
Alper UYUMAZ.....133-184

PUBLIC LAW

- “The Consultation Process” In The Application Of The “Convention
On The Law Of The Non-Navigational Uses Of International Watercourses”*
Selcen ERDAL.....187-210
- The Liability Of Legal Representatives From Public
Receivables: Fault Liability V. Strict Liability*
Ahmet Emrah GEÇER.....211-236

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

İçindekiler

<i>Applicability Of Withdrawal In Action For Annulment</i> Faruk GÖÇGÜN	237-256
<i>Historical Development Of Community Service In The Turkish Criminal Justice System</i> Musa KAYA	257-296
<i>A Critical Approach To Views On Animal Protection</i> Dilara Buket TATAR	297-330
<i>The Concept Of Public Power Privilege In Administrative Law And Presumption Of Legal Correctness As A Public Power Privilege</i> İsmail UÇAR	331-374
<i>State Of Nature And Right To Resistance On John Locke</i> Burcu DEĞİRMENCİOĞLU YILDIZ	375-410
<i>Crime Of Propaganda Of Criminal Organizations And Its Reflections On Echr Decisions About Turkey</i> Fatih YURLU	411-436

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

GENEL İŞLEM KOŞULLARINDAKİ SORUMSUZLUK KAYITLARININ HUKUKEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Elif AYAN^{*,**}

ÖZET

Genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kayıtlarının akıbeti belirlenirken, ihlal edilen hükmün hukukî niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre emredici nitelikteki hükümlere (TBK m. 27, TBK m. 115 ve TBK m. 116) aykırılık halinde, sorumsuzluk kayıtlarına herhangi bir hukukî geçerlilik tanınmamalıdır. Ayrıca dürüstlük kuralının ihlal edilip edilmediğini araştırmaya gerek yoktur. Buna karşılık sorumsuzluk kayıtları ile sadece yedek hukuk kurallarından sapılmışsa, anılan kayıtlar ancak müşterilerin menfaatleri önemli ölçüde ihlal edildiğinde hükümsüz sayılmalıdır. Bu halde girişimciler sorumsuzluk kayıtları olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacaklarını ileri süremezler.

Anahtar Kelimeler: Genel İşlem Koşulları, Sorumsuzluk Kayıtları, Yürürlük Denetimi, Yorum Denetimi, İçerik Denetimi

DIE RECHTLICHE BEURTEILUNG DER HAFTUNGSFREIZEICHNUNGSKLAUSELN IN DEN ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN

ZUSAMMENFASSUNG

Während die Rechtsstellung der Haftungsfreizeichnungsklauseln in den allgemeinen Geschäftsbedingungen festgestellt wird, soll die Rechtsnatur der verletzen Bestimmung berücksichtigt werden. Wenn die Verletzung der zwingenden Bestimmungen infrage kommt, soll die Rechtsgültigkeit der Haftungsfreizeichnungsklauseln nicht erkannt werden. Außerdem besteht es keine Notwendigkeit zu untersuchen, ob gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen wird. Verletzen die Haftungsfreizeichnungsklauseln demgegenüber nur die dispositiven Bestimmungen, sollen diese Klauseln nur dann ungültig angenommen werden, wenn die Interessen der Kunden ernsthaft beeinträchtigt werden. In diesem Fall können die Unternehmer nicht behaupten, dass sie den Vertrag ohne die Haftungsfreizeichnungsklauseln nicht abschließen würden.

Schlüsselwörter: Allgemeine Geschäftsbedingungen, Haftungsfreizeichnungsklauseln, Geltungskontrolle, Auslegungskontrolle, Inhaltskontrolle.

* Bu makale, yazarın “Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması” isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14.07.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01.08.2016

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunundaki hükümler incelendiğinde, borçlunun sorumluluk alanının oldukça geniş tayin edildiği görülmektedir. Zira borçlu sadece kendi davranışlarından değil, ifa yardımcılarının davranışlarından da sorumlu tutulmuştur (TBK m. 116). Üstelik borçlu ifa yardımcısını seçerken, ona talimat verirken kendisinden beklenen her türlü özeni gösterse dahi sorumluluktan kurtulamamaktadır. Bunun dışında borçlunun her türlü kusurlu davranışından sorumlu olması¹ ve sorumluluktan kurtulabilmek için kendi kusursuzluğunu ispat etmek zorunda olması, onun hukukî durumunu biraz daha ağırlaştırmaktadır. Nitekim bu durumu dikkate alan ve taraflar arasındaki menfaat dengesinin bozulmasını istemeyen kanun koyucu, TBK m. 115 ve m. 116'da öngörmüş olduğu hükümlerle borçluya tazminat sorumluluğundan kısmen veya tamamen kurtulabilme imkânı tanımıştır.

Kanun koyucunun tanıdığı imkândan yararlanmak isteyen borçlular, alacaklıları ile karşılıklı müzakerelerde bulunarak sorumsuzluk sözleşmesi yapma ya da henüz zarar meydana gelmeden önce mevcut sözleşmeye sorumsuzluk kaydı ekleme yoluna gitmişlerdir. Bununla birlikte uygulamada özellikle bankacılık, sigortacılık ve taşımacılık gibi sektörlerde kendi konumunu en üst düzeyde korumak isteyen borçluların, sorumsuzluk kayıtlarını bireysel sözleşmelerden ziyade genel işlem koşulları arasında düzenledikleri görülmektedir.

Sözleşme özgürlüğü düşüncesine sıkı sıkıya bağlı kalındığında, sorumsuzluk sözleşmesine her durumda hukukî geçerlilik tanımak gerekir. Ancak çoğu durumda taraflar arasında sosyal ve ekonomik eşitlik söz konusu değildir. Bu eşitsizlik, genel işlem koşullarında daha yoğun bir şekilde hissedilmektedir. Öyle ki, borçlu genel işlem koşulları arasındaki sorumsuzluk kaydını tartışma konusu bile yapmamakta, alacaklıya sadece söz konusu kaydı kabul etme ya da reddetme şeklinde ikili bir seçenek sunmaktadır. Sözleşmede değişiklik yapma yetkisi elinde bulunmayan alacaklının gerçek anlamda serbest bir iradeye sahip olduğunu söylemek bir hayli güçtür. Ayrıca alacaklı genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk kaydının doğuracağı hukukî sonuçları çoğu kez entellektüel açıdan da değerlendirebilecek

¹ Kanun koyucu, borcun ifasında borçlunun menfaatinin söz konusu olmadığı bazı sözleşme tiplerinde borçlunun sorumluluğunun kapsamını sınırlandırmıştır. Örneğin, bağışlama sözleşmesinde bağışlayan sadece ağır kusuruyla vermiş olduğu zararlardan sorumlu tutulmuştur (TBK m. 294). Hafif kusur halinde ise, TBK m. 114/f. 1'in aksine bağışlayanın sorumluluğu söz konusu değildir.

durumda olmadığından, hukuken korunmaya ihtiyaç duymaktadır². İşte bu düşüncelerden hareket eden kanun koyucu, TBK m. 20 vd. hükümlerinde genel işlem koşullarını denetim altına almıştır.

Çalışmamızda genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kayıtlarının hangi hallerde geçerli sayılacağı, konuya ilişkin doktrinin getirdiği çözüm önerilerinin neler olduğu incelenmiştir. Bunun yanında bireysel sözleşmeler için TBK m. 115 ve m. 116'da öngörülen sınırlandırmaların genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kayıtları bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorunu üzerinde de durulmuştur.

I. GENEL OLARAK SORUMSUZLUK ANLAŞMALARI

Sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen, temerrüde düşen veya kusuruyla borcun ifasını imkânsız hale getiren borçlu, alacaklının uğramış olduğu zararları karşılamakla yükümlüdür. Ancak borçlunun sözleşmeye aykırı davranış ve zarar meydana gelmeden önce³ alacaklısı ile anlaşarak ileride ortaya çıkabilecek tazminat sorumluluğunu kısmen veya tamamen sınırlandırması mümkündür. Sorumsuzluk anlaşması olarak isimlendirilen bu anlaşma, borçlunun sadece tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmakta; asli ya da yan edim yükümlülüğünü etkilememektedir⁴.

² Kocayusufpaşaoğlu, Necip; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, C.1, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 226-228; ATAMER, Yeşim; **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s. 58 (Atamer, GİŞ); HAVUTÇU, Ayşe; **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 7; BAHTİYAR, Mehmet; “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Makaleler I**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 105.

³ Zarar meydana geldikten sonra yapılan anlaşmalar sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirilmez. Bu durumda ya ibra ya da sulh anlaşması söz konusu olur. Bu anlaşmalar, zararın doğumundan sonra yapıldığı için alacaklı borçlunun sorumluluktan kurtulduğu meblağı bilmekte, öngöremediği bir durumla karşı karşıya kalmamaktadır. Bu yüzden sorumsuzluk anlaşmalarıyla ilgili getirilen sınırlandırmalar ibra ya da sulh anlaşmaları bakımından geçerli değildir. OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 421; ALNIAK, M. İlhan; “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, İÜHFİM, Kemalettin Birsen'e Armağan, C. 35, S. 1-4, 1969, s. 334; ERTEN, Ali; **Sorumsuzluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara 1977, s. 91; AKMAN, Galip Sermet; **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 44; KARABAĞ BULUT, Nil; “Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, **Hüseyin Hatemi'ye Armağan**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 841, 842.

⁴ BAŞALP, Nilgün; **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s. 17; AKMAN, s. 9; KARABAĞ BULUT, s. 828.

Sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin öneri, çoğunlukla borçludan gelmektedir. Alacaklı borçlunun önerisini açıkça ya da zımnen kabul ettiği takdirde, sorumsuzluk anlaşması kurulmuş olur (TBK m. 1). Bu noktada somut olayın bütün şartları göz önünde bulundurularak, zımni kabulün söz konusu olup olmadığına karar verilmelidir. Alacaklı, borçlunun sorumsuzluk önerisine karşı susuyorsa, işin niteliğinden doğan istisnalar saklı kalmak kaydıyla, zımni kabulün bulunmadığı sonucuna varılmalıdır. Buna karşın alacaklı sorumsuzluk önerisine itiraz etme imkânına sahipken bundan kaçınmışsa, zımni kabulün varlığı kabul edilmelidir. Fakat bunun için ayrıca sorumsuzluk kaydının alacaklının açıkça görebileceği bir yerde bulunması ve alacaklının bu kaydı inceleyebilecek durumda olması gerekir. Diğer taraftan teorik olarak nadir de olsa, alacaklının da sorumsuzluk önerisinde bulunması mümkündür. Bu halde borçlunun hukukî durumu kötüleşmediğinden, susmayı zımni kabul olarak değerlendirme konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmamalıdır⁵.

Sorumsuzluk anlaşması genellikle borçlunun hiçbir şekilde sorumluluk kabul etmemesi ya da belli kusur dereceleri için (örneğin ağır kusurlu olarak verilen zararlardan) sorumlu olmayacağını kararlaştırılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, doktrinde dar anlamda sorumsuzluk anlaşması olarak nitelendirilmektedir. Buna karşılık geniş anlamda sorumsuzluk anlaşmasıyla; borçlunun sorumlu olacağı azami meblağın belirlenmesi (şahsi sınırlandırma), belli malvarlığı değerlerinin sorumluluğun kapsamı dışına itilmesi (aynı sınırlandırma), ispat külfetinin alacaklı aleyhine değiştirilmesi veya zamanaşımı süresinin kısaltılması gibi alacaklının durumunu güçleştiren her türlü kayıt kastedilmektedir. Bu tür kayıtlara da sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁶.

Sorumsuzluk anlaşması ile borçlunun ileride malvarlığında ortaya çıkabilecek azalışın önüne geçilmesi amaçlandığından, bu anlaşma borçlu açısından kazandırıcı işlem niteliğindedir. Buna karşılık söz konusu anlaşma alacaklı bakımından ise tasarruf işlemi olarak değerlendirilir. Zira alacaklı sorumsuzluk anlaşmasıyla ileride malvarlığının aktifinde doğabilecek muhtemel tazminat hakkından vazgeçmektedir⁷. Dikkat edilecek olursa, sorumsuzluk anlaşması alacaklının lehine, borçlunun ise aleyhine olan bir anlaşmadır. Normal şartlarda bir kişinin kendisi aleyhine sonuç doğuran bir anlaşmaya razı olma gerekçesini anlamak zordur. Ancak alacaklının

⁵ AKMAN, s. 33, 34; BAŞALP, s. 23-25; KARABAĞ BULUT, s. 837.

⁶ BAŞALP, s. 10 vd; KARABAĞ BULUT, s. 830; ATAMER, **GİŞ**, s. 250, dn. 64.

⁷ KARABAĞ BULUT, s. 831, 832.

sorumsuzluk anlaşmasını kabul ederken çoğunlukla sosyal ve ekonomik açıdan zayıf durumda olduğu göz önüne alınacak olursa, bunun sebebinin anlamak kolaylaşır. Nitekim Türk hukukunda da sözleşme özgürlüğü düşüncesiyle sorumsuzluk anlaşması yapılmasına izin verilmiş; ancak sözleşme adaletinin sağlanabilmesi için bu anlaşmanın geçerliliği konusunda emredici hükümler (TBK m. 115 ve m. 116) ihdas edilerek sorumsuzluk anlaşması yapma imkânı ciddi şekilde sınırlandırılmıştır⁸.

Sorumsuzluk anlaşmasının şekliyle ilgili Türk hukukunda herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Bu nedenle söz konusu anlaşma istenildiği şekilde (sözlü, yazılı vs.) yapılabilir. Öyle ki, asıl anlaşma belli bir şekil şartına tabi olsa dahi, fer'i nitelik taşıyan sorumsuzluk anlaşması herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Zira kanaatimizce şeklin kapsamına sadece objektif esaslı noktalar dâhildir⁹.

II. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDAKİ SORUMSUZLUK KAYITLARI

Uygulamada karşılıklı müzakereyle kabul edilen sorumsuzluk kayıtları ile çok nadir karşılaşmaktadır. Sorumsuzluk kayıtlarına daha ziyade genel işlem koşulları arasında yer verilmektedir. Kanaatimizce sorumsuzluk kaydının bireysel bir sözleşme kapsamında mı yoksa genel işlem koşulu olarak mı düzenlendiğini tespit etmek, bu kaydın akıbetini belirlerken önem arz etmektedir. Zira sorumsuzluk kaydının bireysel bir sözleşme kapsamında düzenlendiği sonucuna varılırsa, genel işlem koşulları bakımından geçerli olan üçlü denetim sistemi (yürürlük, yorum ve içerik denetimi) uygulanmayacak, sadece TBK m. 27'deki genel hükümsüzlük sebepleri ile TBK m. 115 ve 116 hükmü uygulanacaktır. Buna karşılık bireysel sözleşme içerisinde yer alsaydı geçerli sayılabilecek bir sorumsuzluk kaydı, örneğin borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir kayıt, genel işlem koşulu olarak öngörüldüğü takdirde kanunda öngörülen denetim yollarına başvurularak geçersiz sayılabilecektir¹⁰. Bu noktada öncelikle genel işlem koşulunun söz konusu olabilmesi için varlığı aranan unsurların neler olduğunu tespit ederek işe başlamak gerekir.

⁸ AYAN, Elif; *Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması*, Ankara 2013, s. 98, 99 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

⁹ AKMAN, s. 42; ERTEN, s. 93. Buna karşılık subjektif teoriyi benimseyen yazarlar, şeklin kapsamına objektif esaslar noktalar dışında sübjektif esaslar noktaların da dahil olduğunu, bu nedenle sorumsuzluk anlaşmasının esas anlaşmanın geçerlilik şekline uygun yapılması gerektiğini savunmaktadırlar, OĞUZMAN/ÖZ, s. 421, dn. 182; KARABAĞ BULUT, s. 834.

¹⁰ AKMAN, s. 93.

TBK m. 20/f. 1’de genel işlem koşulları “*bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla bir genel işlem koşulunun varlığından söz edebilmek için, ilk olarak bu koşulun sözleşme kurulmadan önce tek taraflı olarak hazırlanmış olması gerekir. Ancak genel işlem koşulunu hazırlayan ve kullanan kişinin aynı kişi olması gerekli değildir. Ayrıca bu koşulların somut sözleşme ilişkisi dikkate alınmadan ileride kurulacak çok sayıda sözleşme için hazırlanmış olması gerekir. Buna karşılık söz konusu koşulun fiilen kullanılıp kullanılmadığı ya da kaç adet sözleşmede kullanıldığı gibi konular, genel işlem koşulunun varlığını tespit ederken önemli değildir¹¹. Nihayet genel işlem koşulunu kullanan borçlu, kabul için bu koşulları alacaklıya dayatmalı; söz konusu koşulların içeriğini hiçbir şekilde tartışma konusu yapmamalıdır. Tarafların karşılıklı müzakeresi sonucunda kabul edilen bir hüküm genel işlem koşulu olarak nitelendirilemez; bu hüküm olsa olsa bireysel bir sözleşme hükmüdür¹². Ancak sözleşmede bu koşulların tartışılarak kabul edildiğine ilişkin bir kayda yer verilmesi, bireysel sözleşmenin varlığını kabul etmek için tek başına yeterli değildir (TBK m. 20/f. 2). Bu kayıt başlı başına bir genel işlem koşuludur.

Genel işlem koşulunu kullanan ve müşteriye nazaran üstün konumda bulunan girişimci, sadece kendi menfaatini en iyi şekilde koruyan hükümleri sözleşmeye koymaktadır. Örneğin, borçlunun temerrütten veya kusurlu imkânsızlıktan sorumlu olmayacağı, kötü ifa dolayısıyla tazminat sorumluluğunun belli malvarlığı değerleriyle ya da belli bir miktarla sınırlı olacağı, ifa yardımcılarının davranışlarından dolayı borçlunun sorumlu olmayacağı, eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıplı ifadan sorumlu tutulamayacağı şeklinde sorumsuzluk kayıtlarına yer verilebilir¹³. Müşteri kendisi bakımından neredeyse hayati öneme sahip olan sözleşmeyi akdedebilmek için aslında hiç istemese de bu tür sorumsuzluk kayıtlarını kabul etmek durumunda kalmaktadır. Zira müşteri genellikle “karınca duası” şeklinde hazırlanan bu koşulları okuyup değerlendirebilecek zamana sahip değildir. Ayrıca zaman baskısı olmasa dahi müşteri, bu kaydın kabulünün kendisi açısından doğuracağı olumsuz sonuçları algılayabilecek hukukî bilgiden yoksun olabilir. Kaldı ki, bütün bu sıkıntılar aşılrsa bile, genellikle

¹¹ ATAMER, **GİŞ**, s. 66, 67; ÇINAR, Ömer; **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009, s. 57.

¹² HAVUTÇU, s. 87, 88.

¹³ BAŞALP, s. 31.

ekonomik olarak zayıf durumda olan müşterinin girişimci ile pazarlık yapma şansı yoktur. Bu noktada müşterinin diğer girişimcilerle benzer bir sözleşme akdedebileceği düşünülebilir. Ancak müşteri onlarla sözleşme yapmak istediğinde de aşağı yukarı benzer bir kayda maruz kalacaktır. Diğer girişimciler de müşteriye sorumsuzluk kaydında değişiklik yapma şansı tanımayacak, sözleşmenin kurulmasını sorumsuzluk kaydının kabulüne bağlayacaklardır. Sonuç olarak, müşterinin sorumsuzluk kaydını kabulü ile birlikte kanunda tarafların menfaatlerini adil bir şekilde koruduğu düşünülen yedek hukuk kurallarının uygulama alanı neredeyse sıfıra indirgenecek ve sözleşmeden doğan bütün riskler müşterinin omuzlarına bırakılacaktır¹⁴.

Yukarıda belirtilen sakıncalara karşılık, “sorumsuzluk kaydının genel işlem koşulu olarak kararlaştırılmasına izin verilmemelidir” şeklinde bir düşünceye kapılmak mümkündür. Ancak her ne kadar bu tür bir kayıt sadece girişimcinin menfaatini korusa da, buna izin verilmemesi ticari hayatın gerekleriyle bağdaşmaz. Zira girişimcilerden bu koşulları tek tek müşterileri ile tartışmalarını beklemek, işlemlerin hızlı bir şekilde yürütülmesini sekteye uğratar. Zaten Türk hukukunda da genel işlem koşulları ile sorumluluğun ortadan kaldırılmasını yasaklayan bir hükme yer verilmemiştir¹⁵. Bu yüzden hukuken zayıf durumda olan alacaklıyı koruyabilmek için yapılması gereken, genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kaydını denetime tabi tutmaktır¹⁶.

TBK m. 20 vd. hükümlerinde genel işlem koşulları ile ilgili üçlü bir denetim sistemi öngörülmüştür. İlk olarak yürürlük denetimine başvuru olarak, genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kaydının sözleşmenin içeriği haline gelip gelmediği araştırılır (TBK m. 21, 22). Eğer girişimci sorumsuzluk kaydının yürürlük kazanması ile ilgili üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemişse, örneğin, müşteriye bu kaydı öğrenme imkânı vermemişse, bu kayıt kanunun ifadesiyle “yazılmamış sayılır” ve artık diğer denetim yollarına başvurmaya gerek kalmadan borçlunun tazminat sorumluluğuna gidilebilir. Buna karşılık girişimci sorumsuzluk kaydının yürürlük kazanması için kanunun aradığı bütün şartları yerine getirmişse, ikinci aşamada yorum denetimine başvurulur. Eğer sözleşmede sorumsuzluk kaydının ne anlama geldiği net bir şekilde açıklanmışsa, artık içerik denetimine başvurmadan başka çare kalmaz. Bu noktada sorumsuzluk kaydı ile müşterilerin menfaatlerinin

¹⁴ ATAMER, *GİŞ*, s. 30, 35; OĞUZ, Cemal; *Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları*, Ankara 1993, s. 1-3 (Yayınlanmamış Doktora Tezi); HAVUTÇU, s. 7, 8; ERTEN, s. 118.

¹⁵ ERTEN, s. 119, dn. 152.

¹⁶ AYAN, s. 147.

dürüstlük kuralını ihlal edecek şekilde bozulup bozulmadığı araştırılır, böyle bir bozulma söz konusu olduğunda anılan kayıt hükümsüz sayılır¹⁷.

İçerik denetimi esnasında genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olup olmadığını tespit ederken, emredici nitelikteki TBK m. 115 ve m. 116'daki hükümler de göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre TBK m. 115 ve m. 116'ya göre kesin hükümsüz sayılan sorumsuzluk kayıtları hakkında ayrıca TBK m. 25'teki içerik denetiminin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Başka bir ifadeyle, TBK m. 25'in uygulama alanının kanunun emredici hükümlerini ihlal etmeyen (TBK m. 115 ve m. 116'ya uygun düşen) ancak yedek hukuk kurallarından sapan sorumsuzluk kayıtları ile mi sınırlı olduğunu tespit etmek gerekir¹⁸. Bu sorunu çözebilmek için öncelikle genel işlem koşulları için getirilen denetimin kapsamını, ardından TBK m. 115 ve m. 116'daki sınırlamaları incelemek gerekir.

III. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDAKİ SORUMSUZLUK KAYITLARININ YÜRÜRLÜK KAZANMASI

A. GENEL OLARAK YÜRÜRLÜK DENETİMİ

Yürürlük denetimi ile amaçlanan, içerisinde sorumsuzluk kaydı da bulunan genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girip girmediğini tespit etmektir¹⁹. Hâkim, bunu tespit ederken büyük oranda güven teorisinden yararlanır. Yani dürüstlük kuralı dikkate alınarak, müşterinin kabul beyanının gerçekten sorumsuzluk kaydını da kapsadığı yönünde girişimcinin korunmaya değer bir hukukî menfaatinin bulunup bulunmadığı araştırılır²⁰. Böylece genel işlem koşullarının tamamını kabul eden müşterinin kabul beyanının hangi kayıtları içerdiği belirlenir ve müşterinin hiçbir şekilde göz önünde bulundurmadığı, kendisi için alışılmamış nitelik taşıyan kayıtlarla bağlı tutulması engellenmiş olur²¹.

TBK m. 21'de yürürlük denetimi "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması*

¹⁷ ATAMER, Yeşim; "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55/f. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, s. 11 (ATAMER, Sempozyum).

¹⁸ Bu sorular içerik denetimi başlığı altında çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır, bkz. V, B.

¹⁹ ÇINAR, s. 67.

²⁰ ATAMER, **Sempozyum**, s. 26, 27.

²¹ HAVUTÇU, s. 105.

sırasında düzenleyenin karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır” şeklinde öngörülmüştür. O halde sorumsuzluk kaydının sözleşmenin içeriği haline gelebilmesi için müşterinin bu kaydı açıkça veya zımnen kabul etmiş olması tek başına yeterli değildir. Zira girişimcinin öncelikle sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi²², ayrıca söz konusu koşulları öğrenme imkânı tanınması gerekir.

TBK m. 21’in lafzından hareketle, sorumsuzluk kaydının kişisel olarak (açıkça) bildirilebileceği sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu kaydın ilan suretiyle bildirilip bildirilemeyeceği konusunda tereddüt yaşanabilir. Aşağıdaki bölümde kişisel bildirim nasıl yapılacağı açıklandıktan sonra, ilan suretiyle bildirim Türk hukukunda kabul edilip edilmeyeceği sorunu üzerinde durulmuştur.

B. SORUMSUZLUK KAYDININ KİŞİSEL OLARAK BİLDİRİLMESİ

Kişisel bildirim yapılmış sayılabilmesi için girişimcinin sorumsuzluk kaydının yer aldığı metni müşteriye teslim etmesi ve ancak metinde yazılı olan koşullar kabul edildiği takdirde sözleşmeyi kuracağını belirtmiş olması gerekir. Eğer bu koşullar sözleşme ekinde ayrı olarak düzenlenmişse, kişisel bildirim yapılmış sayılabilmesi için ayrıca sözleşmede genel işlem koşullarına atıfta bulunulması gerekir²³. Buna karşılık müşterinin genel işlem koşullarının içeriği hakkında bilgi sahibi olması gerekli değildir; genel olarak bu koşulların varlığından haberdar olması gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla girişimci bu koşullar arasında sorumsuzluk kaydının bulunduğunu ve bunun ne anlama geldiğini açıklamak zorunda değildir²⁴. Zira kanun koyucu içerik hakkında bilgi sahibi olma şartını arasaydı, TBK m. 21 hükmünü “*bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilmesi*” şeklinde değil “*bu koşulların içeriği*

²² Alman Federal Mahkemesinin önüne gelen bir davada, kuru temizleme işini yürüten girişimcinin sorumluluğu genel işlem koşullarıyla temizlik ücretinin 15 katı ile sınırlandırılmış ve müşteriye ayrıca uğrayabileceği muhtemel zararları sigorta ettirebilme imkânı tanınmıştır. Mahkeme, sigorta kaydı nedeniyle müşterinin bilgilendirildiğini dikkate alarak sorumsuzluk kaydını geçerli kabul etmiştir, BGH 12.5.80 NJW 80, 1953=BGHZ 77, 126. Karar için bkz. BAŞALP, s. 31, dn. 97.

²³ ATAMER, **GİŞ**, s. 86; HAVUTÇU, s. 110; ÇINAR, s. 74.

²⁴ HAVUTÇU, s. 110.

hakkında bilgi verilmesi” şeklinde düzenlerdi²⁵.

Bildirim sözleşme kurulmadan önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda yapılmış olması gerekir. Daha sonraki bir dönemde yapılan bildirim, sorumsuzluk kaydının sözleşme metnine dâhil olması sonucunu doğurmaz. Zira girişimcinin yapacağı bu bildirim, hukuken sözleşmenin değiştirilmesine yönelik bir öneridir. Bu öneri, müşteri tarafından açıkça kabul edilmediği sürece girişimci sorumluluktan kurtulamaz²⁶. Dolayısıyla müşterinin susması zımni red olarak değerlendirilir.

Girişimci sorumsuzluk kaydının yer aldığı genel işlem koşullarına atıf yapmamış, ancak müşteri bir şekilde bu kaydın varlığını öğrenmiş ve herhangi bir itirazda bulunmamışsa, müşterinin söz konusu kayıtla bağlı olup olmayacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. Yürürlük denetiminin ön şartı, girişimcinin genel işlem koşullarına atıf yapması olduğuna göre, yükümlülüğünü yerine getirmeyen girişimci sorumsuzluk kaydının sözleşmenin içeriği haline geldiğini ileri süremez. Ancak girişimcinin bütün sözleşmelerini akdederken aynı genel işlem koşulunu kullandığı genel olarak biliniyorsa, somut olayda özellikle müşterinin dikkati çekilmemiş olsa bile müşteri söz konusu kayıtla bağlı hale gelir. Aksinin kabulü dürüstlük kuralını zedeler²⁷.

C. SORUMSUZLUK KAYDININ İLAN SURETİYLE BİLDİRİLMESİ

Genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kaydı, müşteri tarafından zımnen dahi olsa kabul edilmediği sürece girişimcinin tazminat sorumluluğu devam eder. Zira hiç kimse başka bir kişinin hukukî durumunu onun iradesi olmaksızın ağırlaştıramaz. Ancak uygulamada girişimciler tek taraflı iradeleriyle hazırlamış oldukları sorumsuzluk kayıtlarını işyerlerinin belli bölümlerine (kasaya, girişe vs.) asmaktadırlar. Oldukça sık karşılaşılan bu tür bir ilan karşısında müşterinin sessiz kalması, zımni kabul şeklinde yorumlanabilir

²⁵ KAŞAK, Esra; “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”, İÜHFD, C. 3, S. 1, 2012, s. 419.

²⁶ ATAMER, **GİŞ**, s. 90, 91. Örneğin, bir otobüs firmasının verdiği biletin arkasında yer alan “kişisel eşyalarınızın kaybolmasından dolayı işletmemiz sorumlu değildir” şeklindeki sorumsuzluk kaydı karşısında müşterisinin sessiz kalması, hukuken kabul olarak değerlendirilmemelidir. Zira bilet müşteriye verilmeden önce sözleşme zaten kurulduğu için bilette yer alan bu tür bir sorumsuzluk kaydı, sözleşmeyi değiştirmeye yönelik öneri olmaktan ileri gidemez. Ayrıca müşteriye biletin arkasında bir sorumsuzluk kaydı bulunup bulunmadığını araştırmak şeklinde bir yükümlülük yüklenemez. HAVUTÇU, s. 125-127.

²⁷ ERTEN, s. 122.

mi²⁸? Bu soruya cevap vermeden önce, girişimciye sorumsuzluk kaydını ilan suretiyle bildirme imkânının tanınıp tanınmayacağı sorunu üzerinde durulmalıdır. Zira girişimciye bu tür bir imkân tanınmazsa, müşterinin sessiz kalması herhangi bir hukukî sonuç doğurmaz.

Konuya ilişkin Alman Medeni Kanununda “*sözleşmenin kuruluşu sırasında genel işlem koşullarını kullananın açıkça genel işlem koşullarına atıfta bulunarak veya sözleşmenin kuruluş tarzı nedeniyle açıkça atıfta bulunmanın aşırı güçlük yaratması halinde, sözleşmenin kurulduğu yerde açıkça görülebilir şekilde asmak suretiyle diğer tarafın dikkatini genel işlem koşullarına çekmesi; aynı zamanda diğer tarafa genel işlem koşullarının içeriğini öğrenmesini ondan beklemeyi mümkün kılacak şekilde imkân yaratması ve diğer tarafın bu koşulların varlığını kabul etmesiyle*” söz konusu koşulların yürürlük kazanacağı hükme bağlanmıştır²⁹ (BGB § 305/2).

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, TBK m. 21’ in lafzına bağlı kalınarak girişimciye ilan suretiyle bildirimde bulunma olanağı tanınmamalıdır³⁰. Başka bir görüşe göre ise, genişletici yorum yöntemine başvurularak girişimciye sorumsuzluk kaydını ilan suretiyle bildirebilme imkânı tanınmalıdır. Aksini kabul edersek, otopark işleten bir kişi otoparka bırakılan otomobillerin başına gelecek zararlardan sorumlu olmayacağını her bir müşterisine tek tek bildirmek zorunda kalacaktır. Bu da ticari hayatın gerekleriyle bağdaşmayacaktır³¹. Kanaatimizce, somut olayın şartları bir bütün olarak çok sıkı bir şekilde değerlendirildikten sonra ilan suretiyle bildirim mümkün olup olmadığına karar verilmelidir. Dürüstlük kuralı (MK m. 2) da bu sonucu haklı kılmaktadır. Örneğin, otomattan ürün almak isteyen kişinin karşısında satıcı ya da ifa yardımcısı olmadığı için sorumsuzluk kaydının ilan suretiyle bildirilmesine izin verilmelidir. Zira böyle bir durumda sorumsuzluk kaydının kişisel olarak bildirilmesi neredeyse imkânsızdır. Nitekim Alman hukukunda da müşterinin açıkça uyarılmaması sebebiyle yüksek bir riziko ile karşılaşma ihtimaline binaen hükmün uygulama alanı dar yorumlanmakta ve sadece istisnai hallerde girişimciye ilan yoluyla sorumluluğunu sınırlandırabilme olanağı tanınmaktadır³². Ancak bunun için sorumsuzluk kaydının ilk bakışta kolaylıkla görülebilecek bir yere (örneğin mağazanın girişine) asılması gerekir. Zira

²⁸ AYAN, s. 153.

²⁹ Hükümün çevirisi için bkz. HAVUTÇU, s. 106, 107.

³⁰ ÇINAR, s. 73, dn. 24.

³¹ ATAMER, *Sempozyum*, s. 27.

³² HAVUTÇU, s. 124, dn. 309.

müşterinin böyle bir kaydın bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğü yoktur³³. Dolayısıyla açıkça görülmeyen bir yerde ilan edilen sorumsuzluk kaydına karşı susan müşteri, bu kaydı zımnen kabul etmiş sayılmaz.

Konuya ilişkin olarak TBK m. 578/f. 2’de otel ve pansiyon gibi yerleri işleten kişilerin ilan suretiyle sorumluluklarını sınırlandıramayacakları hüküm altına alınmıştır. Ancak bu kişiler müşterileri ile bireysel sözleşme akdederek sorumluluklarını sınırlandırabilirler³⁴. Yeter ki kanundaki emredici hükümler (TBK m. 115 ve m. 116) ihlal edilmemiş olsun. Aynı şekilde otel veya pansiyon işleten kişiler, kişisel bildirimde bulunarak da sorumluluklarını sınırlandırabilirler. Zira TBK m. 578’te sadece ilan yoluyla sorumluluğun ortadan kaldırılmasına sınır getirilmiştir.

Buna karşılık otel ve pansiyon işletmeyen kişilerin hukukî durumuyla ilgili doktrinde görüş ayrılığına düşülmüştür. Bir görüşe göre³⁵, bu konuda kanunda özel bir düzenleme bulunmadığı için otel ve pansiyon işletmeyenler ilan yoluyla sorumluluklarını sınırlandırabilirler. Buna karşılık diğer bir görüşe göre³⁶, hakkaniyetin gerektiği diğer bütün hallerde TBK m. 578/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması gerekir. Nihayet başka bir görüşe göre³⁷, kıyasen uygulama yoluna gitmeden genel işlem koşullarıyla ilgili içerik denetimine başvurularak aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Kanaatimizce, son görüşe üstünlük tanınmalıdır. Zira TBK m. 578/f. 2 hükmü sadece otel ve pansiyon gibi yerleri işletenlerin kişisel durumları dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Özel hükmün kapsamını genel hüküm gibi bütün hukukî ilişkileri kapsayacak şekilde genişletmek isabetli değildir. Hakkaniyet düşüncesi ile hükmün uygulama alanını genişletmeye de gerek yoktur. Zira her ne kadar hakkaniyet düşüncesi, yeni Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce ekonomik bakımdan zayıf durumda olan müşterileri koruyabilmek için dikkate değer bir nitelik taşısa da, yeni Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte TBK m. 25’te öngörülen içerik denetimi, müşteriler için zaten aynı korumayı sağlamaktadır.

³³ ÇINAR, s. 77.

³⁴ ÇINAR, s. 78, dn.37; HAVUTÇU, s. 125; ATAMER, *GİŞ*, s. 90.

³⁵ ALNIAK, s. 336.

³⁶ AKMAN, s. 38, 39; KARABAĞ BULUT, s. 841.

³⁷ ATAMER, *GİŞ*, s. 90, dn. 53; BAŞALP, s. 60.

D. ALIŞILMAMIŞ NİTELİKTEKİ SORUMSUZLUK KAYITLARININ HUKUKİ DURUMU

Girişimci, sorumsuzluk kaydının yer aldığı genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bildirimde bulunup, müşteriye bu koşulları öğrenme fırsatı verdiğinde, müşteri sözleşme metnini okumasa (global olarak kabul etse) dahi bu koşullar sözleşmenin bir parçası haline gelir. Bununla birlikte global kabul halinde, müşteri sadece kendisi bakımından beklenebilir, alışılmış nitelik taşıyan kayıtlarla bağlıdır. Zira müşteri açısından beklenilmez nitelik taşıyan, alışılmamış kayıtların sözleşmenin kapsamına dâhil olması mümkün değildir. Dürüstlük kuralı gereğince kabul beyanının bu tür kayıtları da kapsadığı yönünde girişimcinin korunmaya değer haklı bir menfaati yoktur³⁸. Ancak girişimci bu kayıtların varlığı hakkında müşterisini açıkça bilgilendirirse, artık alışılmamış olma durumu sona erer ve söz konusu kayıt sözleşmenin bir parçası haline gelir³⁹. Karine olarak hiç kimse kendisi aleyhine sonuç doğuran kayıtları kabul etmeyeceğine göre, girişimci, sözleşmedeki kayıtlarla ilgili müşterinin dikkatini çektiğini ispat etmek zorundadır⁴⁰.

Bir kaydın alışılmamış bir kayıt olarak nitelendirilebilmesi için ilgili kaydın kanunun ifadesiyle “sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı bir kayıt” olması gerekir (TBK m. 21/f. 2). Doktrinde alışılmamış kayıtlar, “hal ve şartlara, özellikle sözleşmenin dış görünümüne göre kullanıcı karşısındaki sözleşme tarafının hesaba katmasının beklenemeyeceği koşullar” şeklinde ifade edilmiştir⁴¹. Kaydın alışılmamış olup olmadığını belirlerken, müşterinin kişisel özellikleri değil, onun dâhil olduğu sosyal çevredeki makul ve orta zekâlı insan tipi dikkate alınmalıdır⁴². Örneğin, borca aykırılık bölümü dışında tamamen alakasız bir yerde düzenlenen sorumsuzluk kaydı ya da borçlunun sözleşmeden doğan bütün borçları gereği gibi ifa edeceğini belirtmiş olmasına rağmen sonradan genel işlem koşulları arasında sorumluluğunun bir başkasına ait olacağı yazıldığında, bu kayıt alışılmamış bir kayıt olarak değerlendirilir. Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, otomobilin kasko sigorta şartları arasında bulunan “kiralayanın hafif ihmali ile oluşacak zararlar bile sigorta koruması dışındadır” yönündeki kayıt alışılmamış bir kayıt olarak nitelendirilmiştir⁴³.

³⁸ HAVUTÇU, s. 112; ATAMER, **GİŞ**, s. 102; dn. 111.

³⁹ KAŞAK, s. 419.

⁴⁰ AYAN, s. 157.

⁴¹ HAVUTÇU, s. 135.

⁴² HAVUTÇU, s. 137.

⁴³ KAŞAK, s. 423.

E. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDAKİ SORUMSUZLUK KAYITLARININ YAZILMAMIŞ SAYILMASI

Yürürlük denetimini geçemeyen, örneğin girişimcinin öğrenme imkânı tanımadığı veya müşteri bakımından alışılmamış nitelik taşıyan bir sorumsuzluk kaydı TBK m. 21'in ifadesiyle “*yazılmamış sayılacaktır*”.

Yazılmamış sayılma yaptırımının hukukî niteliği ile ilgili doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre⁴⁴, burada yokluk yaptırımı söz konusudur. Başka bir görüşe göre⁴⁵ yazılmamış sayılma yaptırımı, esnek (kendine özgü) hükümsüzlük şeklinde anlaşılmalıdır. Bunun dışında bu yaptırımın kesin hükümsüzlük (mutlak butlan) şeklinde anlaşılması gerektiği de savunulmaktadır⁴⁶. Kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre⁴⁷, kanunda genel işlem koşullarının yazılı şekilde hazırlanması gerektiği yönünde bir zorunluluk öngörülmediğine göre, yazılı olmayan genel işlem koşulları hakkında yazılmamış sayılma yaptırımının uygulanması mantıken mümkün değildir. Söz konusu yaptırım, Alman Medeni Kanunu § 305'te olduğu gibi “sözleşmenin kapsamına dâhil olmama” şeklinde anlaşılmalıdır.

TBK m. 22'ye göre “*Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.*” Dolayısıyla sorumsuzluk kaydı sözleşmenin kapsamına dâhil olmadığı takdirde, girişimci, “bu kayıt olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacaktım” şeklinde bir savunmada bulunamaz ve TBK m. 112'ye göre her türlü kusurundan sorumlu olur.

⁴⁴ EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 221; KILIÇOĞLU, Ahmet; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 119; OĞUZMAN/ÖZ, s. 168.

⁴⁵ Esnek hükümsüzlük halinde hükümsüzlük sebebinin bizzat taraflarca ileri sürülmesi gerekir, ANTALYA, Gökhan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2012, s. 310.

⁴⁶ ÇINAR, s. 101.

⁴⁷ ATAMER, “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar”, **Necip Kocayusufpaşaoğlu** için Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 325 (ATAMER, Armağan); ALTOP, Atilla; “Genel İşlem Koşulları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, Derleyen Murat İnceoğlu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 40; SİRMEN, Lale; “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, s. 115; BAŞALP, s. 35; ARIKAN, Mustafa; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulları”, **6098 sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu**, Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD, Haziran 2011, s. 72.

IV. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDAKİ SORUMSUZLUK KAYITLARININ YORUMLANMASI

Genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kayıtları sözleşmenin içeriği haline geldikten sonra, tarafların bu kayıtları aynı şekilde anlayıp anlamadığı araştırma konusu yapılır. Eğer bu kayıtlar taraflarca farklı şekilde anlaşılıyorsa, yorum denetimine başvurularak sorun giderilmeye çalışılır. Yorum denetiminin amacı, tarafların anlam olarak üzerinde uzlaşmadığı sorumsuzluk kayıtlarının normal şartlarda nasıl anlaşılması gerektiğini bulmak ve sözleşmenin içeriğini net bir şekilde belirleyebilmektir⁴⁸.

Yorum uyumsuzlukları genellikle “borçlu oluşan zararlardan sorumlu değildir”, “borçlu yalnızca Y liraya kadar oluşan zararlardan sorumludur” şeklindeki genel sorumsuzluk kayıtlarında karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir kaydın borçlunun sözleşme sorumluluğu dışında haksız fiil sorumluluğunu da sınırlandırıp sınırlandıramayacağı, üçüncü kişilerin özellikle ifa yardımcılarının da bu kayıtlara dayanarak sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı, zararın ifa yardımcısının fiilinden kaynaklanması halinde borçlunun söz konusu kayda dayanıp dayanamayacağı sorunlarını çözerken yorum denetimine başvurulur⁴⁹.

Ancak yorum denetimine başvurmadan önce genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk kaydının taraflarca ayrı bir bireysel sözleşme konusu haline getirilip getirilmediği araştırılmalıdır. Aynı kayıt bireysel sözleşme ile daha farklı şekilde düzenlenmişse, artık bireysel sözleşme hükmü öncelikli olarak uygulanmalıdır. Zira bireysel sözleşmenin yapılmasıyla genel işlem koşuluna ilişkin iradeler arasındaki uygunluk durumu da ortadan kalkmış olur⁵⁰. Bu noktada nadir de olsa, genel işlem koşulu ile müşterilerin menfaatleri daha iyi korunuyor olabilir. Ancak bu durumda dahi bireysel sözleşme hükmüne öncelik verilmelidir⁵¹. O halde genel işlem koşulları arasında “borçlunun hiçbir kusurundan sorumluluk kabul etmeyeceği” yönündeki düzenlemenin ardından bireysel sözleşmede “borçlunun borca aykırı davranışından sorumlu olduğu” belirtilmişse, girişimci sorumsuzluk kaydından yararlanamaz. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de sözleşme konusu şeyin belli niteliklere

⁴⁸ ÇINAR, s. 108; SİRMEN, s. 118, 119.

⁴⁹ BAŞALP, s. 108.

⁵⁰ HAVUTÇU, s. 141, 142; SOYER, M. Polat; **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, İzmir 1986, s. 85, 86; YAVUZ, Nihat; “Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi”, **YD**, C. 25, S. 1-2, Ocak Nisan 2009, s. 577.

⁵¹ ARIKAN, s. 72.

sahip olduğu yönünde taahhütte bulunan satıcının, genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kaydına başvuramayacağına karar vermiştir. Karara gerekçe olarak, bireysel sözleşme ile genel işlem koşulu arasındaki çatışma gösterilmiştir⁵².

Konuya ilişkin ayrıca bireysel sözleşme yapılmamışsa, artık yorum denetimine başvurulabilir. Bu noktada genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kaydının açık ve anlaşılır olup olmadığı ya da birden çok anlama gelip gelmediği incelenir (Belirsizlik İlkesi). Eğer böyle bir durum varsa, söz konusu kayıt düzenleyen aleyhine, müşterinin lehine yorumlanır (TBK m. 23). Zira girişimci sorumsuzluk kaydını kaleme alırken, anlam karmaşasına yol açmamaya özen göstermelidir. Bu özeni göstermezse, sorumsuzluk kaydının kendisi aleyhine yorumlanmasına katlanmak zorunda kalır. Bununla birlikte girişimci sorumsuzluk kaydının başkaları tarafından hazırlandığını gerekçe göstererek, bu kaydın kendisi lehine yorumlanmasını isteyemez⁵³. Zira girişimci genel işlem koşullarını müşteriye sunmadan önce kayıtlarda değişiklik yapabirdi. Dolayısıyla müşteriden kendisinin etki etmediği bir kayıttan doğan rizikoyu üstlenmesi beklenemez.

İsviçre Federal Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sağlık sigortası poliçesi içerisinde “sigortalının yanlış ilaç veya uyuşturucu madde kullanması halinde oluşacak zararlardan Sigorta Şirketi sorumlu değildir” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Mahkeme, sigara kullanımı sonucunda oluşan zarardan dolayı açılan davada “uyuşturucu madde” ifadesini isabetli bir şekilde sigortalının lehine yorumlamış ve sigarayı bu kapsamda değerlendirmemiştir⁵⁴. Böylece Sigorta Şirketi TBK m. 112’ye göre sorumlu tutulmuştur.

Yorum uyuşmazlıkları çözülürken uygulanacak olan yöntemle ilgili hukuk sistemleri arasında ciddi farklılıklar söz konusudur. Alman hukukunda genel işlem koşullarının soyut ve genel olma niteliğinden hareketle, objektif yorum yöntemi benimsenmiştir. Buna göre genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kaydı somut olayın taraflarından bağımsız olarak yorumlanmakta ve orta zekâli kişilerin sorumsuzluk kaydına yükleyeceği anlam dikkate

⁵² YAVUZ, s. 578’den naklen.

⁵³ HAVUTÇU, s. 152; SOYER, s. 132-134; KUNTALP, Erden; “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 8 Nisan 2011, s. 96; ATAMER, **Armağan**, s. 300.

⁵⁴ ATAMER, **GİŞ**, s. 138; dn. 82’den naklen.

alınmaktadır⁵⁵. Buna karşılık İsviçre hukukunda sübjektif yorum yöntemine üstünlük tanınmıştır. Buna göre genel işlem koşulları bireysel sözleşmelerle aynı şekilde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla yorum yaparken, somut olaydaki müşterinin içinde bulunduğu hal ve şartlar göz ardı edilmemelidir⁵⁶. Türk hukukunda da sübjektif teoriye ağırlık verilmiş⁵⁷ ve yorum uyumsuzluklarının tarafların gerçek ve ortak iradeleri dikkate alınarak çözüme kavuşturulacağı kabul edilmiştir (TBK m. 19). Buna karşılık tarafların gerçek iradeleri tespit edilemezse, dürüstlük kuralı ile güven teorisi dikkate alınarak farazi iradeler belirlenmelidir. Buna göre, makul ve dürüst bir muhatabın somut olaydaki kaydı ne şekilde anlayabileceği araştırılmalıdır⁵⁸.

Diğer taraftan “her türlü sorumluluğun ortadan kaldırıldığı” yönündeki bir sorumsuzluk kaydının kapsamını belirlerken lafzi yoruma başvurulduğunda, borçlunun hem kendi davranışlarından hem de ifa yardımcılarından davranışlarından dolayı sorumlu olmak istemediği, ayrıca sözleşme sorumluluğu dışında haksız fiil sorumluluğunun da genel işlem koşulu ile ortadan kaldırılmak istendiği sonucuna varılacaktır. Ancak lafzi yorum, bizi tek başına doğru sonuca götürmez. Sözleşmenin amacına, sorumsuzluk kaydının sözleşme içerisindeki yerine de bakmak gerekir. Öte yandan bu kayıt genel işlem koşulu olarak öngörüldüğü için daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır⁵⁹. Nitekim doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kaydının kapsamı net bir şekilde belirlenemediği takdirde, söz konusu kayıttan sadece borçlu yararlanabilmelidir. Keza böyle bir kayıt borçlunun sadece sözleşme sorumluluğu üzerinde etki etmelidir. Buna karşılık haksız fiil sorumluluğunun sınırlandırılmış sayılabilmesi için bunun sözleşmeden açıkça anlaşılması gerekir. Sorumsuzluk kayıtlarının uygulama alanı, bireysel sözleşmelerde mümkün olduğunca geniş tutulmasına karşın, genel işlem koşullarında dar tutulmaktadır. Bunun sebebi, zayıf durumda olan müşterilerin genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarına etki edememeleridir⁶⁰.

⁵⁵ HAVUTÇU, s. 149; BAŞALP, s. 119.

⁵⁶ HAVUTÇU, s. 149, 150; BAŞALP, s. 118.

⁵⁷ OĞUZ, s. 79-82; ÇINAR, s. 111, 112; ATAMER, **GİŞ**, s. 133, 134. Objektif teorinin üstün tutulması yönünde bkz. HAVUTÇU, s. 150; SOYER, s. 130.

⁵⁸ BAŞALP, s. 109.

⁵⁹ BAŞALP, s. 111, 112.

⁶⁰ ATAMER, **GİŞ**, s. 138.

V. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDAKİ SORUMSUZLUK KAYITLARININ GEÇERLİLİK SORUNU

A. GENEL OLARAK SORUMSUZLUK KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİNE YÖNELİK GETİRİLEN SINIRLAMALAR

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, kişilere sözleşmenin içeriğini serbestçe tayin etme hakkı tanır. Ancak bütün özgürlükler gibi sözleşme özgürlüğü ilkesi de sınırsız değildir⁶¹. Kanun koyucu, TBK m. 27’de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz olacağını hükme bağlamıştır. TBK m. 27, sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliğini tespit ederken başvurulacak genel hükümlerin başında gelmektedir.

Bunun dışında sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olup olmadığını tespit ederken, hukuken emredici nitelik taşıyan, borçlunun kendi davranışlarından dolayı sorumsuzluğunu düzenleyen TBK m. 115 ile ifa yardımcılarının davranışlarını konu alan TBK m. 116 hükümleri de dikkate alınmalıdır. Bu hükümler hem bireysel sözleşmelerdeki hem de genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kayıtlarının akıbetini belirlerken göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu hükümler, genel nitelikte oldukları için bütün sözleşme tiplerinde uygulanırlar. Hatta bu sözleşmenin mutlaka borçlar hukuku sözleşmesi olması da şart değildir; ilgili hükümler aile hukuku ve miras hukuku sözleşmelerinde de kıyasen uygulama alanı bulurlar⁶².

TBK m. 115 ve TBK m. 116’daki sınırlamaları ihlal etmeyen ancak TBK m. 27’ye aykırı olan bir sorumsuzluk sözleşmesi hakkında da kanaatimizce kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır⁶³. Zira taraflar arasındaki menfaat dengesini bozan bütün halleri önceden tek tek tayin etmek mümkün değildir. TBK m. 115 ve TBK m. 116’da bu haller örnek mukabilinde gösterilmiştir. Dolayısıyla bu iki hükmün uygulandığı hallerde, ayrıca ahlaka ya da kamu düzenine aykırılığın bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur. Ancak bu kapsama girmeyip yine de geçersiz olması gereken sorumsuzluk kayıtları bulunabilir. Örneğin, bireysel bir sözleşmede ya da genel işlem koşulları arasında “girişimcinin hafif kusuruyla müşterisinin vücut bütünlüğünü ihlal etmesi halinde bundan sorumlu olmayacağı” belirtilmiş olsun. Böyle bir kayıt, TBK m. 115 ve TBK m. 116 kapsamında kesin hükümsüzlüğe yol açan bir

⁶¹ AKMAN, s. 46, 47.

⁶² ERTEN, s. 201.

⁶³ Aynı yönde bkz. ERTEN, s. 197; BAŞALP, s. 242.

kayıt değildir. Ancak hiç kimse kişilik haklarından vazgeçemez ve kişilik haklarının ihlaline önceden rıza gösteremez (TMK m. 23). Dolayısıyla bu tür bir sorumsuzluk kaydı, hem TMK m. 23'e hem de TBK m. 27'deki kişilik haklarına aykırılığa dayanak geçersiz sayılmalıdır.

TBK m. 115 ve TBK m. 116 dışında kanun koyucu bazı sözleşme tiplerinde sorumsuzluk kaydının akıbetiyle ilgili özel düzenlemelere yer vermiştir. Örneğin, TBK m. 221'de satıcının ağır kusuru varsa ayıba karşı tekeffül yükümlülüğünü bertaraf eden sorumsuzluk kayıtlarının kesin hükümsüz olacağı, aynı şekilde satıcı üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, zapta karşı tekeffül yükümlülüğünü konu alan sorumsuzluk kayıtlarının geçerli olmayacağı (TBK m. 214/f. 3), yine kiraya verenin kiralananı teslim etme ve sözleşme süresince kiracının kullanımına elverişli halde bulundurma borcunu konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı aleyhine hiçbir şekilde değiştiremeyeceği, diğer kira sözleşmelerinde (adi kira veya ürün kirasında) ise kiracı aleyhine genel işlem koşulları ile sorumluluğun sınırlandırılmayacağı (TBK m. 301) yönündeki hükümler, bunlardan sadece bazılarıdır. Elbette bu örnekleri artırmak mümkündür. Ancak burada önemli olan husus, her ne kadar münferit sözleşme tipleri için kanunda özel düzenlemeler mevcut olsa da, bu sözleşmeler hakkında TBK'nın 115 ve 116. maddelerinin tamamlayıcı nitelikte uygulanmaya devam edeceğidir⁶⁴.

Aşağıdaki bölümde TBK m. 115/f.1'e ve TBK m. 116'nın kapsamı tespit edilmeye çalışılmıştır.

1. Borçlunun Kendi Davranışlarını Konu Alan Sorumsuzluk Kayıtlarının Geçerliliği (TBK m. 115)

Borçlunun kendi davranışlarından sorumlu olmayacağına yönelik yaptığı sorumsuzluk anlaşması, ancak belli şartlar altında geçerli kabul edilmiştir. TBK m. 115'e göre zarara ağır kusuruyla (kasten ya da ağır ihmaliyle) yol açan borçlunun yaptığı sorumsuzluk anlaşması (hiçbir istisna kabul edilmeksizin) kesin olarak hükümsüzdür. Bu hükümle, ekonomik açıdan zayıf durumda olan alacaklı, borçlunun keyfi hareketlerine karşı korunmuştur⁶⁵.

Kural olarak borçlunun hafif kusurunu (hafif ihmali) konu alan sorumsuzluk anlaşmaları geçerlidir. Ancak bu anlaşma, (i) borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkinse veya (ii) kanun ya da yetkili makamlar tarafından

⁶⁴ AKMAN, s. 104; KARABAĞ BULUT, s. 844; BAŞALP, s. 349.

⁶⁵ AKMAN, s. 53; ALNIAK, s. 337.

verilen izinle yürütülen ve uzmanlığı gerektiren bir meslek veya sanatın icrasına yönelikse kesin olarak hükümsüzdür. (TBK m. 115/f. 2). Söz konusu iki istisnai halde hâkim hafif kusura ilişkin sorumsuzluk anlaşmasını takdir yetkisini kullanarak dahi geçerli sayamaz⁶⁶.

a. Alacaklı ile Borçlu Arasındaki Hizmet Sözleşmelerine İlişkin Sorumsuzluk Kayıtları

TBK m. 115/f. 2'ye göre “*Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*”

İşçi konumundaki alacaklı, işverenin sunduğu sorumsuzluk kaydını kabul etmiş olsa bile kabul beyanının gerçekte serbest bir iradeye dayandığını söylemek bir hayli zordur. Zira işçi, çoğunlukla işe kabul edilmek ya da mevcut işinden olmamak için kendisi aleyhine sonuç doğuran böyle bir kayda onay vermek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla sosyal ve ekonomik açıdan işverene bağlı olan işçinin korunmaya ihtiyacı vardır⁶⁷. Ancak TBK m. 115/f. 2 hükmü ile bu koruma tam olarak sağlanamamaktadır. Zira hükümde geçen “hizmet sözleşmesinden doğan herhangi bir borç” ifadesine birebir bağlı kalındığında, işçi olan borçlunun, bir şekilde işverene kabul ettirmeyi başardığı sorumsuzluk kayıtları da geçersiz sayılacaktır. Zira hizmet sözleşmesi karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olduğuna göre, işverenin ücret ödeme borcu (TBK m. 401) dışında işçinin göstermesi gereken özen ve sadakat borcu da (TBK m. 396) hükmün kapsamı içinde değerlendirilebilecektir. Ancak hükmün lafzına bu şekilde bağlı kalmak, kanun koyucunun “zayıf olan tarafı koruma” yönündeki temel amacına uygun düşmez⁶⁸. Nitekim doktrinde de söz konusu hüküm haklı olarak eleştirilmekte ve hükmün önceki Borçlar Kanununda olduğu gibi “alacaklı borçlunun hizmetinde ise”

⁶⁶ TBK m. 115’in karşılığını oluşturan 818 sayılı BK m. 99’da hâkime sorumsuzluk anlaşmasını hükümsüz kılma konusunda takdir yetkisi tanınmıştı. Yani hâkim hafif kusurun varlığı halinde borçlunun hizmetinde bulunan alacaklının ya da mesleğini imtiyaz suretiyle yerine getiren kişinin yaptığı sorumsuzluk anlaşmalarını her durumda hükümsüz saymak zorunda değildi. Hâkim, somut olayın şartlarını dikkate alarak bu tür bir anlaşmayı geçerli kabul edebilmekteydi. TBK m. 115’te hâkime bu yönde bir takdir yetkisi tanınmaması, doktrinde haklı olarak yoğun şekilde eleştirilmektedir, BAŞALP, s. 188; KILIÇOĞLU, s. 665, 666.

⁶⁷ ERTEN, s. 230; AKMAN, s. 57; KARABAĞ BULUT, s. 845, 846; OĞUZMAN/ÖZ, s. 423; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 885; ŞENOCAK, Zariye; **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1995, s. 883.

⁶⁸ AYAN, s. 106.

şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir⁶⁹. Bu bağlamda söz konusu değişiklik yapıncaya kadar örtülü boşluğun mevcut olduğu kabul edilmeli ve işvereni hafif kusurundan sorumlu tutmayan kayıtlar kesin hükümsüz sayılmalıdır⁷⁰.

Hizmet sözleşmesi dışında alacaklının borçluya bağımlı olduğu diğer sözleşme ilişkilerinde (örneğin, çıraklık ilişkisinde ya da memur ile amiri arasındaki ilişkide) hafif kusura ilişkin sorumsuzluk kayıtlarının akibetinin ne olacağı sorunu çözüme kavuşturulmalıdır. Bilindiği üzere, önceki Borçlar Kanununda “alacaklı borçlunun hizmetinde” ise ifadesi geniş bir şekilde yorumlanmakta ve hizmet sözleşmesi dışında bağımlılığın söz konusu olduğu diğer sözleşme ilişkilerinde de sorumsuzluk kayıtları geçersiz sayılmakta idi⁷¹. Ancak “hizmet sözleşmesinden doğan borç” şeklindeki katı ifade karşısında artık bu şekilde bir yorum yapma imkânı bulunmamaktadır⁷². Zira “alacaklının borçlunun hizmetinde” olması ile “hizmet sözleşmesinden doğan borç” ifadeleri aynı anlama gelmemektedir⁷³. Bu halde kanun koyucunun, önceki Kanuna uygun şekilde TBK m. 115/f. 2’de değişikliğe gitmesi isabetli olacaktır. Aksi halde hiçbir haklı gerekçe olmaksızın çıraklar ya da memurlarla işçiler arasında ayırım yapılmış olacak ve bu kişiler amirlerine karşı hukuken korunmasız durumda kalacaklardır.

b. Uzmanlığı Gerektiren Mesleklere İlişkin Sorumsuzluk Kayıtları

TBK m. 115/f. 3 gereğince “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*”

Kamusal nitelik taşıyan işleri yürüten kişiler, yetkili makamlardan aldıkları izinle hareket ettiklerinden ve sürekli olarak aynı işi yaptıklarından, toplumda bu kişilerin işlerinin ehli olduklarına ilişkin özel bir güven duyulmaktadır. Toplumun ve alacaklının güvenini boşa çıkarmak istemeyen kanun koyucu, TBK m. 115/f. 3 hükmü ile bu kişilerin sorumsuzluk anlaşması yapma imkânını ortadan kaldırmıştır⁷⁴. Ancak hükmün uygulanabilmesi için

⁶⁹ BAŞALP, s. 189; OĞUZMAN/ÖZ, s. 423, 424; KILIÇOĞLU, s. 659, 660.

⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 424.

⁷¹ AKMAN, s. 61, 62; ERTEN, s. 229, 230; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 884; KARABAĞ BULUT, s. 846, 847.

⁷² KILIÇOĞLU, s. 659; BAŞALP, s. 189, 190.

⁷³ KILIÇOĞLU, s. 659.

⁷⁴ AKMAN, s. 64-67; ERTEN, s. 243-246; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 885; ALNIAK, s. 345; ŞENOCAK, s. 247; KARABAĞ BULUT, s. 848, 849.

mesleğin yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülüyor olması tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda bu mesleğin uzmanlığı gerektiren bir meslek olması gerekir. Doktrinde avukatlık, noterlik, eczacılık, bankacılık gibi meslekler bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷⁵. Bunun dışında sorumsuzluk kaydı uzmanlık alanına dâhil olan konuya ilişkin olmalıdır⁷⁶. Aksi halde hafif kusura ilişkin sorumsuzluk kayıtları geçerli kabul edilir.

TBK m. 115/f. 3'e karşılık gelen BK m. 99/f. 2'de sorumluluk "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından" doğmuşsa, hafif kusura ilişkin sorumsuzluk kaydının batıl sayılabileceği hüküm altına alınmıştı. Doktrinde hâkim görüş⁷⁷, BK m. 99/f. 2'nin kapsamına uzmanlığı gerektiren işlerin de dâhil edilmesi gerektiğinden yanaydı. Nitekim kanun koyucu, TBK m. 115'i kaleme alırken hâkim görüşü dikkate almıştır.

818 sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde BK m. 99/f. 2'nin kapsamına fiili tekel yetkisine sahip olan girişimcilerin genel işlem koşulu olarak öngördüğü sorumsuzluk kayıtlarının da dâhil edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu görüşün kabulü halinde, hâkim BK m. 99/f.2'ye dayanarak sorumsuzluk kaydı içeren genel işlem koşullarını hükümsüz kılma yetkisine sahip olacaktır. Buna gerekçe olarak, işlerini imtiyaz suretiyle yürütenlerle fiili tekel yetkisine dayanarak genel işlem koşulu kullananlar arasında benzerlik bulunduğu belirtilmiştir. Fiili tekel halinde, aynı iş kolunda faaliyette bulunanlar anlaşarak müşterileri ile benzer sözleşmeler yapmakta ve böylece ekonomik gücü ellerinde bulundurmaktadırlar. Her iki halde de zayıf durumda olan alacaklı sorumsuzluk kaydını kabul etmek zorunda kalmakta ve sözleşmeden doğan bütün riskleri kendisi üstlenmektedir⁷⁸. Hatta doktrinde bir adım daha ileri gidilerek, fiili tekel yetkisi bulunmasa dahi genel işlem koşullarını kullanan girişimci hakkında BK m. 99/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği dahi ileri sürülmüştür⁷⁹.

Kanaatimizce 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte artık yukarıdaki tartışmaların bir önemi kalmamıştır⁸⁰. Zira

⁷⁵ AKMAN, s. 65; ERTEN, s: 244; KARABAĞ BULUT, s. 849; KILIÇOĞLU, s. 661; OĞUZMAN/ÖZ, s. 424.

⁷⁶ BAŞALP, s. 272.

⁷⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 247; AKMAN, s. 64-67; ERTEN, s. 243-246; ALNIAK, s. 345; KARABAĞ BULUT, s. 848, 849.

⁷⁸ Bilgi için bkz. ERTEN, s. 249, 250.

⁷⁹ Bilgi için bkz. ERTEN, s. 252.

⁸⁰ Aynı yönde bkz. BAŞALP, s. 270.

TBK m. 115'e göre geçerli olan sorumsuzluk kayıtlarını hükümsüz kılabilme için TBK m. 25'te düzenlenen içerik denetimine başvurulabilir. Üstelik TBK m. 25'e göre denetim yaparken fiili tekel yetkisinin bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur. Müşterinin menfaatlerini dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde önemli ölçüde zedeleyen sorumsuz kayıtları hakkında doğrudan kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır.

1. İfa Yardımcılarının Davranışlarına İlişkin Sorumsuzluk Kayıtlarının Geçerliliği (TBK m. 116)

Borcun ifası sırasında yardımcı kişi kullanan borçlu, ifa yardımcısının alacaklıya verdiği zararlardan sorumludur. Bunun için borçlunun ya da ifa yardımcısının kusurlu olması şart değildir; ifa yardımcısının davranışının borçluya farazi kusur olarak yükletilebilmesi gerekli ve yeterlidir. Hatta borçlunun kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulması da mümkün değildir⁸¹.

Borçlunun hukukî durumunun ağır olduğunu düşünen kanun koyucu, ona ifa yardımcısının davranışlarından dolayı sorumluluktan kurtulabilme imkânı tanımıştır (TBK m. 116). Üstelik TBK m. 115'ten farklı olarak, sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği kusurun yoğunluğuna bağlanmamıştır⁸². Yani ifa yardımcısının ağır kusurlu davranışlarına ilişkin sorumsuzluk kaydı da hukuken geçerli kabul edilmiştir. Bu durum doktrinde ahlaka aykırı olarak görülmemektedir. Zira sadece borçlunun ağır kusurlu davranışlarını konu alan sorumsuzluk kayıtlarına geçerlilik tanındığında, ahlaka aykırı davranılmış olur. Borçlunun ve ifa yardımcısının ağır kusuru aynı şekilde değerlendirilmemektedir⁸³.

TBK m. 116'nın ikinci fıkrasında "*Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir*" hükmünün ardından üçüncü fıkrada "*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*" hükmüne yer verilmiştir.

TBK m. 115'ten farklı olarak, taraflar arasında hizmet sözleşmesi bulunduğu, ifa yardımcısının davranışlarıyla ilgili sorumsuzluk kaydının

⁸¹ ALNIAK, s. 339; EREN, s. 1082.

⁸² BAŞALP, s. 207.

⁸³ ERTEN, s. 221; AKMAN, s. 75; KARABAĞ BULUT, s. 853.

akıbetinin ne olacağı TBK m. 116’da hüküm altına alınmamıştır. Sistematik yorum yapıldığında, “sadece uzmanlığı gerektiren mesleklerde sorumsuzluk anlaşması yapılmasına sınır getirildiğine göre ve ikinci fıkrada sorumluluğun kaldırılmasına izin verildiğine göre, hizmet sözleşmesi mevcut olsa bile sorumsuzluk anlaşmasına hukukî geçerlilik tanınmalıdır” şeklinde bir sonuca ulaşılabilir. Ancak bu sonuç, kanunun ruhuna uygun düşmez ve hakkaniyete aykırı bazı durumlar ortaya çıkar. Bu halde TBK m. 115’te düzenlenen “borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür” şeklindeki hükmün kıyasen ifa yardımcıları hakkında da uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁸⁴. Maddede yer alan “her türlü anlaşma” ifadesi varılan sonucu haklı kılmaktadır⁸⁵. Bu çözüm tarzı hukuken mantıklıdır; ancak söz konusu ifade hâkimlerin gözünden kaçabilecek niteliktedir. O yüzden TBK m. 116’ya hizmet sözleşmeleriyle ilgili ayrı bir fıkra eklenmesi daha isabetli olur⁸⁶.

A. GENEL İŞLEM KOŞULLARINDAKİ SORUMSUZLUK KAYITLARININ İÇERİK DENETİMİNE TABİ TUTULMALARI

Girişimci, sorumsuzluk kaydının da yer aldığı genel işlem koşullarını okuması için müşterisine teslim eder ve ona bu koşulları okuma imkânı tanır, ayrıca alışılmamış nitelik taşıyan kayıtlarla ilgili müşterinin dikkatini çeker ve sözleşmede birden fazla anlama gelecek ifadelere yer vermezse, yürürlük ve yorum denetiminden başarıyla kurtulmuş olur. Dolayısıyla bu iki denetim, aslında sorumsuzluk kaydını kabul etmek zorunda kalan müşterilerin menfaatlerini tam olarak koruyamamaktadır. Hâkim, taraflar arasındaki menfaat dengesinin müşteri aleyhine hiçbir haklı sebep olmaksızın bozulduğu hallerde, içerik denetimine başvurarak sorumsuzluk kaydının hükümsüzlüğüne karar verebilmelidir⁸⁷.

⁸⁴ HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 268; NOMER, Haluk; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011, s. 229; 230.

⁸⁵ NOMER, s. 229, 230.

⁸⁶ Aynı yönde bkz. BAŞALP, s. 209.

⁸⁷ HAVUTÇU, s. 153, 154; ATAMER, GİŞ, s. 143; KOCAMAN, Arif; “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukukî Açından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 1101.

Hâkim, içerik denetimini yaparken TBK m. 25’te öngörülen “*genel işlem koşullarına, dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte hükümler konulamaz*” şeklindeki düzenlemeyi göz önünde bulundurur. Ancak bu düzenleme, hâkime gerçek anlamda yol göstermemektedir. Zira sorumsuzluk kaydı genellikle müşterinin aleyhine olmakta ve onun durumunu ağırlaştırmaktadır⁸⁸. O halde genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk kayıtları her durumda hükümsüz mü sayılacaktır? Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, dürüstlük kuralı ancak önemli ölçüde ihlal edildiği takdirde kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır⁸⁹. Zira genel işlem olarak öngörülen sorumsuzluk kaydı her hâlükârda hükümsüz sayıldığında, sözleşme özgürlüğüne aşırı ölçüde müdahale edilmiş olur. Şu halde, dürüstlük kuralının hangi hallerde aşırı ölçüde ihlal edilmiş sayılacağını belirlemek, sorunun çözümünde önemli bir hal almaktadır.

Konuya ilişkin Alman hukukunda “*bir kaydın sapılan kanuni düzenlemenin temelinde yatan asli düşünce ile bağdaştırılmasının mümkün olmaması veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları sözleşmenin amacını tehlikeye atacak derecede sınırlandırması durumunda, kuşku halinde ölçüsüz bir mağduriyetin varlığının kabul edileceği*” hüküm altına alınmıştır (BGB § 307). Benzer bir düzenleme, haksız rekabet kapsamında TTK m. 55/f. 1 (f)⁹⁰’de yer almaktadır. Doktrinde bu hükmün, genel işlem koşulu olarak öngörülen kayıtlar hakkında da kıyasen uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁹¹. Böylece kanuni düzenlemenin temelinde yatan asli düşünce ile örtüşmeyen veya sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve borçları önemli ölçüde sınırlandıran sorumsuzluk kayıtlarının karine olarak dürüstlük kuralını önemli ölçüde ihlal ettiği kabul edilecek ve haklarında kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanabilecektir. Dolayısıyla genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kaydıyla emredici nitelik taşımayan kanun hükümlerinin bertaraf edilmesi halinde doğrudan kaydın geçersizliğine karar verilemez. Bunun için ayrıca ilgili hükmün kanuna

⁸⁸ BAŞALP, s. 321.

⁸⁹ Nitekim Alman hukukunda da aynı esas kabul edilmiştir. ATAMER, **Sempozyum**, s. 49, 50; ALTOP, s. 44; ÇINAR, s. 148; ANTALYA, s. 316; HAVUTÇU, s. 217.

⁹⁰ İlgili hükme göre, “*dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine (i) doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya (ii) sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.*”

⁹¹ SİRMEŒ, s. 122; BAŞALP, s. 321-323; HAVUTÇU, s. 217; ATAMER, **Sempozyum**, s. 43.

konulmasındaki amacın da ortadan kalkmış olması gerekir. Hâkim, hükmün amacını belirlerken gerekçeye ve komisyon çalışmalarına bakmalıdır.

Örneğin, genel işlem koşulu olarak borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağını öngören sorumsuzluk kaydının geçerli olup olmadığını belirlerken dikkate alınacak hüküm, TBK m. 115 değil, TBK m. 114'tür⁹². Zira istisnalar bir kenara bırakılırsa, TBK m. 115'e göre bu tür bir kayıt zaten geçerlidir. Ancak bu kayda geçerlilik tanınırken, tarafların eşit müzakere gücüne sahip olduğu düşüncesinden hareket edilmiştir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, genel işlem koşulu söz konusu olduğunda müzakere şansı ortadan kalktığı için kaydın geçerliliğini belirlerken bireysel sözleşmelere nazaran daha sıkı bir denetim uygulanmalıdır. Öyle ki, bireysel sözleşme halinde geçerli olabilecek bir sorumsuzluk kaydı genel işlem koşulu olarak öngörüldüğünde, söz konusu kayıt hakkında TBK m. 25'e dayanarak hükümsüzlük yaptırımını uygulanabilmelidir⁹³.

Doktrinde genel işlem koşulunun varlığı halinde, TBK m. 114 hükmünün yedek hukuku kuralı olmaktan çıkıp, emredici hukuk kuralına dönüşeceği ileri sürülmektedir⁹⁴. Bunun da ötesinde genel işlem koşulu olarak öngörülen ve hafif kusurdan dolayı sorumluluğu kaldıran kaydın kesin hükümsüz sayılacağı yönünde TBK m. 115 ve m. 116'ya bir fıkra eklenmesinin isabetli olacağı da belirtilmektedir⁹⁵. Nitekim İsviçre hukukunda 2000 yılında görüşülen Widmer Tasarısında (Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Uyumlaştırılması Kanunu Ön Tasarısında) şöyle bir düzenleme öngörülmüştü: "*Ölüm nedeniyle doğan sorumluluğu, fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ya da çevreye yapılan saldırılardan doğan sorumluluğu sınırlandıran ya da kaldıran anlaşmalar kesin hükümsüzdür. Yukarıda sayılanlar dışında kalan zararlar bakımından yapılan sorumsuzluk anlaşmaları, (i) zarar verenin ağır kusuru varsa, (ii) zarar gören borçlunun hizmetindeyse, (iii) idari izin veya imtiyaza dayanarak yürütülen bir faaliyetten sorumluluk doğmuşsa, (iv) sorumsuzluk kaydı genel işlem koşulları arasında yer alıyorsa kesin hükümsüzdür*" (m. 57)⁹⁶.

İsviçre doktrininde genel işlem koşullarının yargısal denetime tabi olduğu gerekçe gösterilerek, Tasarıdaki düzenleme ciddi şekilde eleştirilmiştir. Genel işlem koşulu olarak düzenlenen sorumsuzluk kaydını

⁹² ATAMER, *GİŞ*, s. 218; HAVUTÇU, s. 174.

⁹³ AKMAN, s. 98; ÇINAR, s. 181.

⁹⁴ ATAMER, *Armağan*, s. 314.

⁹⁵ HAVUTÇU, s. 197, dn. 495; AKMAN, s. 93, 94, dn. 26.

⁹⁶ Hükmün çevirisi için bkz. BAŞALP, s. 89.

her durumda geçersiz sayan hükümlerle, sözleşme özgürlüğüne aşırı ölçüde müdahale edilmiş olacağı vurgulanmıştır. Bunun dışında her iki tarafın da tacir olduğu ilişkilerde de aynı hükmün uygulanması ile tacirin gereksiz yere korunmuş olacağı belirtilmiştir. Nitekim bu eleştiriler karşısında Tasarı kanunlaşmamıştır⁹⁷. Kanaatimizce, Tasarıdaki son fıkra ile “zayıf durumda olan müşteriyi koruyalım” derken, tabiri caizse “girişimci öldürülmüş” ve sözleşme adaleti bu kez girişimci aleyhine haksız şekilde bozulmuştur. Hâlbuki amaç, taraflar arasındaki menfaat dengesini korumaktır. İçerik denetimi ile bu denge zaten sağlanmaktadır. Sorumsuzluk kayıtlarını her durumda geçersiz sayarak, tarafların iradelerine aşırı ölçüde müdahale etmek doğru değildir. Zira nadir de olsa sorumsuzluk kaydına karşılık müşterinin menfaat temin etmesi mümkündür. Ancak hayatın olağan akışı içinde bu tür durumlarla sık karşılaşmadığı için menfaat temin edildiğini ispat etme külfeti girişimcidedir. Genel işlem koşulları genellikle yazılı yapıldığından, girişimci ispat konusunda sıkıntı yaşamayacaktır. Sonuç olarak, denilebilir ki, hâkim sözleşme ilişkisini ancak bir bütün olarak değerlendirdikten sonra ölçüsüz ihlalin söz konusu olup olmadığına karar vermeli ve ölçüsüz ihlalin varlığı halinde sorumsuzluk kaydını kesin hükümsüz saymalıdır.

Ölçüsüz ihlalin söz konusu olup olmadığını belirlerken, ihlal edilen menfaatin niteliğini dikkate almak gerekir. Örneğin, müşterilerin vücut bütünlüğünü ihlal eden bir sorumsuzluk kaydı genel işlem koşulu olarak öngörüldüğünde, ölçüsüz ihlalin mevcut olduğu kabul edilmeli ve söz konusu kayda hukukî geçerlilik tanınmamalıdır. Aynı durum, belirli bir izin dâhilinde yürütülen ve alanında uzman sayılan avukat, hekim gibi kişilerin hafif ihmallerinden sorumlu olmayacaklarını öngören kayıtlar için de geçerlidir⁹⁸. Kanaatimizce bireysel sözleşmelerde dahi geçerli kabul edilmeyen bu tür sorumsuzluk kayıtları, genel işlem koşulu olarak öngörüldüğünde evleviyetle hükümsüz sayılmalıdır.

Girişimci sorumsuzluk kaydı ile müşterisinin menfaatini ihlal ederken, diğer taraftan da sözleşmeye koyduğu hükümlerle ona bir takım menfaatler sağlamış olabilir. Eğer ihlal edilen ve sağlanan menfaat arasında büyük ölçüde denge sağlanmışsa, ölçüsüz mağduriyetin varlığından bahsedilemez. Örneğin, sözleşmede hem hafif ihmale yönelik sorumluluk kaydına yer verilmiş hem de müşteri için kapsamlı bir sigorta alacağı öngörülmüş ya da çok uygun bir fiyat önerisinde bulunulmuşsa, söz konusu kayıt geçerli

⁹⁷ BAŞALP, s. 91.

⁹⁸ ATAMER, *GİŞ*, s. 214.

kabul edilebilir. Ancak bunun için sorumsuzluk kaydının TBK m. 115 ve m. 116'daki sınırlamaları da ihlal etmemiş olması gerekir⁹⁹. Buna karşılık somut olayın şartları değerlendirildiğinde, sigorta korumasının çok sınırlı olduğu anlaşılırsa, sorumsuzluk kaydının hükümsüzlüğüne karar verilmelidir¹⁰⁰. Sonuç olarak sözleşmeyi bir bütün olarak değerlendirmeden sorumsuzluk kaydının geçerliliği hakkında karar verilmemelidir.

Normal şartlarda hâkim ölçüsüz mağduriyetin söz konusu olup olmadığını kendisi takdir edecektir. Bununla birlikte Alman hukukunda oldukça sık karşılaşılan bazı sorumsuzluk kayıtlarının ölçüsüz mağduriyete yol açtığı karine olarak kabul edilmiş ve bu tür bir kayıtla karşılaşan hâkimin kesin hükümsüzlüğe karar vereceği hükme bağlanmıştır (BGB § 309/7, 8)¹⁰¹. Türk hukukunda ise hâkim bu sonuca ancak takdir yetkisini kullanarak ulaşabilir.

Burada üzerinde durulması gereken başka bir konu, içerik denetiminin kapsamına hangi sorumsuzluk kayıtlarının dâhil edilmesi gerektiğidir. Bu

⁹⁹ BAŞALP, s. 396.

¹⁰⁰ ATAMER, **GiŞ**, s. 216.

¹⁰¹ BGB §309'a göre; "Kullananın gerek kendisinin ihmalle gerek yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının ihmâl veya kasıtlı bir davranışla sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırı davranışları sonucunda diğer tarafın yaşam, sağlık, vücut bütünlüğüne verilen zararlardan sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar; aynı şekilde kullananın gerek kendisinin ağır ihmalle gerek yasal temsilcisinin veya ifa yardımcısının kast veya ağır ihmali bir davranışla sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırı davranışları sonucunda karşı tarafa verilen diğer zararlardan dolayı sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar; diğer taraftan satılanın veya imal edilen şeyin ayıplı olması hali dışında kullananın sorumlu olduğu bir yükümlülük ihlâli sebebiyle diğer tarafın sözleşmeden dönme hakkını kaldıran veya sınırlandıran kayıtlar; bunun yanı sıra kullanan karşısındaki sözleşme tarafının kullananı karşı sahip olduğu onarım ve değiştirme talepleri dâhil olmak üzere ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını tamamen veya kısmen ortadan kaldıran, üçüncü kişilere karşı taleplerle sınırlandıran veya önceden üçüncü kişilere karşı yargısal yollara başvurulmasına bağlı tutan, ayrıca kullanan karşısındaki sözleşme tarafına onarımın sonuçsuz kalması halinde seçimine göre sözleşmeden dönme hakkını açıkça tanımadan, onun kullananı karşı ayıba karşı tekeffülden doğan taleplerini-tekeffülün konusu bir inşaat yapma borcu değilse-tamamen veya kısmen onarım ile sınırlandıran, bunun dışında kullananın özellikle nakil, yol, işçilik ve yedek parça masrafları şeklindeki onarım amacıyla yapılacak masrafları karşılama yükümlülüğünü kaldıran veya sınırlandıran ya da kullananın onarım yükümlülüğünün doğmasını ivazın önceden tamamen veya ayıpla orantısız olarak büyük bir kısmının ödenmesine bağlı tutan, aynı şekilde kullananın karşısındaki sözleşme tarafının gizli ayıpları ihbar süresini caiz olandan daha kısa bir süre olarak belirleyen, nihayet diğer tarafın kullananı karşı ayıp sebebiyle sahip olduğu talep haklarının zamanaşımına uğramasını kolaylaştıran veya taleplerin zamanaşımı süresini, kanunî zamanaşımı süresinin başlangıcından itibaren bir yıldan daha kısa bir süre olarak belirleyen ve genel işlem koşulları içerisinde yer alan kayıtlar; kanunî düzenlemeden sapmanın caiz olduğu hallerde bile hükümsüzdür." Hükmün tercümesi için bkz. HAVUTÇU, s. 238-240.

noktada öncelikle ihlal edilen hükümün hukukî niteliğine dikkat edilmelidir. Kanaatimizce, emredici hükümlere aykırı olan sorumsuzluk kayıtları hakkında ayrıca içerik denetimine başvurmaya gerek yoktur. Söz konusu denetim, esasen yedek hukuk kurallarından ayrılan sorumsuzluk kayıtlarının akibetini belirlerken önem taşımaktadır¹⁰².

Örneğin, genel işlem koşulları arasında borçlunun ağır kusurlu davranışından sorumlu olmadığı yönünde bir sorumsuzluk kaydı mevcut olsun. Bu halde TBK m. 25'e başvurmadan doğrudan sorumsuzluk kaydının hükümsüzlüğüne karar verilmelidir. Zira bireysel sözleşmelerle bu tür bir sorumsuzluk kaydı kararlaştırılmayacağına göre, genel işlem koşulları ile hiçbir şekilde kararlaştırılmaması gerekir. Evleviyet ilkesi bu sonucu haklı kılar¹⁰³. Nitekim doktrinde de Türk Borçlar Kanununu yürürlüğe girmeden önce bireysel sözleşmelerin kapsamında yer alsaydı geçerli sayılabilecek bir sorumsuzluk kaydının, içerik denetimine ilişkin savunulan görüşlerden birine (kamu düzenine aykırılık, ahlaka aykırılık, gabin, hakkın kötüye kullanılması yasağı gibi) başvurularak geçersiz sayılabileceği haklı olarak savunulmakta idi¹⁰⁴.

Buna karşılık sorumsuzluk kaydının hafif kusuru konu aldığı bir ihtimalde, öncelikle TBK m. 115 ve m. 116'daki istisnai hallerin söz konusu olup olmadığı araştırılmalıdır. Buna göre borçlu eğer banka ya da taşıma şirketi gibi uzman bir kişiye, TBK m. 115/f. 3'e göre söz konusu sorumsuzluk kaydı içerik denetimine başvurmadan doğrudan kesin hükümsüz sayılmalıdır. Eğer borçlu uzman bir kişi değilse ve alacaklı ile aralarında hizmet ilişkisi bulunmuyorsa, artık bu kaydın akibeti TBK m. 25'e göre belirlenmelidir. Benzer değerlendirmeler ifa yardımcıları bakımından da yapılabilir.

Genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtları sadece kusur kapsamında değil, müşteri lehine seçimlik hakların sınırlandırılması, normalde mücbir sebep teşkil etmeyecek hallerin mücbir sebep olarak belirtilmesi, müşteriye uğradığı zarar kalemlerinden sadece belli bir bölümünü talep yetkisi verilmesi (mesela borçlunun sadece fiili zarardan sorumlu tutulması, yoksun kalınan karın sorumluluk dışı bırakılması), zamanaşımı süresinin kısaltılması şeklinde de karşımıza çıkabilmektedir. Bu haller geniş anlamda sorumsuzluk anlaşması olarak değerlendirildiğinde, TBK m. 115 ve m. 116'ya dayanarak

¹⁰² Aynı yönde bkz. ÇINAR, s. 213 vd.

¹⁰³ AYAN, s. 163.

¹⁰⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 887.

hükümsüzlük yaptırımını uygulanabilir. Bu çözüm tarzı kabul edilmese dahi en azından TBK m. 25'e dayanarak yedek hukuk kurallarını ihlal eden durumlar için kural olarak kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır. Ancak taraflar arasındaki denge bozukluğu başka şekilde telafi edilmişse, artık sorumluluğu sınırlandıran bu tür kayıtlar geçerli kabul edilmelidir¹⁰⁵.

İçerik denetimi sonucunda sorumsuzluk kaydı ile dürüstlük kuralının ölçüsüz şekilde ihlal edildiği sonucuna varılırsa, bu kayıt hakkında TBK m. 27/f. 2, b. 1 gereğince kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır. Buna karşın girişimci "söz konusu kayıt olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacaktım" yönünde bir beyanda bulunursa, onun bu beyanına hukukî geçerlilik tanınıp tanınmayacağı, yani TBK m. 27/f.2, b. 2 anlamında kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüşüp dönüşmeyeceği konusunda doktrinde görüş birliğine varılamamıştır. Bir görüşe göre¹⁰⁶, TBK m. 27/f. 2 hükmü, BGB § 306 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre kural olarak kısmi hükümsüzlük yaptırımını kabul edilmiş olsa dahi sorumsuzluk kaydı dışındaki diğer hükümlerle sözleşme ilişkisine devam etmek girişimci açısından aşırı güçlük oluşturacaksa, sözleşme tamamen hükümsüz sayılmalıdır. Buna karşılık kanaatimizce üstün tutulması gereken diğer görüşe göre¹⁰⁷, burada kısmi hükümsüzlüğün tam hükümsüzlüğe dönüşmesine imkân veren TBK m. 27/f. 2, b. 2 hükmü uygulanmamalıdır. Aksi halde girişimci bir bütün olarak sorumluluktan kurtulur, müşteri ise normalde sahip olduğu hakların bir kısmını kaybeder. Gerçekten ilk görüşün kabulü halinde, zayıfı korumak şeklindeki temel amaç da gerçekleşmemiş olur. Bu noktada yürürlük denetimi için TBK m. 22'de öngörülen "...düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez" yönündeki hüküm, kıyasen içerik denetiminde de uygulanmalıdır.

SONUÇ

Türk Borçlar Kanununda borçlunun sorumluluğunun oldukça ağır bir şekilde öngörülmesi karşısında borçlu, ya bireysel sözleşmelerle ya da genel işlem koşulları arasında yer alan sorumsuzluk kayıtları ile kendi durumunu iyileştirmeye çalışmaktadır. Kanun koyucu, taraflar arasındaki menfaat dengesini koruyabilmek için sınırlı da olsa bu sorumsuzluk kayıtlarına hukukî geçerlilik tanımıştır (TBK m. 115, m. 116). Karşılıklı müzakereler sonucunda

¹⁰⁵ ATAMER, **GİŞ**, s. 249.

¹⁰⁶ HAVUTÇU, s. 146; KAPLAN, İbrahim; "Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları", **BATİDER**, C. 16, S.2, Aralık 1991, s. 67; KOCAMAN, s. 1113, 1114.

¹⁰⁷ ATAMER, **Sempozyum**, s. 62; ATAMER, **Armağan**, s. 319; ALTOP, s. 41; ARIKAN, s. 73.

kabul edilen sorumsuzluk kayıtları belli hallerde geçersiz sayılırken, “tazminat alacağını kaybeden alacaklının borçluya nazaran sosyal ve ekonomik açıdan daha elverişsiz bir durumda bulunabileceği” gerçeğinden hareket edilmiştir. Bu tür durumlar, genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kayıtlarında daha yoğun bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Zira bireysel sözleşmelerin aksine, genel işlem koşullarında alacaklı sorumsuzluk kaydı üzerinde değişiklik yapma şansına sahip değildir. Bu nedenle genel işlem koşulu olarak öngörülen sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliğine biraz daha mesafeli yaklaşılmalıdır. Öyle ki, bireysel sözleşme olarak düzenlenseydi geçerli sayılabilecek bir sorumsuzluk kaydı genel işlem koşulu şeklinde hazırlandığı için geçersiz sayılabilmelidir. Ancak bunun için sorumsuzluk kaydı ile müşterinin menfaatlerinin ölçüsüz bir şekilde ihlal edilmiş olması gerekir (TBK m. 25). Yoksa yedek hukuk kurallarından sapılmış olması, tek başına ölçüsüz ihlalin mevcut olduğu anlamına gelmez. Zira genel işlem koşullarındaki sorumsuzluk kaydına karşılık müşterinin menfaatini koruyan başka hükümler de bulunabilir. Bu gibi hallerde sorumsuzluk kayda hukukî geçerlilik tanımak gerekir.

KAYNAKÇA

AKMAN, Galip Sermet; **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

ALNIAK, M. İlhan; “Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri)”, İÜHF, Kemalettin Birsen’e Armağan, C. 35, S. 1-4, 1969, s. 320 vd.

ALTOP, Atilla; “Genel İşlem Koşulları”, **Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu Makaleler-Tebliğler**, Derleyen Murat İnceoğlu, XII Levha Yayınları, İstanbul 2012, s. 27 vd.

ANTALYA, O. Gökhan; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

ARIKAN, Mustafa; “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları”, **6098 sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, Cevdet Yavuz’a Armağan**, MÜHFHAD, Haziran 2011, s. 69 vd.

ATAMER, Yeşim; “Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni

Açılımlar”, **Necip Kocayusufpaşaoğlu** için Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s. 291 vd. (Atamer, Armağan).

ATAMER, Yeşim; **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2001 (Atamer, GİŞ).

ATAMER, Yeşim; “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, F. 1 (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 8 Nisan 2011, s. 9 vd. (Atamer, Sempozyum).

AYAN, Elif; **Sözleşme Sorumluluğunun Sınırlandırılması**, Ankara 2013 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

BAHTİYAR, Mehmet; “Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicilerin Korunması”, **Makaleler I**, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 99 vd.

BAŞALP, Nilgün; **Sorumluluk Anlaşmaları**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.

ÇINAR, Ömer ; **Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar**, XII Levha Yayınları, İstanbul 2009.

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

ERTEN, Ali; **Sorumluluk Şartları**, Olgaç Matbaası, Ankara 1977.

HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

HAVUTÇU, Ayşe; **Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması**, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.

KAPLAN, İbrahim; “Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları”, **BATİDER**, C. 16, S.2, Aralık 1991, s. 51 vd.

KARABAĞ BULUT, Nil; “Sorumluluk Anlaşmaları ve Sonuçları”, **Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 825 vd.

KAŞAK, Esra ; “Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları”, **İÜHFD**, C. 3, S. 1, 2012, s. 415 vd.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

KOCAMAN, Arif B. ; “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukukî Açıdan Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2003, s. 1085 vd.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme**, C.1, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

KUNTALP, Erden; “Bankalar ve Genel İşlem Koşulları”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 8 Nisan 2011, s. 81 vd.

NOMER, Halûk N.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 10. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2011.

OĞUZ, Cemal ; **Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları**, Ankara 1993 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 1, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

SİRMEN, Lale; “Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, 8 Nisan 2011, s. 109 vd.

SOYER, M. Polat; **Genel İş Koşulları**, Özgün Matbaacılık, İzmir 1986.

ŞENOCAK, Zariye; **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Dayınlarlı Yayınları, Ankara 1995.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

YAVUZ, Nihat; “Genel İşlem Şartlarının Tanımı, Yorumu ve Denetlenmesi”, **YD**, C. 25, S. 1-2, Ocak-Nisan 1999, s. 570 vd.

KISALTMALAR

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
bkz.	: bakınız
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
dn	: dipnot
f.	: fıkra
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi

TİCARİ İŞ - TÜKETİCİ İŞLEMİ İLİŞKİSİ*

Eren ÇITIR**

ÖZET

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketicinin korunması ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanundaki eksikliklerin giderilmesi amacıyla yürürlüğe girmiştir. Tüketici işlemi her iki kanunda da tanımlanmaktaydı, ancak tüketici işleminin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/l'de mülga kanuna göre daha ayrıntılı ele alındığı görülmektedir. Türk Ticaret Kanunu m. 3'de hüküm altına alınan ticari iş ve m. 19'da ifade edilen ticari iş karinesi, ticari işin sınırlarının belirlenmesi açısından önem gösteren hususlardır. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ifade edilen tüketici işlemi tanımının geniş kapsamlı olması, ticari işler çerçevesinde çatışmaya yol açmıştır. Bu sebeple öncelikle ticari iş sahasının tayin edilmesi, akabinde tüketici işleminin bu sahayı ne kadar daralttığı belirlenmesi icap etmektedir. Bu makalede ticari iş sahası belirlenerek tüketici işlemi ile ilişkisi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Ticari iş, ticari iş karinesi, tacir, tüketici, tüketici işlemi

MERCANTILE TRANSACTION – CONSUMER TRANSACTION RELATION

ABSTRACT

Consumer Protection Code numbered 6502 was effectuated for elimination of deficiencies of Consumer Protection Code numbered 4077 and consumer protection. Consumer transaction defines in both codes, but in Consumer Protection Code numbered 6502 article 3/l is more detailed described than the abolished code. Mercantile transaction in Turkish Commercial Code article 3 and mercantile transaction presumption in article 19 are very important for defining the range of mercantile transaction. Consumer transaction's extensive definition in Consumer Protection Code numbered 6502 causes problems scope of mercantile transaction. With this reason first of all we suppose to define mercantile transaction's range and then we need to define how consumer transaction narrows this range. In this essay we determine the range of mercantile transaction and analyze relation between consumer transaction and mercantile transaction.

Keywords: Mercantile transaction, mercantile transaction presumption, merchant, consumer, consumer transaction

* Bu makale, yazarın "Ticari İş ve Ticari İşe Bağlanan Sonuçlar" isimli Yüksek Lisans Tez'inden türetilmiştir.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Ticaret Hukuku ABD Araştırma Görevlisi.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 07.04.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27.04.2016

I. TİCARİ İŞ

Ticari iş, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 3'te belirtilmektedir. Buna göre Türk Ticaret Kanununda düzenlenen hususlar ile bir ticari işletmeyi ilgilendiren tüm işlem ve fiiller ticari iş olarak tanımlanabilecektir. Bu tanımın gayesi ticari işleri adi işlerden ayırmaktır¹. Türk Ticaret Kanunu m. 3'te genel mahiyetteki Türk Borçlar Kanunu ve özel mahiyetteki Türk Ticaret Kanununun tatbik alanı belirlenmektedir².

İşin ticari olup olmaması, işe uygulanacak kurallar açısından önem arz etmekte, ticari olan bir iş için özel ticari kuralların behemehâl uygulanması gerekmektedir³.

Türk Ticaret Kanunu tatbik alanı geniş bir kanun olması nedeniyle birçok kural getirmektedir. Bunlar ticari borçlarda teselsül karinesinin uygulanması, ticaret mahkemelerinde ticari uyuşmazlıkların giderilmesi, ticari alacaklarda adi işlere oranla daha yüksek faiz uygulanması ve buna benzer şekilde sayılabilir⁴. İşin niteliği, uyuşmazlığın çözümü açısından ehemmiyet göstermektedir. Bu sebeple işin niteliği açısından uygulanacak hükümler ve bu hükümlere bağlı olarak ulaşılan sonuçlar birbirinden farklılık gösterebilir⁵.

¹ BAHTİYAR, Mehmet, **Ticari İşletme Hukuku**, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.50.

² İNAL, H. Tamer, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 56.

³ Yargıtay 11. HD. T. 10.06.1988, E. 1988/65, K. 1988/3848: “Bir ticari şirkete kayyum tayini hakkında MK.nun kayyum tayiniyle ilgili hükümlerinin uygulanacağına dair TTK.nun 138 inci maddesinde açık bir HÜKÜM BULUNMAMAKTADIR. Ne var ki, bu şekildeki bir ihtiyacın duyulması halinde TTK.nun 1 inci maddesi hükmü de dikkate alınarak Türk Medeni Kanunu'nun konuyla ilgili hükümleri uygun düştüğü nisbette ticari şirketlere de kıyas yoluyla uygulanması gerektiğinin KABULÜ ZORUNLUDUR. Ancak, kıyas yolu ile bu uygulamada HUMK.nun 8/III. maddesi yollaması ile MK.nun 376 ve müteakip maddelerinde ticari şirketlere kayyum tayininin sulh mahkemesince yapılacağına dair açık bir hüküm bulunmadığından bu tür davaların işin özelliği de dikkate alınarak Asliye Ticaret Mahkemelerinde incelenip SONUÇLANDIRILMASI GEREKİR. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu yoldadır (YARGITAY 11. Hukuk Dairesi'nin 5.7.1983 gün ve 1983/3378-3517 ve 14.11.1984 gün ve 1984/4833- 5525 sayılı kararları). Konu göreve ilişkin bulunmakla bu hususun mahkemelerce re'sen dikkate alınması icabeder.”. (İnternet: URL: <https://www.corpus.com.tr>, 08.09.2015).

⁴ ÇEKER, Mustafa, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku**, 7. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2013, s. 44.

⁵ Adi işlerde müteselsil sorumluluğun istisna olması, ticari işlerde kefilin asıl borçlu gibi müteselsil sorumlu iken, adi işlerde kefilin adi kefalet niteliğinde sorumlu olması; temerrüt faizinin adi işlere oranla daha yüksek seviyeden istenebilmesi mümkündür. (BAHTİYAR, s. 50-51).

II. TİCARİ İŞ KARİNESİ

Ticari iş karinesi, “*tacirin borçlarının ticari olması*” ve “*tarafardan sadece biri için ticari iş niteliğine sahip sözleşmeler*” olarak ikiye ayrılarak incelenebilir.

Türk Ticaret Kanunu m. 19 başlığı itibariyle tacirin borçlarının ticari olduğunu ifade etmektedir. Burada sübjektif sistemin merkeze konulduğu görülmekte, dolayısıyla ticari işin tacirin faaliyetleri neticesinde gerçekleştiği yönünde bir sonuç meydana gelmektedir⁶. Bahsi geçen karinenin adı olup, çürütülebileceği hususu önem taşımaktadır⁷.

Gerçek kişi tacirler açısından yapılan işin ticari sayılmadığı durumlar da bulunmaktadır. Yapılan iş gerçek kişi tacirler için ticari sahayı ilgilendiren bir iş olabileceği gibi, gerçek kişi tacirin özel hayatını ilgilendiren, ticari sahayla ilgisi olmayan bir iş de olabilir⁸. Bu gibi hallerde Yargıtay içtihadında da belirtildiği üzere bu hususun karşı tarafın bilgisine sunulması gerekmektedir⁹.

Gerçek kişi tacirler açısından, yapılan işin niteliğine ve kapsamına göre ortaya çıkan adi saha ve ticari saha ayrımı, kuruluşundaki ortak amaç kazanç paylaşmak¹⁰ olan tüzel kişi tacirlerin adi sahasının olup olmadığı konusunda tartışma yaratmaktadır¹¹. Bu sebeple tüzel kişi tacirlerin ticari sahası yanında

⁶ Ülgen ve Arkan’a göre ticari işletme esasına göre hazırlanan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda (6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu döneminde de madde 21 hükmü çerçevesinde aynı tartışma söz konusuydu) ticari işin tacirin borçları yönünden değil, ticari işletmenin borçları açısından ele alınması gerektiği ifade edilmektedir. ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 65; ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2014, s. 65.

⁷ KARAHAN, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 26. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 52.

⁸ BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 66; ÇEKER, s. 45-46.

⁹ Yargıtay 19. HD T. 28.09.1993, E. 1992/6437, K. 1993/5952. (İnternet: URL: <http://www.corpus.com.tr>, 16.10.2015).

¹⁰ BAHTİYAR, s. 90.

¹¹ ATASOY, Adil Ömer / TAŞKIN, Mustafa/ ACAR, Hakan, **Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları**, İkinci Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara, 2000, s. 8; İNAL, Tamer, **Açıklamalı ve İçtihatlı Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 42-43. TAŞKIN, Mustafa, “Tüzel Kişilerin ve Tüketicilerin Tüketici Vasfı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1997, s. 36.

adi sahasının varlığı incelenmelidir. Doktrindeki hâkim görüş tüzel kişi tacirin adi sahasının olmadığı ve yaptığı işlemlerin tümüyle ticari nitelikte olacağı yönündedir¹².

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) yürürlükte bulunduğu dönemde, tüzel kişi tacirlerin hiçbir istisna kabul edilmeksizin yaptığı tüm işlemler ticari addedilmektedir¹³. Yargıtay da bir içtihadında ticari işletmenin yaptığı sözleşmenin hiçbir şekilde tüketici sözleşmesi olarak görülemeyeceğini ifade etmiştir¹⁴. Ayrıca 4077 sayılı TKHK döneminde tüzel kişi tacirlerin yaptığı tüm işlemlerin ticari olduğu ve tüketici sayılmayacakları dolayısıyla TKHK hükümlerine tabi olmayacakları tartışmalı olmakla beraber kabul edilmektedir¹⁵. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/1-k ise tüzel kişilerin de tüketici olacağını kabul etmektedir. Bunun tüzel kişi tacirler açısından uygulanıp uygulanamayacağı hususu ise tartışmalıdır¹⁶.

Türk Ticaret Kanunu m. 19/2 hükmü taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmaması halinde diğer taraf için de ticari sayılacağını ifade etmektedir¹⁷. Taraflar arasındaki

¹² Karayalçın şöyle demektedir; “tüzel kişi tacirlerin her türlü işleri mutlak olarak ticari sayılır.”. KARAYALÇIN, Yaşar, **Ticaret Hukuku 1. Giriş – Ticari İşletme**, Üçüncü Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 144. Bozer/Göle, Yargıtay 11. HD. 13.05.2003, E. 13097, K. 4873 sayılı karara atıf yapmakta ve tüzel kişi tacirlerin özel hayatları bulunmadığından bahsedip, bunun neticesinde tüzel kişi tacirlerin adi nitelikte bir işlem veya fiilleri olamayacağını ifade etmekte ve bu sebeple yaptıkları bütün fiil ve işlemler ticari olacaklarını belirtmektedirler. (BOZER/GÖLE, s. 67). Karahan, “Bu durum, aksi iddia ve ispat edilemeyen kanuni bir olgudur. Tüzel kişi tacir böyle bir savunma ileri süremez.” demektedir. (KARAHAN, s. 53).

¹³ BAHTİYAR, s. 52-53.

¹⁴ Yargıtay 20. HD. T. 08.11.2002, E. 2002/8260, K. 2002/9761, “Somut olayda davacı limited ortaklık adına ticari işletmede kullanılmak üzere alınan araç nedeni ile çıkan uyuşmazlıkta özel amaçlı satın almalar için uygulanan 4077 sayılı Yasanın davacı şirkete ait araç yönünden uygulanması söz konusu olmayıp, uyuşmazlığın ticari nitelik taşıması ve davacının tüzel kişi tacir olması nedeniyle davanın genel hükümlere göre görülüp sonuçlandırılması gerekir.”. (İnternet: URL: <http://www.kazanci.com> , 20.10.2015).

¹⁵ BAHTİYAR, s. 54.

¹⁶ ASLAN, Yılmaz İ., **Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 7-8.

¹⁷ Yargıtay 11. HD. T. 10.06.2013, E. 2013/8648, K. 2013/12010, “6102 Sayılı T.T.K.nun 19. maddesi başlığı ticari iş karinesi olup, buna göre tacirin borçlarının ticari olması asıldır. Taraflardan yalnız biri için ticari iş olan sözleşmeler kanunda aksine hüküm bulunmadıkça diğeri için de ticari iş sayılır.”. YHGK, T. 23.01.2002, E. 2002/4- 12, K. 2202/6, “Ticari işletmeyi ilgilendiren muamele, Fiil ve işler de TTK. 3. madde uyarınca ticari iştir. TTK.nun 21/11 maddesine göre taraflardan yalnız biri için ticari nitelikte olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm olmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır. Bu maddenin uygulanabilmesi

ilişkinin kaynağı da TTK m. 19/2’de belirtilen hükmün tatbik edilebilmesi için önem göstermektedir. TTK m. 19/2 hükmü iki durumun varlığı halinde uygulama yeri bulamayacaktır. Bunlar taraflar arasında haksız fiile bağlı veya sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak bir alacak ya da borcun bulunması halleridir¹⁸.

Türk Ticaret Kanunu m. 19/2 bir taraf için ticari nitelikte olan sözleşmelerden bahsetmektedir. Buna göre taraflardan yalnızca biri için ticari iş niteliği taşıyan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmaması halinde diğer taraf için de ticari sayılmaktadır. TTK m. 19/2’nin belki de en çok tartışılan noktalarında birisi hükmün tacir olmayan kişiler için aleyhe olmasıdır¹⁹. TTK m. 19/2 nedeniyle sözleşmenin taraflarından ticari işle ilgisi olmayan taraf, sırf sözleşmenin diğer tarafı açısından ticari olması nedeniyle ticari işin getirdiği külfetlerle karşılaşmaktadır. Bunların başında taraflardan birinin ticari hayatta bir varlığı olmasa bile ticari işlerde uygulanan faiz oranından sorumlu olmasıdır. 6502 sayılı TKHK çerçevesinde TTK m. 19/2’nin kapsamı daralmış ve tüketiciyi koruyan hükümler nedeniyle TTK m. 19/2 düzenlenmesinin sonuçlarını etki edecek noktaya gelmiştir²⁰.

III. TÜKETİCİ KAVRAMI

6502 sayılı TKHK m. 3/k’de ve benzer şekilde TTK m. 864/5’de tüketicinin tanımı yapılmaktadır. Buna göre tüketici, ticari ya da mesleki amaçlarla hareket etmeyen gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmektedir²¹. 6502 sayılı TKHK taslağından farklı olarak, tanıma tüzel kişi de eklenmiştir. *Yıldırım* taslakta tüzel kişilerden bahsedilmemiş olmasını eleştirmektedir²².

İçin taraflar arasındaki ilişkinin bir sözleşmeden kaynaklanmış olması gerekir.” (İnternet: URL: <http://www.kazanci.com>, 13.11.2015). Yargıtay’ın bu yönde verdiği benzer kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD. T. 05.04.2004, E. 9145/ K. 3551; T. 15.02.1991, E. 838/ K. 948; 03.10.1985, E. 4790/ K. 5001. Kararlar için bakınız ERİŞ, Gönen, **Ticari İşletme ve Şirketler**, Güncellenmiş 2. Bası, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014 s. 1002-1003.

¹⁸ ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 66.

¹⁹ Aynı yönde bkz. KARAYALÇIN, s. 145.

²⁰ AYHAN, Rıza / ÖZDAMAR, Mehmet / ÇAĞLAR, Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 20.

²¹ *Poroy*, tüketiciyi şu şekilde tanımlamıştır; “*bir mal veya hizmeti şahsı ailesi ihtiyacı için nihai olarak tüketen gerçek kişi*”. POROY, Reha, “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Hukuk Sorunları”, **Arslanlı’ya Armağan**, İstanbul, 1979, s. 522.

²² *Yıldırım*, Avrupa Birliği yönergelerinde ve Alman hukuku gibi birçok ülke hukukunda gerçek kişilere benzer biçimde tüzel kişilerin de tüketici olduğunu ifade etmektedir. YILDIRIM, Abdülkerim, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine

4077 sayılı TKHK’da tüketici tanımı farklı şekilde yapılmaktaydı. 4077 sayılı TKHK m. 3/e’ye göre tüketici, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade etmekteydi. 6502 sayılı TKHK m. 1’den de açıkça anlaşıldığı üzere bu kanunun amacı tüketiciyi korumak²³, tüketimin yoğun bir şekilde attığı günümüz şartlarında mal, hizmet satıcı ve sağlayıcıları karşısında tüketicinin haklarını muhafaza etmektir.

Kişinin tüketici olması için satın aldığı malı mutlaka kendisinin kullanması zorunlu değildir. Tüketici sıfatının kazanılması için, kişinin, bir mal ya da hizmeti ailesinden birinin ya da arkadaşının kullanması için satın alması ya da sözleşme yapması yeterlidir²⁴.

1. Tüketicinin Gerçek veya Tüzel Kişi Olması

Gerçek ve tüzel kişi tacirler 6502 sayılı TKHK m. 3/l-k’da belirtildiği üzere tüketici olabilmektedirler. Konuyla ilgili olarak tüzel kişi tüketicie örnek olarak ticari bir işletme işletmeyen dernek ve vakıflar verilebilir²⁵. Türk Ticaret Kanunu m. 16/1’de de belirtilen ve Türk Ticaret Kanunu m. 19’dan da anlaşıldığı üzere sadece gerçek kişi tacirlerin işlemlerinde istisnai hallerin gerçekleşmesi halinde ticari olmayan bir işlemde bahsedilebilir. Ticaret şirketlerinin tüzel kişi tacir olması ve ticari amaçla hareket etmeleri nedeniyle tüketici olmalarının söz konusu olmadığı düşünülmektedir, ancak doktrinde şirketlerin ısınmak için kullanılan yakıt, elektrik, yiyecek satın alınması gibi işlemlerinde tüketici olarak görülmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır²⁶.

Yargıtay kararlarında farklı düşüncelerin olduğu görülmektedir. Ticaret

İlişkin Değerlendirmeler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 1022.

²³ AYDOĞDU, Murat, “6502 Sayılı *Tüketicinin* Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 2, 2014, s. 2.

²⁴ AYDOĞDU, Murat, *Tüketici Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 60.

²⁵ YILDIRIM, s. 1023; AYDOĞDU (2015), s. 60; KARAKOCALI, Ahmet/ KURŞUN, S. Ali, *Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)*, Aristo Yayınları, İstanbul, 2015, s. 23; AKTÜRK, Yücer İpek, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: XX, Sayı: 2, 2016, s. 106.

²⁶ ATASOY / TAŞKIN / ACAR, s. 8; İNAL, s. 42-43. Aksi Görüş İçin bkz. ASLAN, s. 5. Ayrıca konuyla ilgili bir görüş olarak bkz. TAŞKIN, s. 36; AKTÜRK, s. 120.

şirketlerinin tüketici olarak kabul edildiği Yargıtay kararları bulunmaktadır²⁷. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında ise ticaret şirketleri, tüketici olarak kabul edilmemektedir²⁸. Avrupa Birliği Konseyinin tutumuna baktığımızda, tüketici

²⁷ Yargıtay 19. HD. T. 6.7.1999, E. 1999/3932, K. 1999/4621, "...yasa koyucunun, tüzel kişi tabirinin ticaret şirketlerini de kapsadığını gözden kaçırdığı düşünülemez.

Ticaret şirketlerinin tüketici kavramı içinde müatala olunmaları, 1. maddede öngörülen amacın gerçekleşmesini de olanaklı kılacaktır. Ticari şirketlerin ekonomik bir varlığı temsil edip, korunmalarına gerek bulunmadığı savunulamaz. Nitekim, AT Komisyonunun ikinci Eylem planında bu konuda oluşması muhtemel duraksamaların önlenmesi amacıyla "... alım gücü az ya da çok..." tabirleriyle konu vurgulanmıştır. Bir tacirin borçlarının niteliğini düzenleyen TTK'nun 2-1 maddesi, tüzel kişi tacirlerin özel amaçlarla nihai tüketici olmalarını engelleyen bir anlam taşımamaktadır. Tamamen kendisine özgü etkin, kısa ve ekonomik bir prosedür içinde tüketicinin hakkına kısa yoldan kavuşmasını amaçlayan kanunun, işletmesinin tüketim ihtiyacı kadar (lastik, temizlik eldiveni, temizlik malzemesi, kırılan kapı kilidinin yenisi, soğutma cihazı vs. gibi) malı almak suretiyle nihai tüketimde bulunan bir tüzel kişi taciri, korumanın kapsamı dışında bıraktığı düşünülemez. Kaldı ki hiçbir ayrıma tabi tutulmaksızın nihai tüketici olan gerçek kişi tacirler koruma kapsamında iken tüzel kişi tacirlerin koruma kapsamı dışında bırakılmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edebilir.

KARŞI OY YAZISI:

...Ancak gerçek kişi olan tacir, yaptığı işlemin ticari işletmesi ile ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işlemin niteliği itibarıyla ticari sayılmasının mümkün olmadığı takdirde borcun ticari ilişkiden doğmadığının kabulü gerekir. Anılan maddede sadece gerçek kişi tacirler öngörülmüş, dolayısı ile tüzel kişi tacirler bu kuralın dışında bırakılmıştır. 4077 Sayılı Yasanın anılan maddesinde bahsi geçen tüzel kişilerden dernek veya vakıfların amaçlanmış olduğunun kabulü gerekir". (İnternet: URL: <http://www.kazanci.com>, 29.12.2015).

²⁸ Yargıtay 13. HD. 2000/1255, K. 2000/1249, "...Eski Ticaret Kanununda tüzel kişi tacir olarak sadece ticaret şirketlerinden söz edilmişken, TTK'nin 18. maddesinde "ticaret şirketleri, amacına varmak için ticari işletme işleten dernekler ve kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümleri dairesinde yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere kamu tüzel kişileri tarafından kurulan teşekkül ve müesseselerin tacir sayılacağı" hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında (m. 18/2) sosyal düşüncelerle, kamu tüzel kişileri ile kamuya yararlı derneklerin, tüzel kişi olmalarına ve ticari işletme işletmelerine rağmen tacir sayılmayacakları açıklanmıştır. Bu durumda TTK'nin 18/1. maddesine göre tüm ticaret şirketlerinin tacir sıfatına sahip olduklarında kuşku duymamak gerekir.

Tüzel kişi tacirin barınma, gıda giyinme ve aile gibi özel insani ihtiyaçları olmadığı için bunlar hakiki şahıslar gibi adi borç ilişkileri alanı olmadığı kabul edilir. Hele somut olayda olduğu gibi ticaret şirketleri bir ticari işletme işletmiyor olsalar dahi TTK'nin 18/1. maddesi gereğince kanunen tacirdirler. Doğrudan ticari amaçla ya da işletmenin iç ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla olup olmadığına bakılmaksızın bütün hukuki ilişkileri ticari faaliyet kapsamında olup özel hayatlarına ilişkin bir işlem söz konusu olmayacaktır... Tacirin, ticari işletmesiyle ilgili tüm faaliyetlerinde basiretli bir işadami gibi davranması gerekir. Bu cümleden olarak ticari işletmesiyle ilgili sözleşmeleri yaparken ve bu sözleşmelerden doğan borçlarını yerine getirirken basiretli bir işadami gibi davranmak zorundadır. O nedenle tüketiciler için düzenlenen yasa hükümleri kapsamına alınmazlar".

(Karar için bkz. ASLAN, s. 7-8).

olarak sadece gerçek kişiyi kabul ettiğini görmekteyiz²⁹. 6502 sayılı TKHK hem tüzel kişi hem de gerçek kişiyi tüketici olarak kabul etmektedir. Bununla birlikte 6502 sayılı TKHK tüketici tanımının çerçevesini çizmekte, gerçek veya tüzel kişinin ticari amaçla hareket etmemesini aramaktadır.

Tüketicinin korunması için gereken bütün ayrıntılara mevzuatta haklı olarak yer verilirken, buna karşın tüketici olmayan veya sayılmayan kişiler için yeterli düzenlemelerin mevzuatta bulunmayışı bu konuda ayrıntılı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Örneğin tüketicinin ayıplı mal nedeniyle uğradığı zarar hakkında gerek 4077 gerekse 6502 sayılı TKHK'daki hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (4077 sayılı TKHK m. 4 vd., 6502 sayılı TKHK m. 8 vd.). Fakat mevzuatta bir tacirin ayıplı mal alması halinde ne olacağı konusunda TTK m. 23/c ve m. 898/g haricinde bir hüküm mevcut değildir.

2. Tüketici İşlemi

Tüketici işlemi hem eski TKHK'da hem de yeni TKHK'da tanımlanmıştır. 4077 sayılı TKHK m. 3/h'de "*mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem*" şeklinde tanımlanmaktaydı. 6502 sayılı TKHK m. 3/1 ise tüketici işlemi "*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*" şeklinde tanımlanmaktadır. 6502 sayılı TKHK tüketici işleminin tanımını yaparken mülga kanuna göre tartışmalı noktaların açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir. Bu amaçla bahsi geçen hükümde eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmelerin de tüketici işlemi olduğu ifade edilmiştir³⁰. Aslında 4077 sayılı TKHK zamanında da bahsi geçen sözleşmeler de 4077 sayılı TKHK kapsamındaydı, ancak burada hedeflenen amaç tüketici işlemi olan sözleşmeleri tek tek sayarak bu konudaki tartışmaları gidermektir³¹.

4077 sayılı TKHK'da ve 6502 sayılı TKHK'da tüketici işleminin tanımında her türlü sözleşme ve hukuki işlemde bahsedilmekte, hatta 6502 sayılı TKHK m. 3/1 hükmünde bir kısmı tek tek sayılmaktadır. Tüketicinin

²⁹ Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar hakkında 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/AET sayılı Konsey Direktifi m. 2 (b) "*tüketici*", bu Direktif kapsamındaki sözleşmelerde, kendi ticareti, işi veya mesleği dışındaki amaçlarla hareket eden herhangi bir gerçek kişiyi ifade eder."

³⁰ KARAKOCALI / KURŞUN, s. 15.

³¹ ASLAN, s. 10.

korunması kapsamında değerlendirilmeyen eylemler de bulunmaktadır. Haksız fiiller, 6502 sayılı TKHK kapsamında değerlendirilmemekte, taraflarından birinin tüketici olduğu haksız fiiller tüketici işlemi olarak görülmemektedir³².

6502 sayılı TKHK'da düzenlenip düzenlenmediğine bakılmaksızın her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici ilişkisi olarak değerlendirilecektir³³. Türk Ticaret Kanununda düzenlenen sözleşmeler de tüketici ilişkisine konu olacak hususlara girebilmektedir³⁴. Doktrinde bu husus eleştirilmektedir; 6502 sayılı TKHK'da bulunan tanımlar bu yasaya özgü olup bu çerçevede değerlendirilmeli, aksi halde ticari işlemler hariç sözleşmeler hukuku kapsamına giren işlemlerin hemen hemen hepsinin tüketici işlemi olarak addedilip bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁵.

6502 sayılı TKHK hükümleri çerçevesinde tüketici işlemlerinin ticari iş kapsamında tekrar değerlendirilmesi gerekliliği ortadadır. 6502 sayılı TKHK başta uygulanacak faiz oranlarının belirlenmesi olmak üzere birçok alanda ticari iş sahasını daraltmaktadır. Tüketicinin korunması düşüncesi ile ticari iş karşısından tüketici işleminin sahasının genişlemesi söz konusu olmaktadır. Bu durum tüketicinin lehine ve hakkaniyet adına doğru sonuçlara sebebiyet veriyorsa, tüketici işlemlerinin kapsamının genişlemesi kanaatimizce olumsuz sonuçlar doğurmayacaktır.

IV. TİCARİ İŞ VE TÜKETİCİ İŞLEMİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tüketicinin mesleki amaçlarla hareket edip etmediği ticari iş-tüketici işlemi ilişkisi değerlendirmesinin yapılması açısından önem göstermektedir. Mal ya da hizmet sağlanırken özel ihtiyaçların giderilmesi, ticari amaç ya

³² DERYAL, Yahya/ KORKMAZ, Yakup, **Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı**, Yeni kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 62; ASLAN, s. 10.

³³ DERYAL/ KORKMAZ, s. 63.

³⁴ ZEVKLİLER, Aydın/ AYDOĞDU, Murat, **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 74. Yargıtay'ın aksi görüşü için bkz. Yargıtay 11. HD. 15.10.1999, E. 1999/5782, K. 1999/7900: "TTK.nun 4/1. maddesindeki belirlemeye göre, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın bu yasadaki kaynaklanan uyumsuzluklar mutlak ticari davalardır. Bu durum karşısında davanın TTK.nun 5. maddesi hükümleri çerçevesinde görevli mahkemece bakılarak çözümlenmesi gerekirken, Tüketici Mahkemesi sıfatı ile bakılarak sonuçlandırılmış olması doğru görülmemiş ve kararın davalı yararına bozulması gerekmektedir.". (İnternet: URL: <http://www.kazanci.com>, 05.01.2016).

³⁵ Bahsi geçen aksi görüş için bkz. DERYAL/ KORKMAZ, dip not 48, s. 63.

da kâr güdülmemesi tüketicinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır³⁶. Ayrıca tüketicinin belirlenmesi konusunda, 6502 sayılı TKHK m. 3/k ve 4077 sayılı TKHK m. 3/e’de de belirtildiği üzere mal ve hizmetlerin tüketimi önem göstermektedir.

Ticari iş ve tüketici işlemleri, konumları ve ilgilendirdikleri çevre açısından önem taşımaktadırlar. Günümüzde ticari hayatın işleyişinde ticari iş ve tüketici işlemi birbirlerinin sınırlarını ihlal etmekte, bu sebeple bir şekilde ticari işin ve tüketici işleminin çerçevelerinin belirlenmesi gerekmektedir.

4077 sayılı TKHK’nın aksine, 6502 sayılı TKHK’da tüketici işlemi açısından ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. 6502 sayılı TKHK m. 83/2 bunlardan biridir. Bu hükme göre, “*Taraflardan birinin tüketici olduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez.*” şeklinde ifade edilmektedir. 6502 sayılı TKHK m. 83/2 tüketicinin korunduğu alanı genişletmiş, hangi kanunda ne şekilde bir düzenleme olduğuna bakılmaksızın taraflardan birinin tüketici olması halinde taraflar arasındaki işlemi tüketici işlemi addetmiştir. Ticari işler³⁷ açısından bahsi geçen bu hüküm çatışmaya neden olacak noktadadır.

Ticari iş - tüketici işlemi çatışmasında, işin tüketici işlemi mi yoksa ticari iş olarak algılanması hususunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. *Aydoğdu*, tüketicinin ticari olmayan amaçlarla hareket edip etmediği konusunda, Türk Ticaret Kanunu m. 19 hükmünden yararlanarak, tacirin borçlarının ticari olması esassından hareket etmekte, alıcının tacir olduğu hallerde TTK m. 19/1 hükmüne göre gerçek kişi tacirin borçlarının ticari olması nedeniyle 6502 sayılı TKHK m. 1 vd. hükümlerinin uygulanmayacağı düşüncesindedir³⁸. *Kara* ise, tüketici işlemlerinin genel olarak TTK m. 19 çerçevesinde ticari iş olarak sayılması gerektiği düşünmekte, TTK m. 19/2’ye dayanarak taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine bağlı olarak tacir müteşebbis için ticari olan işin tüketici açısından da ticari olması gerektiğini savunmaktadır³⁹. Bu noktada göz

³⁶ OZANOĞLU, Seçkin H., “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.50, S.1, 2001, 70.

³⁷ Ticari bir işle ilgili uyumsuzluğa uygulanacak hükümlerin uygulama sırası TTK m. 1/2’ye göre belirlenir. Ayrıca bkz. CAN, Mehmet Çelebi, “CIF Satış Sözleşmesinde Alıcının Semeni Ödeme Borcu”, **Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan**, C. I, Ankara 2010, s. 569 vd.

³⁸ AYDOĞDU (2015), s. 62.

³⁹ KARA, İlhan, **Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku**, Engin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 72.

ardı edilen husus 6502 sayılı TKHK m. 83/2 hükmüdür. Bu hükümde kanun koyucu, bir işin ticari niteliğinin taraflardan birinin tüketici olması halinde ortadan kalkmayacağını ifade etmekte, bununla birlikte tüketici işleminin varlığı konusunda da bir engellemenin söz konusu olmadığını belirtmektedir. Türk Ticaret Kanunu m. 19/1-2 hükmü ile tacirin borçlarının tüketim amaçlı olması halinde ticari olmayacağı bilinmektedir. 6502 sayılı TKHK m. 3'de tüketici işleminin tanımı yapılmış, 6502 sayılı TKHK m. 83/2'de ise bir işlemin başka bir kanunda düzenlenmiş olmasının o işin tüketici işlemi sıfatını kayba uğratmadığı ifade edilmiştir. Ticari işin taraflarından birinin tüketici olması halinde ne yapılacağı önem taşımakta ve bu durum doğal olarak ortada bir çatışmanın olduğunu göstermektedir. *Aydoğdu* ve *Kara*'nın belirttiği gibi TTK m. 19'a dayanarak 6502 sayılı TKHK hükümlerinin uygulanmaması düşüncesini isabetli bulmamaktayız. Kanaatimizce ticari iş ve tüketici işlemi arasında birbirlerinin sınırlarına giren ve genel olarak da ticari işin sınırlarını daraltan bir durum mevcuttur. Diğer bir ifade ile Türk Ticaret Kanununun sınırları 6502 sayılı TKHK hükümleri ile daraltılmıştır. Bir işin aynı zamanda hem ticari iş hem de tüketici işlemi olamayacağı aşikârdır.

Tüketicinin günümüzde daha çok korunduğu ve tüketicinin korunması çerçevesinde daha çok çaba sarf edildiği görülmektedir. Tüketicinin bulunduğu her türlü işlemde tüketicinin, satıcı, sağlayıcı, üretici, imalatçı, ithalatçı, acente, bayii, kredi banka ve finans kuruluşlarına karşı zayıf konumda olduğu ve bu sebeple korunması gerektiği bilinmektedir⁴⁰. 6502 sayılı TKHK da Avrupa Topluluğu mevzuatında yapılan değişiklikler ve mevcut kanunların tüketiciyi korumadaki yetersizliği nedeniyle önem kazanmıştır⁴¹. Ekonomik gelişmeler, reklam ve pazarlama tekniklerindeki evölüsyonlar tüketicinin korunmasını gerektiren hususlara yol açmıştır⁴². Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmada (ABİA) da bu yönde düzenlemeler yapılmıştır. ABİA m. 114 üçüncü bendinde sağlık, güvenlik, çevre koruması ve tüketici koruması

⁴⁰ KARA, s. 131; EROĞLU, Şükran, "6502 Sayılı Yasa Tüketiciyi Korumayacak Mı?", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel Sayı: 1, s. 17; OZANOĞLU, s. 57.

⁴¹ KARA, 130; KABAŞ, Esra, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, S. 3, s. 74; EROĞLU, s. 17.

⁴² KARA, s. 130-131; SİRMEN, Lale, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", *Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, Özel S. 8, 2013, s. 2466 vd.; CEYLAN, Ebru, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, Özel Sayı: 1, s. 63; KABAŞ, s. 74; DENİZ, Bahar Y., "Avrupa Birliği Tüketici Hukuku ile Türk Tüketici Hukukunun Bazı Yönlerinin Karşılaştırılması Değerlendirilmesi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 4, S. 12, 2013, s. 243.

alanlarında yüksek bir koruma düzeyini esas alındığı belirtilmekte ve bununla birlikte 169. maddenin birinci bendinde tüketicilerin menfaatlerini teşvik etmek ve yüksek bir tüketici koruma düzeyini güvence altına almak için, tüketicilerin sağlıklarının, güvenliklerinin ve ekonomik çıkarlarının korunması ile bilgilendirme, eğitim ve çıkarlarının korunması amacıyla örgütlenme haklarının teşvik edilmesine katkıda bulunacağı ifade edilmektedir⁴³. Tüketici işlemi-ticari iş çatışmasının ortaya çıktığı hallerin tüketicinin korunması gayesinin bir sonucu olarak tüketicinin korunması ile sonuçlanması ve bu durumun neticesinde tüketicinin bulunduğu işlemlerin tüketici işlemi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁴⁴. Ayrıca 6502 sayılı TKHK'nın hem özel hem de sonraki kanun olması sebebiyle önceliğinin bulunduğu kabul edilmelidir⁴⁵.

6502 sayılı TKHK'nın 83/1 maddesi, 6502 sayılı TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağından bahsetmektedir. Burada bahsi geçen genel hükümlerin Türk Ticaret Kanunu hükümleri olmadığı söylenebilecektir. Bahsi geçen savın dayanak noktası ise Türk Ticaret Kanunu madde 8'dir. TTK m. 8, ticari işlerde faiz oranını serbestisi ve bileşik faizin şartları hüküm altına almıştır. TTK ve 6502 sayılı TKHK'nın belirttiği genel hükümlerin belirlenmesi noktasında önemli olan hüküm TTK m. 8/3'tür. TTK m. 8/3 tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerin saklı olacağından bahsetmektedir. Görüldüğü üzere genel hükümlerin belirlenmesi konusunda bir karmaşa bulunmaktadır. Zira TTK hükümlerinin 6502 sayılı TKHK da bahsi geçen genel hükümler olarak değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır; çünkü TTK ve 6502 sayılı TKHK bu husus hakkında birbirlerine atıf yapmaktadır. Böyle düşünüldüğünde TTK'nın ve 6502 sayılı TKHK'nın karşılıklı olarak bir diğerine aynı konu hakkında atıf yapması bir kısır döngü oluşturacaktır⁴⁶. 6502 sayılı TKHK m. 83/1'deki genel hükümlerin faiz açısından Türk Borçlar Kanunu olarak anlaşılması gerektiği ve buna bağlı olarak 6502 sayılı TKHK'da genel hükümlerle kast edilenin Türk Borçlar Kanunu olarak anlaşılmasının icap ettiği düşüncesindeyiz⁴⁷.

⁴³ DENİZ, s. 242.

⁴⁴ Aynı yönde bkz. GÖKTÜRK, Kürşat, "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIX, Sa. 2, 2015, s. 44.

⁴⁵ AYHAN/ ÖZDAMAR/ ÇAĞLAR, s. 20; SİRMEN, s. 2472. Özel kanun genel kanun ilişkisi bakımından ayrıntılı açıklamalar için bkz. CAN, Mehmet Çelebi, "Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XX, Sa. 1, 2016, s. 39 vd.

⁴⁶ GÖKTÜRK, s. 41.

⁴⁷ GÖKTÜRK, s. 41.

Faiz, Türk Ticaret Kanunu m. 8, 9, 10'da genel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu bu maddelerde faiz oranlarının belirlendiği, bileşik faizin şartlarının ifade edildiği, anapara ve temerrüt faizi ayrımının yapıldığı ve faizin başlangıcının ne zamandan itibaren belirleneceği konularında hükümler konulmuştur. TTK'da bulunan faiz ile ilgili bahsi geçen düzenlemelerin benzerinin 6502 sayılı TKHK'da da tüketicinin korunması düşüncesi ile bulunması beklenmektedir. 6502 sayılı TKHK **hükümleri ticari işlerde** faiz açısından önem taşımakla birlikte, 6502 sayılı TKHK'da bazı özel hukuki ilişkileri düzenleyen hükümler **dışında bir** düzenleme mevcut değildir⁴⁸. Türk Ticaret Kanununda bulunan ticari iş ve buna bağlı olarak düzenlenen faiz ile ilgili hükümler, Türk Borçlar Kanununda belirtilen faiz ile ilgili emredici düzenlemeler yanında, 6502 sayılı TKHK'da tüketiciyi koruyan faiz ile ilgili genel koruyucu düzenlemelerin olmayışı hangi kanunun uygulanması gerektiği konusunda soruna yol açmaktadır⁴⁹.

SONUÇ

Ticari saha, ticari hayatın işleyişi, sürekliliği ve korunması açısından önem göstermektedir. Ancak ticari sahanın geniş bir alanı kapsaması ve Türk Ticaret Kanunu ile bu sahanın korunması, taraflardan birinin tüketici olduğu ticari işlerde, ticari işe mahsus hükümler nedeniyle tüketicinin omuzlarına ağır bir yük bindirmektedir. Bu durumun hem ticari hayata bir getirisi olmamakta hem de tüketici açısından olumsuz sonuçları söz konusu olmaktadır. Bu sebeple ticari sahanın sınırlarının çizilmesi, tatbik edilecek hükümlerin belirlenmesi yönünde ehemmiyet arz etmektedir. 6502 sayılı TKHK hükümleri ile ayrıntılı bir biçimde düzenlenen tüketici işlemi, ticari işin sınırlarını daraltmakta, tüketici için ağır bir yük getirecek olan ticari iş hükümlerine tüketicinin maruz kalmasını engellemekte ve neticede tüketicinin mağdur olmasının önüne geçmektedir.

Tüketici işlemi-ticari iş ilişkisinde ortaya çıkan TTK ve 6502 sayılı TKHK hükümlerinin tatbik sorununda, işin hangi durumda ticari iş hangi durumda ise tüketici işlemi kabul edileceğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Türk Ticaret Kanunu ve 6502 sayılı TKHK hükümleri göz önünde bulundurularak ticari işin sınırları çizildiğinde, hangi kanun hükmünün hangi durumlarda uygulanacağı konusunda tereddüt ortadan kalkacaktır. Mesele

⁴⁸ AYDOĞDU, Murat/ AYAN, Serkan, **Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 237 vd.

⁴⁹ GÖKTÜRK, s. 39.

ticari iş sınırının çizilmesinde kendini göstermektedir. Yukarıda verilen açıklamalar eşliğinde ve tüketicinin korunmasının ön planda tutulması gerçeği ile tüketicinin girdiği ticari işlerde, ticari iş sınırı, tüketici lehine daralmaktadır. Başka bir deyişle ticari sahanın sınırı, tüketici ile karşılaştığı an olacaktır.

Ticari iş - tüketici işlemi ilişkisi, faiz açısından da faiz limitleri ve adi ve ticari işlerde faizi düzenleyen hükümler açısından göz önünde bulundurulmalıdır. Ticari işlere özgü faiz hükümlerinin temelinde tacirin, ticari hayat içerisinde uğradığı zarar ve mahrum kaldığı sermaye miktarının karşılanması yatmaktadır. Ticari iş ile ilgili hükümlerin, tüketici işleminin mevcut olduğu durumlarda uygulama alanı bulamayacağı söylenebilecektir. Alacaklı tarafın tüketici olduğu işlerde, ticari işlerde uygulanan faiz oranlarının tatbik edilmesinin ticari hayatın işleyişine bir faydası olmamaktadır. Zira alacaklı taraf olan tüketiciye ödenen paranın, ticari sahadan çıkması ve ticari hayata bir getirisinin olmadığı da göz ardı edilmemelidir.

KAYNAKÇA

AKTÜRK, Yücer İpek: “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XX, Sayı: 2, 2016, s. 103-128.

ARKAN, Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2014.

ASLAN, Yılmaz İ. : **Tüketici Hukuku**, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.

ATASOY, Adil Ömer / TAŞKIN, Mustafa/ ACAR, Hakan: **Tüketiciyi Koruma Hukuku, İlgili Mevzuat ve Yargıtay Kararları**, İkinci Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara, 2000.

AYDOĞDU, Murat: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 15, Sayı: 2, 2014, s. 1-62.

AYDOĞDU, Murat: **Tüketici Hukuku Dersleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

AYDOĞDU, Murat/ AYAN, Serkan: **Türk Borçlar ve Türk Ticaret Hukukunda Yer Alan Faiz ile İlgili Düzenlemelerin Değerlendirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

AYHAN, Rıza / ÖZDAMAR, Mehmet / ÇAĞLAR, Hayrettin: **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

BAHTİYAR, Mehmet: **Ticari İşletme Hukuku**, Yeni TTK'ya Uyarlanmış 15. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

BOZER, Ali / GÖLE, Celal: **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Üçüncü Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2015.

CAN, Mehmet Çelebi: "CIF Satış Sözleşmesinde Alıcının Semeni Ödeme Borcu ", **Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan**, C. I, Ankara 2010, s. 567-589.

CAN, Mehmet Çelebi: "Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olarak Tüzel Kişi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XX, Sa. 1, 2016, s. 27-64.

CEYLAN, Ebru: "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'daki Tüketici Kredileri İle İlgili Yeni Düzenlemeler", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, Özel Sayı: 1, s. 61-80.

ÇEKER, Mustafa: **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku**, 7. Baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2013.

DENİZ, Bahar Y.: "Avrupa Birliği Tüketici Hukuku ile Türk Tüketici Hukukunun Bazı Yönlerinin Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 4, S. 12, 2013, s. 239-254.

DERYAL, Yahya/ KORKMAZ, Yakup: **Yeni Tüketici Hukuku Ders Kitabı**, Yeni kanuna Göre Yeniden Yazılmış ve Güncellenmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

ERİŞ, Gönen: **Ticari İşletme ve Şirketler**, Güncellenmiş 2. Bası, Cilt 1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

EROĞLU, Şükran: "6502 Sayılı Yasa Tüketiciyi Koruyacak Mı?", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 88, Özel Sayı: 1, s. 15-17.

GÖKTÜRK, Kürşat: "Ticari İş Kavramı, Sınırlandırılması ve Faiz Meselesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, Sa. 2, 2015, s. 3-44.

İNAL, H. Tamer: **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

İNAL, Tamer: **Açıklamalı ve İçtihatlı Tüketici kredileri ve Tüketici**

Kredisi Sözleşmeleri, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Avrupa Birliği Konseyi Yönergeleri Işığında, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.

KABAŞ, Esen: “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S. 3, s. 73-100.

KARA, İlhan: **Yeni kanuna Göre Tüketici Hukuku**, Engin Yayınevi, Ankara, 2015.

KARAHAN, Sami: **Ticari İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 26. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.

KARAKOCALI, Ahmet/ KURŞUN, S. Ali: **Tüketici Hukuku (6502 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmeliklere Göre)**, Aristo Yayınları, İstanbul, 2015.

KARAYALÇIN, Yaşar: **Ticaret Hukuku 1. Giriş – Ticari İşletme**, Üçüncü Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.

OZANOĞLU, Seçkin H.: “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.50, S.1, 2001, s. 55-90.

POROY, Reha: “Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Hukuk Sorunları”, **Arslanlı’ya Armağan**, İstanbul, 1979, s. 513-550.

SİRMEN, Lale: “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, **Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan**, Özel S. 8, 2013, s. 2465-2475.

TAŞKIN, Mustafa: “Tüzel Kişilerin ve Tüketicilerin Tüketicilik Vasfı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1997, s. 30-37.

ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, N. Fusun: **Ticarî İşletme Hukuku**, Güncellenmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

YILDIRIM, Abdulkerim: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı Taslağının Bazı Maddelerine İlişkin Değerlendirmeler”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S. 1-2, 2013, s. 1015-1047.

ZEVKLİLER, Aydın/ AYDOĞDU, Murat: **Tüketicinin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

İnternet: URL: <https://www.corpus.com.tr>

İnternet: URL: <http://www.kazanci.com>

HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ AÇISINDAN TAKİP EKONOMİSİ*

Mesut KÖKSOY**

ÖZET

Takip ekonomisi ilkesi, icra hukukuna hâkim olan ilkelerden biridir. Bu ilke, icra takip prosedüründe sadeliği, çabukluğu ve ucuzluğu sağlama amacına hizmet etmektedir. Takibin makul sürede, makul giderle ve düzenli bir şekilde sonuçlandırılması, bireylerin hukuki güvenliklerinin sağlanmasına da katkıda bulunmaktadır. Bu yönüyle takip ekonomisi ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesi arasında yakın bir ilişki olduğunu söylemek mümkündür. Zira hukuki güvenlik ilkesi, hukuk kurallarının belirli, öngörülebilir ve istikrarlı olmasını ve bu çerçevede, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde Devlete güven duymasını; Devletin de gerçekleştirdiği yasal düzenlemelerde bireylerin güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Bu nedenle icra takibinin her aşamasında her iki ilkenin de gözetilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: İcra hukuku, takip ekonomisi ilkesi, hukuki güvenlik ilkesi, makul süre, makul gider

PERSUANCE ECONOMY WITH REGARD TO THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY

ABSTRACT

The principle of persuance economy is one of principles which dominate to enforcement law. This principle serves to ensure simpleness, quickness and cheapness in issue enforcement proceedings. However this principle both serves to concluding of persuance in reasonable time, regularly with reasonable expense and contribute to ensure legal security. With this aspect could be said there is a close tie between persuance economy and legal security. Because legal security principle requires that citizens must trust their government, however government must abstain from injuring citizens confidence by legislative regulations. For this reason, both of principles must be considered at every phase of enforcement pursuance.

Keywords: Enforcement law, the principle of persuance economy, the principle of legal security, reasonable time, reasonable expense

* Bu makale, yazarın "İcra Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi" isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk, Medenî Usul ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15.08.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25.08.2016

GİRİŞ

Takip ekonomisi ilkesi, takibin ve icra faaliyetinin imkânlar dâhilinde kısa sürede, basit ve ucuz şekilde sonuçlandırılması anlamına gelmektedir¹. Tebligatlarda yaşanan aksaklıklar ve icra dairesi görevlilerinin ihmâlleri gibi sorunlar, icra takiplerinin ilerleyişine engel olmaktadır. Takip ekonomisi ilkesi ise, bu sorunları ortadan kaldırarak, icra takibinin makul sürede, makul giderle ve düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bireylerin kendiliğinden hak almasının yasak olması ve icra takip yetkisinin Devletin tekelinde olması, icra takiplerinin etkili bir şekilde sonuçlandırılmasının önemini ortaya koymaktadır. İcra takibi sırasında, takip ekonomisi ilkesinin unsurlarının tamamının birlikte gözetilmesi, bireylerin icra organlarına güven duymasını ve ihkak-ı hakkın önlenmesini sağlar. Bu nedenle, takip ekonomisi ilkesinin takibin her aşamasında gözetilmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

İcra takiplerinin makul sürede, makul giderle ve etkili bir şekilde sonuçlanması, hem takip ekonomisi ilkesi hem de hukuki güvenlik ilkesi bakımından gereklidir. Hukuki güvenlik ilkesi, hukuk kurallarının ve uygulamanın belirli, öngörülebilir ve istikrarlı olmasını gerektirir. Alacaklı olduğunu iddia eden her birey, icra dairesine başvururken, hakkına bir an önce kavuşacağına güvenir ve icra takibinin düzenli bir şekilde yürütülerek sonuçlanacağını öngörür. Devletin de bu güven duygusunu boşa çıkarmaması hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir. Bu bakımdan, hukuki güvenlik ilkesi ile takip ekonomisi ilkesini, bazı noktalarda birbirini destekleyen ve benzer amaçlara hizmet eden ilkeler olarak değerlendirmek mümkündür.

İcra hukukunda, takibin ilerleyişini yavaşlatan, bireylerin icra organlarına başvurmasını engelleyen uygulama ve düzenlemeler bulunması, hem hukuki güvenliği tehdit etmekte, hem de takip ekonomisini ihlâl etmektedir. Bu noktada her iki ilke açısından ortak sorun teşkil eden hususlar, çalışmanın hazırlanmasında etkili olmuştur. Bu çalışmada, öncelikle takip ekonomisi ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi arasındaki ilişki tespit edilmeye çalışılmış, ardından da icra hukukunda yer alan bazı hususların, her iki ilke açısından da değerlendirilmesi yapılmıştır.

¹ ÖZEKES, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 82; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 70.

I. TAKİP EKONOMİSİ İLKESİ İLE USUL EKONOMİSİ İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bu ilke, medeni usul hukukuna hâkim olan ilkeler arasında yer alan usul ekonomisi ilkesinin takip hukukundaki görünümüdür². Usul ekonomisi ilkesi, medeni usul hukukuna hâkim olan ilkelerden biridir³. Takip ekonomisi ilkesi ise icra ve iflâs hukukunda geçerli olan ilkeler arasında yer almaktadır. Takip ekonomisi ilkesi, usul ekonomisi ilkesi ile benzer niteliklere sahip ve takip hukuku bakımından onun devamı niteliğinde olan bir ilkedir⁴. Ancak takip ekonomisi ilkesi ve usul ekonomisi ilkesinin birbirinin yerine kullanılması söz konusu değildir. Her iki ilke arasında benzerlikler olduğu gibi bir takım farklılıklar da bulunmaktadır.

Usul ekonomisi ilkesi, yargılamanın kolaylaştırılmasını, yargılamada öngörülen sürelerle uyulmasını ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamayı amaçlamaktadır⁵. Takip ekonomisi ilkesi ise, takip prosedüründe sadeliği, çabukluğu ve ucuzluğu sağlama amacına hizmet etmektedir⁶. Görüldüğü üzere her iki ilke de benzer amaçları gerçekleştirmeye çalışmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, icra ve iflâs hukuku ile medeni usul hukuku, amaçları ve organları bakımından farklılık gösterdiğinden icra takibi aşaması, usul ekonomisi ilkesi içinde değerlendirilmemelidir⁷. Usul ekonomisi ilkesi yargılama faaliyetleri sırasında, takip ekonomisi ilkesi ise icra takipleri sırasında gözetilmesi gereken birer ilkedir. Bu nedenle, takip ekonomisi ilkesi, alacaklının icra dairesinden bir icra takibi başlatmasıyla devreye girecektir. İcra organlarına başvurudan önce bir yargılama faaliyeti söz konusu olursa, bu aşamada usul ekonomisi ilkesi devreye girecektir. Dolayısıyla mahkemeden bir ilâm alınması aşaması ile bu ilâmın icraya konulması aşamasını birbirinden ayrı olarak ele almak gerekir. Zira ilâmların icrası yargılama aşamasının devamı niteliğinde bir işlem olmayıp, yargılamadan bağımsız icra hukukuna özgü bir prosedür

² YILMAZ, Ejder, “Usul Ekonomisi”, AÜHFD, C. 57, S. 1, 2008, s. 245; ÇETİN, İbrahim, “Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi”, Sayıştay Dergisi, 2010/78, s. 104.

³ YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 243; YILMAZ, Ejder, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, ABD, 1984/2, s. 214; AKKAN, Mine, “Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, MİHDER, C. 3, S. 6, 2007/1, s. 59.

⁴ ÖZEKES, İlkeler, s. 82; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 70.

⁵ YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 243; YILMAZ, Yargılama Giderlerinin İşlevi, s. 214.

⁶ UMAR, Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, No: 64/38, İzmir, 1973, s. 40, 41.

⁷ ERMENEK, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 34.

olarak değerlendirilmelidir⁸. Hükmün kesinleşmesi, hâkimin dava üzerindeki yetkisini sona erdireceğinden bu aşamadan sonra Anayasa'nın 141/4'üncü maddesi ile bağlantılı, HMK m. 30'da belirtilen usul ekonomisinden bağımsız olarak takip ekonomisi devreye girecektir⁹.

II. TAKİP EKONOMİSİ İLKESİNİN İCRA HUKUKUNDAKİ YERİ

Usul ekonomisi ilkesi, Anayasa'nın 141/4'üncü maddesinde, "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir" şeklinde düzenlenmiştir. Usul ekonomisine ilişkin diğer bir düzenleme ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30'uncu maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, "Hâkim yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür". Görüldüğü üzere usul ekonomisi ilkesinin temelleri, hem Anayasa'ya hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na dayanmaktadır¹⁰. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1'inci maddesinde, usul ekonomisinin yargılamanın makul sürede yapılması unsuruna vurgu yapılmıştır. Buna karşılık takip ekonomisi ilkesine ilişkin Anayasa'da ve İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Kanun'da ve Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş olması, bu ilkenin icra hukukunda uygulanamayacağı anlamına gelmez. Zira Anayasa'nın madde 141/4'te yer alan hükmünde, her ne kadar davalardan bahsedilse de, takip ekonomisi de bu kapsamda değerlendirilmelidir¹¹. Ayrıca adalete erişim hakkının doğal bir sonucu olarak takip ekonomisi ilkesinin icra ve iflâs hukukunda gözetilmesi gerekir. Diğer taraftan İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan tüm değişikliklerde takip ekonomisi ilkesi göz önünde bulundurulduğu da görülmektedir¹². İcra ve İflâs Kanunu'nda "derhal" (Örn. İİK m. 28), "kısa bir sürede" (Örn. İİK m. 57), "geciktirilmeksizin" gibi bir takım ifadelerle yer verilmesi, belirli işlemlerin belirli süreler içinde yapılmasının öngörülmesi, takip ekonomisi ilkesinin

⁸ TERCAN, Erdal, "Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32'nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi", EÜHFD, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 161.

⁹ ERMENEK, Ayrılma, s. 37.

¹⁰ ÇETİN, s. 100; ERMENEK, İbrahim, "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", MİHDER, C. 9, S. 26, 2013/3, s. 43.

¹¹ ERMENEK, Ayrılma, s. 37.

¹² ÖZEKES, İlkeler, s. 82; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 70.

gereği olarak takip prosedüründe sadeliği, çabukluğu ve ucuzluğu sağlama amacına hizmet etmektedir¹³.

Anayasa'nın 141/4'üncü maddesinde Devlete, yargının çabuk ve ucuz bir şekilde gerçekleşmesi için gereken tedbirleri alma konusunda açıkça bir yükümlülük getirilmiştir. Bu yükümlülüğün amacı yargılamada karşılaşılan aksaklıkların önüne geçebilmektir. Yargılama bakımından meydana gelen aksaklıkların pek çoğunun icra takiplerinde de ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Tebligata ilişkin sorunlar, bilgisizlik, dikkat ve özen eksikliği, iş yükünün fazla olması, tarafların, yargılamanın veya takibin uzamasına yönelik kötü niyetli davranışları hem yargılama faaliyetlerinde hem de icra takiplerinde yaşanan ortak sorunlar arasında yer almaktadır¹⁴. Dolayısıyla mahkemelerin yargı faaliyetlerinde usul ekonomisini gözetme yükümlülüğü, cebri icra hukukunda icra organlarının takip ekonomisi ilkesini gözetme yükümlülüğü ile benzer bir amaca hizmet etmektedir. Diğer taraftan takip ekonomisi ilkesinin, yargılama faaliyetinden daha önemli olduğu ve uygulama alanının diğer pek çok ilkedен daha katı olduğu da ifade edilmektedir¹⁵. Zira alacaklının hakkını elde etmesinde gerçekleştirilecek cebri icra faaliyeti, başvurulacak son başvuru yoludur. Bu nedenle Anayasanın 141/4'üncü maddesinin sadece mahkemeler değil, aynı zamanda icra organları bakımından da bağlayıcı olduğunu söylemek mümkündür. Aksine bir düşüncenin kabulü, Anayasa'nın 141/4'üncü maddesinin amacına aykırılık teşkil etmektedir.

Gerek Anayasa'nın 141/4'üncü maddesinde, gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan usul ekonomisi ilkesi, emredici niteliktedir¹⁶. Anayasanın madde 141/4 hükmünün takip ekonomisi ilkesini de içine aldığından bahsedildiğine göre, takip ekonomisi ilkesinin de bu kapsamda emredici nitelikte olduğu söylenebilir. O halde gerek usul ekonomisi ilkesinin ihlâli¹⁷, gerekse takip ekonomisinin ihlâli Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle, hâkimler yargılamanın her safhasında usul ekonomisini¹⁸, icra organları da takibin her aşamasında takip ekonomisini gözetmekle yükümlüdürler.

¹³ UMAR, s. 40, 41.

¹⁴ ÖZEKES, İlkeler, s. 83.

¹⁵ ÖZEKES, İlkeler, s. 82; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 70.

¹⁶ YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 243; ERMENEK, Ayrılma, s. 31.

¹⁷ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 229.

¹⁸ ÇETİN, s. 82.

III. HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ VE İCRA HUKUKUNDAKİ YERİ

Cebri icra hukuku, müdahale ve zor kullanma yetkisinin en yoğun uygulandığı hukuk alanlarından biridir¹⁹. Nitekim icra faaliyetlerinin yerine getirilmesinde, gerekli durumlarda, borçlunun şahsına veya malvarlığına yönelik müdahalelerde bulunulmaktadır. Alacaklının, borçlunun mal varlığından tatmin edilmesi esası kabul edildiğinden, gerektiğinde borçluya karşı bir zor kullanma söz konusu olmaktadır. Borçlunun borcunu kendi isteği ile ödememesi durumunda zor kullanma yetkisini kullanacak olan borçlu değil, bilakis Devlettir²⁰. Alacaklı ile borçlu arasındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan alacağın tahsili, Devlet eliyle gerçekleştirilmektedir. Devlet, alacaklının alacağını elde etmesini icra organları aracılığıyla yerine getirmekte, dolayısıyla ihkak-ı hakkı yasaklamaktadır. Cebri icra tekelinin Devlete ait olması, hukuki koruma mekanizmasının önemli bir parçasını oluşturmaktadır²¹. Devletin yargılama aşamasında bu tekelden kısmen de olsa vazgeçmesi mümkündür²². Ancak cebri icra işlemlerinde bulunma yetkisi sadece Devlete ait olduğundan, takibin tüm aşamalarının icra organlarınca yürütülmesi gerekir²³. Dolayısıyla kendiliğinden hak almanın yasak olması nedeniyle Devlet, bireylerin taleplerinin yerine getirilmesini sağlama yükümlülüğü altına girmekten kaçınamaz²⁴. Ayrıca Devletin, sahip olduğu zor kullanma yetkisini hiçbir sınırlamaya tabi olmadan kullanması da düşünülemez²⁵.

İcra hukukunda alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat çatışmasının bulunması, icra takibini yürütme yetkisinin Devlet tekelinde olması ve Devletin icra takipleri sırasında zor kullanma yetkisine sahip olması, icra hukukunda hukuki güvenliğin sağlanmasının önemini ortaya koymaktadır. Bireylerin temel hak ve özgürlüklerden etkili bir şekilde yararlanabilmeleri,

¹⁹ ÖZEKES, İlkeler, s. 207.

²⁰ BERKİN, Necmeddin M., Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1980, s. 9; UMAR, s. 206; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 69; PEKCANİTEZ, Hakan, İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1986, s. 2-3; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 27.

²¹ AŞIK, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 22.

²² ÖZEKES, İlkeler, s. 79; AŞIK, s. 22.

²³ KURU, İcra, s. 27; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 69.

²⁴ UMAR, s. 206.

²⁵ AŞIK, s. 25.

ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir²⁶. Bu nedenle hukuki güvenlik ilkesi, bütün hukuk alanlarında olduğu gibi icra hukukunda da öncelikli olarak gözetilmesi gereken bir ilkedir.

Hukuki güvenlik ilkesi doktrinde, ‘‘Kamu otoriteleriyle ilişkilerinde kişilerin bugün ve geleceğe dönük olarak güven duygusu içinde olmaları’’ şeklinde tanımlanmıştır²⁷. Bir başka tanımda ise, ‘‘Herkesin bağlı olacağı kuralı önceden bilmesi ve tutumunu veya davranışlarını ona göre güven ile düzene sokabilmesi’’ olarak ifade edilmiştir²⁸. Hukuki güvenlik ilkesi de takip ekonomisi ilkesi gibi Anayasa’da açıkça düzenlenen bir ilke değildir. Ancak bu ilke hukuk devleti ilkesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlet olarak ifade edilmektedir²⁹. Anayasa Mahkemesi’nin, hukuk devleti kavramına yer verdiği kararların çoğunda, hukuk devleti ile hukuki güvenlik ilkesi birlikte değerlendirilmiştir. Mahkeme bazen hukuki güvenlik ilkesini hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından biri olarak değerlendirmiş³⁰, bazen hukuki güvenlik ilkesinin hukuk devletinin bir gereği³¹ olduğunu vurgulamış, bazen de hukuki güvenlik ilkesinin, hukuk devletinin unsurlarından birisi³² olduğunu ifade etmiştir.

Hukuki güvenlik ilkesi, her ne kadar Anayasa’da açıkça yer almasa da, Anayasa Mahkemesi, bu ilkenin hukuk devletinin temel bir unsuru olarak

²⁶ AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/107, K. 2013/90, RG. 22.11.2013, S. 28829, KİBB, E. T. 15.07.2016.

²⁷ ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013, s. 114.

²⁸ EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1997, s. 10.

²⁹ AYM, T. 14.01.2010, E. 2009/27, K. 2010/9, RG. 17.03.2010, S. 27524, KİBB, E. T. 15.07.2016.

³⁰ AYM, T. 31.01.2008, E. 2004/3, K. 2008/47, RG. 20.03.2008, S. 26822, KİBB, E. T. 15.07.2016.

³¹ AYM, T. 23.07.2003, E. 2003/48, K. 2003/76, RG. 11.09.2004, S. 25580, KİBB, E. T. 15.07.2016.

³² AYM, T. 11.06.2003, E. 2001/346, K. 2003/63, RG. 08.11. 2003, S. 25283, KİBB, E. T. 15.07.2016. Ayrıca bkz. AKKAN, s. 41; BÜLBÜL, Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010, s. 41.

Anayasa'nın bütün maddelerinde zımnen mevcut olduğu sonucuna varmıştır³³. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluk denetimi yaptığı pek çok kararında, hukuki güvenlik ilkesine yer vermiştir. Yine benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, hukuki güvenlik ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hakların özünde yer alan ve bu haklardan ayrı düşünülmesi mümkün olmayan bir ilke olduğunu vurgulamıştır³⁴. Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında da belirtildiği üzere hukuki güvenlik ilkesi bireylere hukuken tanınmış olan temel hak ve özgürlüklerle sıkı bir ilişki içindedir. Bu bağlamda bireylerin sahip oldukları bu hak ve özgürlüklerin hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmaları ve kullanımının engellenmesi hukuki güvenlik ilkesinin de ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Örneğin, hak arama özgürlüğünü engelleyen³⁵ düzenlemeler, hukuki güvenlik ilkesinin ihlâl edilmesine neden olmaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir³⁶. Bu nedenle hukuki güvenlik ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi için, icra takibinde birinci derecede görevli olan icra müdürlerinin, icra takibi sırasında, bireylerin icra organlarına olan güvenlerini sarsacak tutum ve davranışlardan kaçınmaları, tüm işlemlerini kanuna uygun şekilde yerine getirmeleri gerekmektedir.

IV.TAKİP EKONOMİSİ İLKESİ İLE HUKUKİ GÜVENLİK İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Hukuki güvenlik ilkesi ile takip ekonomisi ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Hukuki güvenliğin sağlanabilmesi, takip ekonomisine mümkün olduğunca uyulması ile gerçekleşebilir. Takibin makul giderle, makul sürede ve etkili bir şekilde yapılması unsurlarının bir arada bulunması halinde, bireylerin icra organlarına ve icra takiplerinin ciddiyetine güveni artar. Bu nedenle, icra faaliyetlerinin tüm aşamalarında aktif olan icra müdürlerine,

³³ AYM, B. No: 2012/989, T. 19.12.2013, KİBB, E. T. 15.07.2016.

³⁴ Bu yöndeki AİHM kararı için bkz. BÜLBÜL, s. 42.

³⁵ AYM, T. 22.11.2012, E. 2012/132, K. 2012/179; RG. 26.07.2013, S. 28719; AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/107, K. 2013/90, RG. 22.11.2013, S. 28829. Kararlar için bkz. KİBB, E. T. 15.07.2016.

³⁶ AYM, T. 26.12.2013, E. 2013/52, K. 2013/160, RG. 09.05.2014, S. 28995; AYM, T. 16.01.2014, E. 2013/110, K. 2014/8, RG. 09.05.2014, S. 28995. Kararlar için bkz. KİBB, E. T. 15.07.2016.

takibin etkili bir şekilde yürütülmesi konusunda önemli görevler düşmektedir. İcra müdürünün, icra takip işlemlerini zamanında yerine getirmesi, takdir yetkilerini ölçülü bir şekilde kullanması, borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesini gözetmesi gerekir. İcra müdürü, alacaklının makul sürede ve makul giderle alacağına kavuşmasını sağlarken, borçlunun da haklarını koruyabilmesine ve kendisini savunmasına imkân vermelidir. Zira icra müdürü, cebri icra faaliyetlerini Devleti temsilen yerine getirir³⁷. Bu noktada, icra müdürlerinin takip ekonomisine uygun davranışta bulunmaları, bir yandan alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin icra organlarına güven duymasını tesis ederken diğer yandan da ihkak-ı hakka yönelmelerine engel olur. Aksine bir durum, takip sonucunda borçlunun ödemek zorunda kalacağı miktarı artıracığı gibi icra dairesinin iş yükünün de artmasına neden olur³⁸.

Takip ekonomisi ilkesinin gereğinin yerine getirilmesi çoğu zaman hukuki güvenliğin sağlanmasına da katkıda bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki takip ekonomisine uygunluk her zaman hukuki güvenlik ilkesine uygunluk olarak anlaşılmalıdır. Örneğin takibin mümkün olan süratle sonuçlandırılması takip ekonomisine hizmet etmektedir. Buna karşılık, takibin çok hızlı şekilde sonuçlandırılması, tarafların hukuki güvenliklerinin ihlâl edilmesine sebebiyet verebilir. O halde her iki ilkenin çoğu zaman yakın ilişki içinde oldukları ancak bazı durumlarda birbirleriyle çatıştıkları söylenebilir. Bu nedenle icra takiplerinin amacına uygun şekilde yerine getirilmesinde takip ekonomisi ilkesi ile hukuki güvenlik ilkesi arasında bir denge kurulması gerekir.

B. Takip Ekonomisi İlkesinin Unsurları ile Hukuki Güvenlik İlkesi Arasındaki İlişki

Takip ekonomisi ilkesi, takibin ve icra faaliyetinin imkânlar dâhilinde kısa sürede, basit ve ucuz şekilde sonuçlandırılması anlamına gelmektedir³⁹. Bu tanımdan hareket edildiğinde, bu ilkenin unsurlarını, takibin makul sürede tamamlanması, takibin makul giderle tamamlanması ve takibin düzenli bir şekilde yürütülmesi olarak ifade etmek mümkündür.

³⁷ POSTACIOĞLU, İlhan, E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul, 1969, s. 4; KURU, İcra, s. 27; POSTACIOĞLU, İlhan, E./ALTAY, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 2; PEK-CANITEZ, s. 3.

³⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 70; ÖZEKES, İlkeler, s. 82.

³⁹ ÖZEKES, İlkeler, s. 82.

1. Takibin Makul Sürede Tamamlanması Unsuru ile İlişkisi

Usul ekonomisi ilkesinin gereği olarak yargılamanın makul sürede gerçekleşmesi zorunlu olduğu gibi takibin makul sürede tamamlanması da takip ekonomisi ilkesi bakımından zorunludur. Makul sürede takibin yapılması hem icra dairelerinin işleyişinin etkili olması, hem de tarafların hak ve menfaatlerinin korunması bakımından önemlidir. Takip ekonomisi ve usul ekonomisi ilkesi, etkin hukuki korumanın sağlanmasına katkıda bulunmaktadır⁴⁰. Yargılamanın ve icra takiplerinin makul olan en kısa sürede sonuçlandırılması, bireylerin hak kaybına uğramalarını engelleyerek hukuki korumalarını sağlamaktadır⁴¹. İcra takiplerinde etkinliğin sağlanması için takibin mümkün olduğunca hızlı bir şekilde sonuçlandırılması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki, her ne kadar alacağın hızlı bir şekilde tahsil edilmesinde alacaklının menfaati bulursa da, borçluya savunma hakkı verilmeyen hızlı takipler, borçlunun zor duruma düşmesine ve kamu düzeninin bozulmasına yol açabilir⁴². Ayrıca bu durum borçlunun hukuki güvenliğinin zarar görmesine sebep olabilir. Adalet, uyumsuzluğun, her iki tarafı da memnun edecek şekilde çözülmesi anlamına geldiğinden⁴³, icra takiplerinde hem alacaklı hem de borçlunun menfaatleri dengelenmelidir. Bu sebeple, takibin hızlı bir şekilde sonuçlanması tek başına bir amaç olmamalıdır. Aksine bir düşüncenin kabulü, icra organlarının hatalı kararlar vermesine neden olabilir.

İcra takibi, alacaklının icra dairesinde takip talebinde bulunması ile başlar⁴⁴. Dolayısıyla makul sürenin takip talebiyle işlemeye başlayacağını kabul etmek gerekir. İcra takibinde alacaklının amacı, alacağına veya icra takibi yapmaktaki başka bir menfaatine bir an önce kavuşmaktır. Takibin son aşaması paraya çevirme olduğuna göre, hacizli malın satılarak satış bedelinin alacaklıya teslim edilmesiyle birlikte takip sona ermiş olacaktır. O halde makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınacak süre, takip talebi ile satış bedelinin alacaklıya ödendiği zaman dilimi arasındaki süredir. Şayet alacaklının başka bir menfaati söz konusu ise, bu amacına ulaşması ile birlikte takip sona ereceğinden makul sürenin hesaplanmasında bu amaca ulaşana kadar geçen

⁴⁰ AKKAN, s. 40.

⁴¹ AKKAN, s. 40; ÖZEKES, İlkeler, s. 40.

⁴² BERKİN, İcra, s. 12.

⁴³ ÖZBEK, Mustafa, "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", MİHDER, C. 2, S. 4, 2006, s. 912.

⁴⁴ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara, 2013, s. 129.

süre dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla yargılamada geçen süreyi, sadece yargılamanın makul sürede yapılıp yapılmadığı açısından dikkate almak gerekir. İcra takibi sırasında geçen süre ise takibin makul sürede tamamlanması açısından dikkate alınmalıdır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargılamanın makul sürede gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde icra takibinin sona erme tarihini esas almaktadır⁴⁵. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuruları incelerken, makul sürenin tespitinde sadece mahkemelerde geçen süreyi değil, kamu gücünü kullanan diğer organların işlemleri sırasında geçen süreyi de dikkate almaktadır⁴⁶.

Makul sürenin ne kadar olacağına ilişkin kesin sınırlar belirlemek zordur. Zira her bir takipte, alacaklı veya borçlu sayısı fazla olabilir ya da takibin sonuçlanması için izlenmesi gereken süreç farklı olabilir. Örneğin, alacaklının elinde bir ilâm olması durumunda bu ilâma dayanarak ilâmlı takip yapması, elinde ilam olmadan yapacağı ilâmsız takibe göre daha hızlı bir şekilde sonuçlanacaktır. Bu nedenle, makul sürenin miktarının belirlenmesinde her bir takibin ayrı ayrı ele alınması ve ona göre makul sürenin aşıp aşılmadığının tespiti gerekmektedir.

Takibin makul sürede tamamlanması hem hukuki güvenlik ilkesi bakımından hem de takip ekonomisi ilkesi bakımından önemlidir. Hukuki güvenlik ilkesi, takibin makul sürede tamamlanmasını zorunlu kılar. Zira bireyler icra dairelerine başvururken alacaklarına en kısa sürede kavuşacaklarına güvenir ve alacaklarının icra organları aracılığıyla elde edilmesini isterler. Devletin de bu güveni boşa çıkarmaması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Zira hukuk devleti, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini gerektirir⁴⁷. Ayrıca takiplerin makul sürede tamamlanmaması, bireyleri, alacaklarını kendi eliyle tahsil etme yoluna teşvik eder. Böyle bir durum ise toplum düzeninin ve hukuki güvenliğin bozulmasına yol açar. Bu nedenle, takibin gereksiz yere uzatılmaması için bir takım önlemler alınmıştır. Örneğin, Taşınmaz ihale bedelinin ödenme süresinin 20 günden 10 güne düşürülmesi, takibin hızlandırılmasına yönelik bir değişikliktir (İİK m. 130)⁴⁸. İlgililerin adres göstermemeleri ve adres değişikliği halinde yeni adresini

⁴⁵ Bu yöndeki AİHM kararı için bkz. RÜZGARESEN, Cumhuriyet, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 181.

⁴⁶ ERMENEK, Ayrılma, s. 34; ERMENEK, Bireysel Başvuru, s. 43.

⁴⁷ AYM, T. 17.05.2007, E. 2004/17, K. 2007/59, RG. 21.11.2007, S. 26707, KİBB, E. T. 15.07.2016.

⁴⁸ YILMAZ, Ejder, "Dünden Bugüne İcra İflâs Kanunumuz", SÜHFD, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 23.

bildirmemeleri ipoteğin paraya çevrilmesi sürecinin uzamasına ve alacaklının alacağını daha geç elde etmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, takiplerin sürüncemede bırakılmasının önüne geçmek ve adalete güvenin tesisini sağlamak amacıyla, 4949 sayılı Kanun'la İİK'na yeni bir hüküm eklenmiştir⁴⁹. Bu hükümle birlikte, ipotek sözleşmesinin tarafları veya ipotekli taşınmazı daha sonra satın alanlar ya da bunların halefleri, tapu sicili müdürlüğüne yurt içinde bir tebligat adresi bildirmek zorunda kalacak, adres değişikliği halinde, şayet yeni adres bildirilmezse tebligatlar eski adrese yapılacak ve eski adrese ulaştığı tarih tebellüğ tarihi sayılacaktır (İİK m. 148/a). Takiplerin hızlandırılmasına yönelik birçok düzenleme ve değişiklik yapılmış olsa da bu amaca tamamen ulaşıldığını söylemek zordur⁵⁰.

2. Takibin Makul Giderle Tamamlanması Unsuru ile İlişkisi

Devlet, icra takibinin yürütülebilmesi için, yeteri kadar personel çalıştırmak ve gerektiği kadar icra dairesi kurmak zorundadır. Yerine getirilen hizmetin oldukça yoğun olması, takip masraflarının tamamının devlet tarafından karşılanmasını zorlaştırmaktadır. Bu hizmetlerin en verimli şekilde sağlanması için bireylerin bu giderlerin karşılanmasına katılması gerekmektedir⁵¹.

Takip ekonomisi ilkesi, hiçbir gider yapılmadan takibin tamamlanacağı veya takibin taraflarından harç istenmeyeceği anlamına gelmez⁵². Her ne kadar yargılama ve takip hizmetlerinin tamamen ücretsiz olması gerektiğine ilişkin bir düşünce mevcut olsa da, günümüz şartlarında bunun mümkün olmadığı da bir gerçektir. Diğer taraftan bireylerden alınan harçlar, Devlet tarafından yapılan giderlere sadece bir katkı niteliğindedir⁵³. O halde icra takibinin taraflarından belirli oranda harç ve masraf alınmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Önemli olan bu oranların hangi düzeyde tutulacağıdır.

Harçların ve giderlerin yüksek olması da düşük olması da bir takım sorunların ortaya çıkmasına neden olabilir⁵⁴. Herkesin icra organlarına

⁴⁹ YILMAZ, Dünden Bugüne, s. 25.

⁵⁰ YILMAZ, Dünden Bugüne, s. 45.

⁵¹ RÜZGARESEN, Usul Ekonomisi, s. 133; RÜZGARESEN, Cumhuriyet, "Medeni Yargılama Hizmetlerinin Bedelsiz Olmaması ve Nedenleri", Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, www.e-akademi.org, S. 100, Haziran 2010, Parg. 2.

⁵² Benzer şekilde bkz. YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 250; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, Nesil Matbaacılık, 7. Bası, İstanbul, 2000, s. 68.

⁵³ YILMAZ, Yargılama Giderlerinin İşlevi, s. 200; RÜZGARESEN, Usul Ekonomisi, s. 137; RÜZGARESEN, Yargılama Hizmetleri, Parg. 3.

⁵⁴ RÜZGARESEN, Yargılama Hizmetleri, Parg. 31.

başvurabilmesi herhangi bir harç ödemeksizin yapılırsa, iş yükü artacağı için herkesin gerektiği gibi adalete erişmesine de engel olacaktır⁵⁵. Harçların yüksek olması ise, iş yükünün azaltılmasında etkili olsa da, hak arama özgürlüğünün kullanılmasını engelleyeceğinden adalet anlayışına uygun düşmez⁵⁶. Zira hak arama özgürlüğü, etkin hukuki korumanın ilk aşamasını oluşturmaktadır⁵⁷. Harçların miktarı, bireyleri, Devlete başvurmadan caydırıcı boyutlara ulaşırsa hak arama özgürlüğünün ihlâli söz konusu olmaktadır⁵⁸. Hak arama özgürlüğünün tam anlamıyla gerçekleştirilmesi, bireylerin hukuk yoluna başvururken yüksek miktarda harç ödememesini de gerektirir. Fakat harçların miktarı, hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılmasına da imkân vermemelidir⁵⁹. Diğer bir ifade ile harç ve giderler, ne hak arama özgürlüğünü engelleyecek boyutta olmalı, ne de bireylerin kötü niyetli olarak başvuru yapmalarına imkân sağlamalıdır⁶⁰.

Bir kimsenin geliri ile hakkını arayabilmesi için kendisinden talep edilen gider arasında bir denge yoksa talep edilen giderin o kişi bakımından yüksek olduğu söylenebilir. Böyle bir durumda, geliri düşük olan bireylerin korunması amacıyla giderlerin düşürülmesi fikri akla gelebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durum, geliri yüksek olan bireyler bakımından bir avantaj haline gelebilir⁶¹. O halde yapılması gereken, takipler sırasında alınan harçların makul düzeyde tutulması ve ekonomik durumu olmayanlar için adli yardım kurumunun sağlıklı bir şekilde yürütülmesidir⁶². Giderlerin makul düzeyde tutulması, bir taraftan ihkak-ı hakkın engellenmesini sağlarken diğer taraftan da bireylerin haklarını ararken Devlet organlarına başvurmasını özendirir⁶³. Bu şekilde hukuki güvenliğin sağlanması da kolaylaşmaktadır.

⁵⁵ ÖZBEK, s. 914.

⁵⁶ TANRIVER, Süha, "Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine", AÜHFD, 2001/1-4, s. 76.

⁵⁷ AKKAN, s. 47.

⁵⁸ YILMAZ, Yargılama Giderlerinin İşlevi, s. 201; RÜZGARESEN, Usul Ekonomisi, s. 140.

⁵⁹ RÜZGARESEN, Yargılama Hizmetleri, Parg. 15.

⁶⁰ ERMENEK, İbrahim, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Makul Giderle Yargılanma Hakkına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi", Prof. Dr. Ramazan ARSLAN'a Armağan, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 778.

⁶¹ RÜZGARESEN, Usul Ekonomisi, s. 156.

⁶² YILMAZ, Yargılama Giderlerinin İşlevi, s. 219; RÜZGARESEN, Yargılama Hizmetleri, Parg. 15; TERCAN, s. 139.

⁶³ RÜZGARESEN, Usul Ekonomisi, s. 140.

Bireylerin kendi eliyle hak alması yasaklandığından hakkı ihlâl edilen bireylerin Devlete başvurması gerekmektedir⁶⁴. Devletin icra takiplerinde tekel yetkisine sahip olması, bireylerin hak aramalarının önündeki bütün engellerin kaldırılmasını ve bireylerin taleplerinin dikkate alınmasını zorunlu kılar⁶⁵. Hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin bir gereğidir⁶⁶. Hukuk devleti ise, hukuki güven ortamını sağlayan hukuka uygun hareket eden devlet demektir⁶⁷. Hukuk devletiyle bağlantılı olarak şekli bir hukuki koruma yerine, etkili bir hukuki korumanın önemi üzerinde durulmaktadır⁶⁸. İş yükünün artacağı veya haksız takiplerin çoğalacağı gibi düşüncelerle harç ve masrafların yüksek tutulması hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz. Zira hukuki güvenlik ilkesi, bir yandan bireylerin meşru vasıta ve yollarla, hukuka uygun şekilde hak elde etmelerine imkân sağlarken, diğer yandan da bu hakların Devlet eliyle ihlâl edilmesine engel olmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle bireylerin hukuki güvenliklerinin sağlanması, ancak etkili bir hak arama imkânı tanınması ile mümkündür⁶⁹.

Haksız takiplerin artacağı düşüncesiyle harç ve masrafların yüksek tutulması, tek başına bir amaç olmamalıdır. Zira böyle bir amaçla hareket edilmesi, hak arama özgürlüğünün ve adalete erişim hakkının ihlâl edilmesi sonucunu doğurur⁷⁰. Haksız şekilde icra organlarına başvuranlara farklı yaptırımlar uygulanarak takip hakkının kötüye kullanılması önenebilir⁷¹.

3. Takibin Düzenli Bir Şekilde Yürütülmesi Unsuru ile İlişkisi

Takibin düzenli bir şekilde yürütülmesi unsuru, Anayasa'nın 141/4'üncü maddesinde yer alması da, doktrinde "basitlik" unsuru olarak

⁶⁴ YILMAZ, Yargılama Giderlerinin İşlevi, s. 201.

⁶⁵ UMAR, s. 206.

⁶⁶ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 50.

⁶⁷ ÖZEKES, İlkeler, s. 121.

⁶⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 57; ÖZEKES, Hukuki Dinlenme Hakkı, s. 53; AKKAN, s. 29 vd.

⁶⁹ "...Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın 'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, 'Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.' denilerek, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmış, böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur". AYM, T. 10.07.2013, E. 2012/107, K. 2013/90, RG. 22.11.2013, S. 28829, KİBB, E. T. 15.07.2016.

⁷⁰ ERMENEK, Usul Ekonomisi İlkesi, s. 778.

⁷¹ Benzer şekilde bkz. RÜZGARESEN, Yargılama Hizmetleri, Parg. 28.

ifade edilmektedir⁷². Takibin makul sürede ve makul giderle tamamlanabilmesi için, takibin düzenli bir şekilde yürütülmesi gerekir. Zira takibin düzenli bir şekilde yürütülmemesi, bir karmaşaya ve gereksiz gider yapılmasına sebep olacağı için, aynı zamanda takibin makul sürede tamamlanması ve takibin makul giderle tamamlanması unsurlarının da ihlâl edilmesi sonucunu doğurmaktadır⁷³. Bu nedenle, takip ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak her bir unsurun ayrı ayrı göz önünde tutulması gerekmektedir.

Takibin düzenli bir şekilde yürütülebilmesi, en başta icra hukuku kurallarına riayet etmekle mümkündür. Bu nedenle icra müdürü basitleştirme düşüncesiyle icra hukuku kurallarını uygulamaktan kaçınamaz. Kuralların bir tarafa bırakılarak işlem yapılması keyfilik anlamına gelmektedir⁷⁴. Basitliğin sağlanabilmesi, hiçbir zaman keyfi davranmayı haklı göstermez⁷⁵. İcra hukukunun bir yaptırım hukuku olarak nitelendirilmesi, cebri icra faaliyetlerinin ve buna ilişkin esasların kanunda düzenlenmesi ve belirli olmasını zorunlu kılar⁷⁶. Keyfi olarak işlem yapılması hukuki belirliliğin ortadan kalkmasına ve bireyler bakımından öngörülemez durumlar yaratılmasına sebep olur. Oysa hukuki güvenlik ilkesinin bir unsuru olan belirlilik ilkesi⁷⁷, yapılacak işlemlerin öngörülebilir olmasını sağlayarak keyfi işlem ve davranışları önler⁷⁸. Bu şekilde hukuki güvenliğin sağlanmasına katkıda bulunur.

Takibin düzenli bir şekilde yürütülmesi, takibin başlangıcından alacaklının alacağını (veya takiple elde etmek istediği amacı) elde ettiği ana kadar yapılan tüm takip işlemlerini kapsamaktadır. Dolayısıyla, her takip işleminin düzenli bir şekilde yapılıp yapılmadığının ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Örneğin, icra müdürü, takip talebi üzerine ödeme emrini usulüne uygun bir şekilde düzenleyip borçluya göndermiş, ancak haciz aşamasına geldiğinde borçlunun haczi caiz olmayan mallarını haczetmiş veya haciz için gerekli hazırlıkları yapmamışsa, takibin düzenli bir şekilde yürütüldüğünü söylemek mümkün değildir.

⁷² YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 251 vd; ÇETİN, s. 84 vd.

⁷³ Benzer şekilde bkz. ERMENEK, Usul Ekonomisi İlkesi, s. 774, 775.

⁷⁴ ERMENEK, Ayrılma, s. 40; ÇETİN, s. 85.

⁷⁵ ÇETİN, s. 85.

⁷⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 72.

⁷⁷ Hukuki belirliliğin, hukuki güvenlik ilkesinin alt unsuru olduğu hakkında bkz. KÖKÜSARİ, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 69.

⁷⁸ AYM, T. 02.06.2011, E. 2008/115, K. 2011/86, RG. 17.03.2012, S. 28236, KİBB, E. T. 15.07.2016.

Takibin düzenli bir şekilde yürütülmesi, icra takiplerinin ciddi bir şekilde yürütüldüğü konusunda toplumda güven duygusu oluşturmaktadır⁷⁹. Ancak bu amacın gerçekleştirilmesi her zaman kolay olmamaktadır. Özellikle borçlunun icra takibinde davranış ve tutumları alacaklının alacağına kavuşmasına engel olmaktadır. Bu nedenle takibin düzenli bir şekilde yürütülebilmesi için kanunda öngörülen bazı yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen borçlular hakkında bir takım yaptırımlar uygulanmaktadır⁸⁰. Örneğin, alacaklısını zarara sokmak maksadıyla malvarlığını azaltan, gerçeğe aykırı beyanda bulunan borçlular, hapis ve adli para cezası ile karşı karşıya kalmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen bu yaptırımlar, borçlunun cezalandırılmasından ziyade, borçlunun üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için öngörülmüştür⁸¹. Bu şekilde icra takibinin sağlıklı şekilde ilerlemesi de sağlanmaya çalışılmaktadır⁸².

V. TAKİP EKONOMİSİ VE HUKUKİ GÜVENLİK İLKELERİNİN İCRA HUKUKUNA YANSIMALARI

A. İlâmsız İcra Müessesesi

İlâmsız icra yolu ile takibin, icra hukukumuzda kabul edilmesi düşüncesinin temelinde mahkemelerin iş yükünü azaltma fikri yatmaktadır⁸³. Borçlunun kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz etmemesi durumunda, ilâmsız icra yolu ile takibin, mahkemelerin iş yükünü azalttığı kabul edilebilir⁸⁴. Zira borçlunun ödeme emrine itiraz etmemesi durumunda icra takibi kesinleşir. Ancak bu takip yolunun her zaman bu amacı gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Bir görüş, özellikle küçük meblağlı alacaklarda borçluların ödeme emrine itiraz etmediğini ve dolayısıyla ilâmsız icra takiplerinin mahkemelerin iş yükünün azalmasına önemli katkısı

⁷⁹ Benzer şekilde bkz. ERMENEK, Ayrılma, s. 40

⁸⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 44.

⁸¹ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 44.

⁸² “...İtiraz konusu kuralda düzenlenen suç konusu eylem, Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında sözü edilen, doğrudan sözleşmenin yükümlülüğünün yerine getirilememesi olmayıp, kanunla getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Bununla korunmak istenen hukuki yarar, yasa hükmüne uymak suretiyle cebri icranın etkin bir şekilde yürütülerek kamu otoritesinin sağlanmasıdır”, AYM. T. 21.11.2002, E. 2001/415, K. 2002/166, RG. 28.02.2003, S. 25034, KİBB, E. T. 15.07.2016.

⁸³ UMAR, s. 137; TANRIVER, s. 77.

⁸⁴ ÖZTEK, Selçuk, “Türk İcra Hukukunun Eleştirisi”, Medeni usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- VII, İlâmsız İcra, İzmir/ Çeşme, 24-25 Ekim 2008, Ankara, 2009, s. 206; AK-KAN, s. 64.

olduğunu ileri sürmektedir⁸⁵. Bununla birlikte ilâmsız icra yolu ile takibin çözümünden çok sorunun bir parçası olduğu görüşünü savunanlar da vardır⁸⁶.

İcra hukukunda, para alacakları için yapılan takipler oldukça büyük bir yere sahip olduğundan ilâmsız icra yoluyla takipte ayrı bir önem taşımaktadır⁸⁷. İlâmsız icra yoluyla takip, para alacakları bakımından, önceden dava açılarak yargılama yapılmadan, alacaklının elinde bir belge dahi bulunmasına gerek duyulmadan, alacaklı olduğunu iddia eden kişiye, takip yapma imkânı sağlamaktadır⁸⁸. Bu takip yolu, alacaklının alacağına bir an önce kavuşmasını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir⁸⁹. İlâmsız icra takibi yapabilmek için, alacaklı olduğunu iddia eden kişinin gerekli harç ve masrafları yatırması yeterlidir.⁹⁰ İcra dairesinin bu kişiden alacaklı olup olmadığına ilişkin herhangi bir belge isteme yetkisi bulunmamaktadır⁹¹. Bunun bir sonucu olarak, gerçekte herhangi bir alacağı bulunmayan kişi de ilâmsız icra yoluna başvurabilecek, eğer borçlu süresi içinde ve usulüne uygun olarak ödeme emrine itiraz etmez ise, mallarının haczedilip satılma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır (İİK m. 60)⁹². İlâmsız icra müessesesinin alacaklı olduğunu iddia eden kimseye böyle bir imkân sağlaması hem hukuki güvenlik ilkesi açısından hem de takip ekonomisi ilkesi açısından tartışmalı bir meseledir. Bu şekilde herkesin icra takibi yapabilmesinin önü açılmakla birlikte icra dairelerinin iş yükü oldukça artmaktadır. Bu durum ise, icra müdürlerinin her bir icra takibinin makul sürede tamamlanmasına engel olmakta ve takip ekonomisi ilkesinin bir gereği olan takibin makul sürede tamamlanması unsurunun yerine getirilmemesine sebebiyet vermektedir.

⁸⁵ ÖZTEK, s. 207.

⁸⁶ ÖZEKES, Muhammet, "Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme", Medeni usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı- VII, İlâmsız İcra, İzmir/ Çeşme, 24-25 Ekim 2008, Ankara, 2009, s. 265.

⁸⁷ ÖZEKES, İlkeler, s. 14; ÖZEKES, Sorunlar, s. 274.

⁸⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 128; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 129; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 195; ÖZEKES, İlkeler, s. 14; ÖZEKES, Sorunlar, s. 274; AKKAN, s. 64.

⁸⁹ AKKAN, s. 64.

⁹⁰ ATALAY, Oğuz, "İlâmsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?", Hukuki Perspektif Dergisi, S. 1, 2004, s. 68.

⁹¹ ATALAY, s. 68; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 128 KARSILI, Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, Alternatif Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2014, s. 135.

⁹² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 128; ÖZEKES, İlkeler, s. 14; ÖZEKES, Sorunlar, s. 274.

Alacaklının herhangi bir belgeye sahip olma zorunluluğunun bulunması, bu imkânı, borçluya karşı bir taciz aracı olarak kullanmasına müsaittir. Diğer taraftan herhangi bir borcu olmayan kişilerin bu şekilde bir takibe muhatap edilmeleri, bu kişilerin hukuki güvenliklerini tehlikeye düşürebilir. Zira herkes borçlu olmadığı sürece bir icra takibine muhatap olmayacağını öngörür ve davranışlarını buna göre ayarlar. Ancak, bu şekilde bireyler bakımından öngörülemeyen bir ortam yaratılmakta ve bireylerin hukuki güvenlikleri tehdit edilebilmektedir. Zira hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını, bu kuralların etki ve sonuçlarını öngörebilmelerini ve uygulamanın da öngörülebilen olmasını gerektirmektedir⁹³.

Borçlunun veya borçlu olduğu iddia edilen kişilerin borcu yoksa ödeme emrine itiraz ederek takibe müdahale etme hakkı vardır. Borçlu olduğu kabul edilen kişiye bu şekilde kendisini savunma imkânının verilmesi, hukuki güvenliğinin ihlâl edilmeyeceği düşüncesini akla getirebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, borçlunun bu hakkını kullanabilmesi ve kendisi aleyhinde başlatılmış olan ilâmsız icra takibine karşı koyabilmesi, ancak takipten haberi olması ve takibin sonuçları hakkında bilgi sahibi olması durumunda mümkün olabilir⁹⁴. Fakat asıl sorun, ödeme emrine ilişkin tebligatın bizzat borçlunun kendisine tebliğ edilme zorunluluğunun bulunmamasından kaynaklanmaktadır⁹⁵. Tebligatlarda yapılan usulsüzlükler, hatalar ve karşılaşılan problemler çoğu kez muhatabın tebligatlardan haberdar olmasına engel olmaktadır. Usulüne uygun şekilde tebligatların yapılmadığı bir durumda, borçlunun da kendisini etkili bir şekilde savunması oldukça güçtür. Borçlunun bilgisizliğinden dolayı veya elinde olmayan nedenlerle ödeme emrine itiraz edememesi durumunda, borçlu olduğu iddia edilen kişinin evine zorla girilebilecek ve bu kişinin malları haczedilerek satılabilecektir. Oysa mahkeme kararı olmaksızın hiç kimsenin özgürlüklerinden yoksun bırakılamayacağı, mallarına Devlet tarafından el konulamayacağı herkes tarafından bilinen bir gerçektir⁹⁶. Ancak buna rağmen ilâmsız icra müessesesi, hiçbir yargısal karar olmaksızın, alacaklı olduğunu iddia eden kişinin talebi doğrultusunda icra müdürünün, borçlu olduğu ileri sürülen kişinin malvarlığına el atmasına imkân sağlamaktadır⁹⁷. Kolluk kuvvetinin dahi mahkeme kararı olmadan yetkisi dâhilinde yapamayacağı

⁹³ AYM, T. 22.05.2013, E. 2013/39, K. 2013/54, RG. 12.07.2013, S. 28705, KİBB, E. T. 15.07.2016.

⁹⁴ ÖZEKES, İlkeler, s. 15.

⁹⁵ ATALAY, s. 69.

⁹⁶ ATALAY, s. 68.

⁹⁷ ATALAY, s. 68.

işlemleri icra müdürü doğrudan yapabilmekte, hem de bunu yaparken alacaklı olduğu kesin olarak belirli olmayan kişinin talepleri doğrultusunda hareket etmektedir. Bu durum Anayasa ile güvence altına alınan pek çok temel hak ve özgürlüğün ihlâl edilmesine sebebiyet vermektedir⁹⁸. Diğer taraftan, yargılama hukukunda hukuki işlemlerin belirli bir miktarı geçmesi durumunda senetle ispat edilmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüş olmasına rağmen, icra takiplerinde hiçbir belgeye dayanmayan alacakların tahsil edilmesine imkân sağlanıyor olması, hukuk devleti ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi bakımından izahı zor bir durumdur⁹⁹.

İlâmsız icra müessesesinin hak arama özgürlüğünün ve etkin hukuki korumanın sağlanması açısından önemli bir araç olduğu bir gerçektir¹⁰⁰. Ancak bu kurumun revize edilmesi ve alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatleri dengeleyecek hale getirilmesi gerekmektedir. En azından icra müdürünün takip başlangıcında, kişinin alacaklı olup olmadığını kontrol etmesi, gereksiz takiplerin önüne geçecek ve bu sayede icra dairelerinin iş yükü azalacaktır. Diğer taraftan bu inceleme en azından alacaklı olduğu noktada güçlü karine oluşan kişilerin takip yapmasını sağlar ve borçluları taciz edecek şekilde kullanılamaz. Borçlunun da hukuki güvenliği haksız yere tehlikeye düşürülmemiş olur.

B. İcra Hukukunda Şekilcilik

İcra hukukunda şekle bağlılık oldukça fazladır. İcra ve İflâs Kanunu'nda ve Yönetmeliği'nde, icra takip işlemlerinin hangi sırayla, hangi şekle göre ve nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği, takibe ilişkin yapılacak tüm işlemlerin, başvurulacak takip yolunun özelliğine göre, hangi formlar ve örnekler üzerinden gerçekleştirileceğini açıkça düzenlemiştir. Bu bakımdan, Yönetmeliğin icra hukukunda şekilciliğin iyi bir örneği olduğunu söylemek mümkündür¹⁰¹.

İcra hukukunda şekilciliğin, takip ekonomisi ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi ile bağlantısı olduğunu söylemek mümkündür. Hukuki güvenliğin sağlanmasında şekilciliğin önemi büyüktür. İcra takibinin taraflarının, takibin içeriğine ve işlemlere karşı hangi hukuki yollara başvurabileceğine ilişkin bilgi sahibi olması, icra organlarının da işlemleri nasıl yapacağını ve bu işlemleri

⁹⁸ AKKAN, s. 64.

⁹⁹ ÖZEKES, Sorunlar, s. 274.

¹⁰⁰ AKKAN, s. 41.

¹⁰¹ ÖZEKES, İlkeler, s. 102.

gerçekleştirirken sahip oldukları yetkileri nasıl kullanacaklarını bilmesi, şekilcilikle mümkün olmaktadır¹⁰². Diğer taraftan şekilcilik, bireylere hukuki koruma sağlamaktadır. İlgililere yapılan bildirimlerde belirtilmesi gereken hususlarda eksiklik varsa, bu işleme bağlanan sonuç doğmaz. Örneğin, ödeme emrinde mal beyanında bulunulması ihtarı yer almamışsa, mal beyanında bulunmayan borçlunun hapisle tazyik edilmesi söz konusu olamaz¹⁰³.

Şekilcilik, keyfi davranışların ortaya çıkmasına engel olmaktadır¹⁰⁴. İcra hukukunda şekle ilişkin kurallar, icra organları bakımından da yol gösterici olduğundan, icra takibi sırasında hata payının en aza indirilmesini sağlamaktadır. Bu şekilde takibin düzenli bir şekilde yürütülmesine hizmet edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, şekilciliğin bir takım sakıncaları da bulunmaktadır. İlgililerin şekle uygun davranmamaları ileri sürdükleri talebin dikkate alınmamasına neden olmaktadır. Örneğin, imzaya itiraz etmek isteyen borçlu, “imzayı kabul etmiyorum”, “imza bana ait değildir” gibi imzaya itiraz ettiğinin açıkça anlaşılmasını sağlayan ifadeler kullanılmalıdır¹⁰⁵. Aksi halde borçlu, icra takibi yönünden senetteki imzayı kabul etmiş sayılır (İİK m. 62/5). Diğer taraftan icra hukukunda şekil kurallarının, takibin ilerleyişini yavaşlatması da söz konusu olabilmektedir. Her bir işlemin kanuna uygun olarak yapılması gerekmektedir. İcra müdürünün kanunda öngörülen şekle göre işlem yapmaması, kanuna aykırılık teşkil ettiği için ilgililer şikâyet yoluyla işlemin iptalini isteyebilir¹⁰⁶. Böyle bir durum, iptali istenen işlemin yeniden yapılmasını gerektirdiğinden takibin sona ermesi de buna bağlı olarak gecikmektedir.

Şekilciliğin istisnasız uygulanması, bazen icra hukukunun amacına uygun düşmemektedir. Etkin hukuki korumanın sağlanması, şekilciliğin makul düzeyde tutulmasıyla mümkündür¹⁰⁷. Şekilcilik, hiçbir zaman maddi hukuktan kaynaklanan hakları kullanmayı zorlaştırmamalı, bunu imkânsız

¹⁰² ÖZEKES, İlkeler, s. 101, 103.

¹⁰³ BERKİN, Necmeddin, M., İcra Hukuku Dersleri, İkinci Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 75; KURU, El Kitabı, s. 216, dn. 18.

¹⁰⁴ YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 251.

¹⁰⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 142; POSTACIOĞLU, s. 157; KURU, El Kitabı, s. 224; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 145; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 210.

¹⁰⁶ Bir şikâyet sebebi olan kanuna aykırılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ, s. 57 vd.

¹⁰⁷ AKKAN, s. 57.

hale getirmemelidir¹⁰⁸. Bu nedenle işlemin esasına etki etmeyecek derecede yapılan yanlışlar, şekle aykırı olduğu için yapılan işlemin iptali sonucunu doğurmamalıdır. Örneğin gönderilmesi gerekenden farklı bir formun kullanılmış olması, işlemin doğrudan esasına ilişkin etkiye sahip olmadığı için işlemin iptal edilmemesi zaman kaybı olmaması açısından daha yerinde olacaktır¹⁰⁹. Ancak şekle aykırılık, işlemde elde edilmek istenen sonuca etki ediyorsa bu durumda, işlemin iptali gerekmektedir. Örneğin, ödeme emrinde borçlunun buna karşı hangi imkânlarla sahip olduğunun belirtilmemesi borçlu bakımından bir hak kaybına yol açacağı için buradaki şekle aykırılık iptal sebebidir.

C. İcra Tebliğleri

Tebliğat, hukukun her alanında olduğu gibi icra hukukunda da büyük önem taşımaktadır. İcra tebliğlerinin amacı, ilgililerin takip işlemleri ile ilgili olarak zamanında haberdar edilerek haklarını koruyabilmelerini sağlamaktır¹¹⁰. Bu nedenle yapılan tebligatların amacına ulaşması ancak usulüne uygun şekilde yapılmasıyla mümkün olacaktır. Zira bir hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi, bu işlemin tebligat yoluyla ilgiliye bildirilmesiyle mümkündür¹¹¹. Tebligatın usulüne uygun yapılması, iddia ve savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesi ve bireylere hak arama özgürlüğünün sağlanması bakımından önemli bir güvence oluşturmaktadır¹¹².

Tebliğat, hukuki güvenlik ilkesi ve takip ekonomisi ilkesiyle de bağlantısı bulunan bir hukuki işlemdir. Hukuki güvenliğin sağlanması için, yapılacak olan işlemlerin ilgililere önceden bildirilmesi gerekir¹¹³. Örneğin, borçluya ödeme emri gönderilmeden borçlunun mallarının haczedilmesi hukuki belirliliğin ortadan kalkmasına ve hukuki güvenliğin bozulmasına neden olmaktadır¹¹⁴. Uygulamada tebligatların usulüne uygun şekilde yapılmaması, ilgililer bakımından hak kayıplarına neden olmakta, kamu

¹⁰⁸ERMENEK, İbrahim, "Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 142; YILMAZ, Usul Ekonomisi, s. 251.

¹⁰⁹Basılı form kullanma zorunluluğu, hakkaniyete aykırılık teşkil edebileceği hakkında bkz. ERMENEK, Şekilcilik, s. 158.

¹¹⁰BERKİN, İcra, s. 116.

¹¹¹POSTACIOĞLU, s. 85; BERKİN, İcra, s. 116; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 101; AYM, T. 27.09.2012, E. 2012/20, K. 2012/132, RG. 26.07.2013, S. 28719, KİBB, E. T.15.07.2016.

¹¹²AYM, T. 27.09.2012, E. 2012/20, K. 2012/132, RG. 26.07.2013, S. 28719, KİBB, E. T. 15.07.2016.

¹¹³KÖKÜSARI, s. 95.

¹¹⁴KÖKÜSARI, s. 95

kurumlarının işlemlerindeki istikrarın ve devlete güvenin sarsılmasına¹¹⁵, hukuki güvenlik ilkesinin ihlâl edilmesine sebebiyet vermektedir¹¹⁶.

Borçluya tebligat yapılmasındaki zorluklar, takibin gecikmesine neden olmaktadır¹¹⁷. Tebligatın usulüne uygun şekilde yapılmaması durumunda o takip işlemi tamamlanamadığı gibi bir sonraki takip işlemine de geçilemez¹¹⁸. Zira tebligat, ilişkili olduğu muamelenin hem geçerlilik şartı, hem de icra takibinin devamlılığını sağlayan esaslı bir unsurdur¹¹⁹. Örneğin, cebri icra yoluyla satışta, taşınmazın ihale sürecinde yapılan tebligatlardan birinin usulsüz olması, ihalenin feshine neden olur¹²⁰. Tebligata ilişkin sorunların bir kısmı tebligatın hazırlanması sırasında ortaya çıkmaktadır. Ancak büyük bir kısmı, tebligatların usulüne uygun şekilde yapılmamasında kendisini göstermektedir. Tebligatların usulsüz olması, muhatabın tebligatın usulsüzlüğünü ileri sürmesi üzerine, yapılan işlemin tekrarlanması sonucunu doğurduğu için takip ekonomisi ilkesine de aykırılık teşkil eder. Takip ekonomisi ilkesi gereğince, takibin makul süre içerisinde, makul giderle ve etkili bir şekilde yapılması gerekmektedir. Oysa tebligatlarda sıklıkla usulsüzlük yapılması durumunda, takibin makul sürede ve makul giderle yapılması imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle tebligata ilişkin yaşanan sorunların ortaya konulması ve bu sorunlara ilişkin çözümler üretilmesi hukuki güvenliğin sağlanması açısından ve takip ekonomisi ilkesinin gereğinin yerine getirilebilmesi açısından gereklidir. Bu bağlamda icra dairesine, tebligatların usulüne uygun olup olmadığını kendiliğinden gözetebilme ve gerektiğinde tebligatın tekrarlanmasına karar verebilme yetkisi verilmesi gerekir. Zira bu durum, usulsüz tebligatlar

¹¹⁵ AKDAĞ, Sami, “Klasik Tebligat Sorunlarının Elektronik Tebligat Sürecine Etkileri”, İBD, C. 87, S. 1, 2013, s. 271.

¹¹⁶ “...Bir başka ifadeyle, ulaşmayan bir tebligat nedeniyle muhatabının Kamu İhale Kurumuna süresinde başvuru yapamaması, başvuru yapmış olsa dahi bu başvurunun süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilecek olması ve bu konuda açılacak bir davanın da yargı mercileri tarafından reddedilecek olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum tebligatın muhatabının, kendisine izafe edilemeyen nedenlerle posta hizmetlerinde yaşanan gecikme sonucunda, tebligatın içeriğini ilgilendiren konuların esasına ilişkin iddialarını adli veya idari makamlar önünde hiçbir şekilde ortaya koyamamasına neden olacaktır. Dolayısıyla, itiraz konusu kural, kendilerinden kaynaklanmayan gecikmelere karşı kişilere yeterince koruma sağlamadığı için hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturduğu gibi kişilerin hak arama özgürlüğünün özünü de zedelemektedir”. AYM, T. 27.09.2012, E. 2012/20, K. 2012/132, RG. 26.07.2013, S. 28719, KİBB, E. T. 15.07.2016.

¹¹⁷ ÖZEKES, İlkeler, s. 84.

¹¹⁸ BERKİN, İcra, s. 116; POSTACIOĞLU, s. 85; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 101.

¹¹⁹ BERKİN, İcra Hukuku, s. 38; BERKİN, İcra, s. 116; POSTACIOĞLU, s. 85; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 101.

¹²⁰ SÜTÇÜ, Neziha, “Adli Tebligatla İlgili Sorunlar”, İBD, C. 80, S. 5, 2006, s. 1975.

nedeniyle bireylerin hak kayıplarına uğramalarının önlenmesi açısından fayda sağlayacaktır.

Doktrinde tebligata ilişkin meydana gelen gecikmelerin önüne geçebilmek için Posta Telgraf İşletmeleri bünyesinde sadece tebligat işlerine bakmak üzere yeni bir birim oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir¹²¹. Ayrıca tebligatlara ilişkin sorunların azaltılması ve takibin hızlandırılmasına yönelik bazı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu düzenlemelere, 4949 sayılı Kanun'un 62. maddesine eklenen 3. fıkra, örnek olarak gösterilebilir. Bu hükme göre "Borçlu veya vekili, dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla birlikte bildirmek zorundadır. Adresini değiştiren borçlu yurt içinde yeni adres bildirmediği ve tebliğ memurunca yurt içinde yeni adresi tespit edilemediği takdirde, takip talebinde gösterilen adrese çıkarılacak tebligat borçlunun kendisine yapılmış sayılır". Takip işlemlerine esas olmak üzere, borçlu veya vekiline, borçluya ait yurt içinde bir adresi itirazla bildirme zorunluluğu getirilmesindeki amaç, takiplerin sürüncemede kalmasına engel olmak, icra tebliğlerini hızlandırmak ve alacaklının alacağını hızlı ve etkili bir şekilde elde etmesini sağlamaktır¹²². Böyle bir düzenlemenin yapılmasında yurt dışı tebligatın, uzun sürmesi, imkânsız olması ve takiplerin sonuçlanmasına engel olması etkili olmuştur¹²³.

D. Menfi Tespit Davası Sonucunda İcra Takibinin Durmaması

İcra hukukunda alacaklının menfaatleri kadar borçlunun da menfaatlerinin korunması gerekmektedir. Bu nedenle, borçluya kendisine yönelik alacak iddialarına karşın borçlu olmadığını tespit ettirebilmek üzere menfi tespit davası açma imkânı sağlanmıştır. Borçlu, menfi tespit davasını, icra takibinden önce açabileceği gibi, icra takibi başladıktan sonra da açabilir. Ancak menfi tespit davasının icra takibine etkisi, takipten önce veya sonra açılmasına göre farklılık göstermektedir.

İcra takibinden önce açılan menfi tespit davası, takibi kendiliğinden durdurmaz¹²⁴. Borçlular, kötü niyetli olarak icra takibinden kısa süre önce

¹²¹ TANRIVER, s. 75.

¹²² YILMAZ, Dünden Bugüne, s. 19, 20.

¹²³ YILMAZ, Dünden Bugüne, s. 20.

¹²⁴ BERKİN, İcra, s. 135; TÜRK, Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra - İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 246; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 201; ÜSTÜNDAĞ, s. 161; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 217; KARSLI, s. 391; KURU, El Kitabı, s. 354; PEKCANIEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 176;

davayı açarak takibi sürüncemede bıraktıklarından davanın böyle bir etkiye kendiliğinden sahip olmayacağı kabul edilmiştir¹²⁵. Menfi tespit davasının icra takibini durdurması, bu konuda alınacak bir ihtiyati tedbir kararı ile mümkündür¹²⁶. İİK m. 72/II'ye göre, icra takibinden önce açılan menfi tespit davasına bakan mahkeme, talep üzerine alacağın yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere gösterilecek teminat karşılığında, icra takibinin durdurulması hakkında ihtiyati tedbir kararı verebilir. Buna karşılık, icra takibinden sonra açılan menfi tespit davası takibi kendiliğinden durdurmayaacağı gibi ihtiyati tedbir kararı ile de takibin durdurulması mümkün değildir (m. 72/3, cüm. 1)¹²⁷. Zira takipten sonra açılan menfi tespit davasının, takibi sürüncemede bırakmak amacıyla açıldığı konusunda güçlü bir karine mevcuttur¹²⁸. Bu bakımdan takipten sonra açılan menfi tespit davasında borçluya, daha az hukuki koruma sağlandığı söylenebilir¹²⁹.

Menfi tespit davası ile icra takibinin durmaması, borçluların kötü niyetli olarak takibi sürüncemede bırakmasına engel olmaya yönelik bir düzenlemedir. Bu düzenleme, takibin makul sürede tamamlanmasını sağlayarak takip ekonomisine katkıda bulunmaktadır. Şayet açılan her davada takibin durması söz konusu olsaydı, takibin ilerlemesi ve makul sürede sonuçlandırılması mümkün olmayacaktı. Ancak belirtmek gerekir ki, takibin hiçbir şekilde durmaması da özellikle borçlunun hukuki güvenliğini tehlikeye düşürebilir. Zira icra takibi durmadığı için borçlunun malları satılıp paraya çevrilmişse, malın değerinin tamamı değil, yüzde ellisine karşılık gelen bir miktarı kendisine iade edilmektedir¹³⁰. Dolayısıyla borçlunun burada malların paraya çevrilmesi halinde mülkiyet hakkının zarara uğrayacağı açıktır. Bu nedenle takipten önce açılan menfi tespit davasında olduğu gibi,

MUŞUL, Timuçin, İcra İflâs Hukuku, C. 1, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.428.

¹²⁵ GÜRDOĞAN, Burhan, İcra Hukuku Dersleri, Ajans - Türk Matbaası, Ankara, 1970, s. 131; KARSLI, s. 391; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 29.

¹²⁶ BERKİN, İcra, s. 138; MUŞUL, Menfi Tespit, s. 201; MUŞUL, İcra, s. 428; YILDIRIM, Mehmet Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, Beta Yayıncılık, 6. Baskı, İstanbul, 2015, s. 116; GÜRDOĞAN, s. 131; KURU, El Kitabı, s. 354.

¹²⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 218; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 177; KURU, Menfi Tespit, s. 52; KURU, El Kitabı, s. 361; TÜRK, s. 257; MUŞUL, Menfi Tespit, s. 205; KARSLI, s. 392; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 116; GÜRDOĞAN, s. 132.

¹²⁸ ÜSTÜNDAĞ, s. 162; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 219; KURU, Menfi Tespit, s. 52; KURU, El Kitabı, s. 361; KURU, İcra, s. 487.

¹²⁹ TÜRK, s. 257; MUŞUL, İcra, s. 436.

¹³⁰ MUŞUL, İcra, s. 436.

takipten sonra açılan menfi tespit davasında da teminat karşılığında takibin durdurulabilmesi için hâkime takdir yetkisi verilmesi daha uygun olur. Zira bir inceleme yapılmadan borçlunun kötü niyetli olduğunun kabul edilmesinin adalet anlayışına uygun düştüğü söylenemez. Ayrıca takibin durdurulmasına yönelik imkân sağlanması mutlaka takibin duracağı yönünde karar verilmesini gerektirmez. Hâkim talebi haklı bulursa, alacaklının da menfaatlerini dikkate alarak; takibin durdurulmasına karar verir. Aksi halde talebi reddedebilir¹³¹.

E. İcra Takip Sisteminin Karmaşıklığı

İcra takip sisteminin karmaşıklığı da, hem hukuki güvenlik ilkesini hem de takip ekonomisi ilkesini yakından ilgilendiren bir meseledir. İcra ve İflâs Kanunu'nda yer olan süreler oldukça fazla ve çeşitlidir. Bununla birlikte icra hukukunda çeşitli takip yolları bulunmaktadır. Bu kadar karmaşık bir takip sisteminde, sürelerin, başvuru mercilerinin ve başvurulacak imkânların farklı olduğu da göz önüne alınırsa, sistemin doğru bir şekilde uygulanması ve hak kayıplarına neden olmaması oldukça zordur¹³². Her bir işlemin farklı takip yolları içinde farklı sürelerle tabi olması, hatta aynı takip yolu içinde sürelerin farklılık arz etmesi kafa karışıklıklarına ve ilgililerin süreleri takip edememelerine sebep olmaktadır. Oysa hukuki güvenlik ilkesi, hukuk kurallarının ve işlemlere karşı hukuki başvuru yollarının belirli olmasını gerektirir. Bu nedenle bu sürelerin standart hale getirilmesi hem hukuki güvenliğin sağlanması hem de takip ekonomisinin amacına ulaşması bakımından gereklidir¹³³.

İcra hukukunda hukuki güvenliğin sağlanabilmesinde alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilere haklarını arayabilmeleri için bir takım imkânlar verilmesi büyük önem taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, karmaşık bir takip sisteminde bu kişilerin haklarını elde edebilmeleri, doğru zamanda doğru merciiilere başvurmaları oldukça zordur. Bu durum ise, hukuki güvenlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira hukuki güvenlik ilkesi, hak sahiplerinin başvurabilecekleri yolların açık ve anlaşılır olmasını gerektirmektedir.

İcra takip sisteminin karmaşık olması, takibin makul sürede tamamlanmasına da engel oluşturmaktadır. Karmaşık bir icra takip sisteminde bireylerin doğru zamanda doğru merciiilere başvurması zor olduğu

¹³¹ Aynı görüşte bkz. TÜRK, s. 263.

¹³² ÖZEKES, Muhammet, "Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi", DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 927; ÖZEKES, Sorunlar, s. 273.

¹³³ ÖZEKES, Öneri, s. 930; ÖZEKES, Sorunlar, s. 273; ÖZEKES, İlkeler, s. 83.

gibi icra müdürünün de her takipte doğru bir şekilde işlem yapması oldukça güçtür. Yapılan yanlış uygulama ve işlemler, işlemin tekrarlanması sonucunu doğurabilmektedir. Bu durum ise, takibin uzamasına neden olmaktadır.

İcra takip sisteminin karmaşıklığının neden olduğu sorunları ortadan kaldırmak amacıyla, bu takip sisteminden vazgeçerek daha anlaşılır ve sade bir icra takip sisteminin benimsenmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹³⁴. Bu bakımdan itirazın geçici kaldırılması müessesesi üzerinde durmakta fayda vardır. İtirazın geçici kaldırılmasının söz konusu olabilmesi için adi senede dayalı bir takip yapılması ve senet altındaki imzanın borçlu tarafından inkâr edilmesi gerekir¹³⁵. Borçlunun imzaya itiraz etmesi durumunda, alacaklı itirazın geçici kaldırılması yoluna gidebilir ve imzanın borçluya ait olduğu tespit edilirse itirazın geçici kaldırılmasına karar verilir (İİK m. 68a/III)¹³⁶. Bu kararın borçluya tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçlu, borçtan kurtulma davası açarsa bu davanın sonuçlanmasına kadar ilâmsız icra takibine devam edilmez¹³⁷. Borçlu haksız yere imzaya itiraz eder ve itirazın geçici kaldırılmasından sonra borçtan kurtulma davası da açarsa, alacaklının alacağına kavuşması oldukça uzun süre engellenmiş olur. Bu nedenle, doktrinde¹³⁸, ilâmsız icra takibinin basit ve çabuk şekilde işlenmesini sağlamak için, itirazın geçici kaldırılması yolu ve borçtan kurtulma davasının kaldırılması önerilmiştir. Bunun yerine, borçlunun imzaya itiraz etmesi durumunda, alacaklıya itirazın kesin kaldırılmasını isteme imkânı tanınması gerektiği ve borçlunun menfi tespit veya istirdat davası açma imkânı bulunduğu için borçtan kurtulma davasına ihtiyaç duyulmayacağı ileri sürülmüştür.

F. Şikâyet

Şikâyet ile elde edilmek istenen amaç, kanuna aykırı ya da olaya uygun olmayan işlemlerin iptal edilmesi, düzeltilmesi veya yerine getirilmeyen ya

¹³⁴ ÖZEKES, İlkeler, s. 83. Yeni bir icra takip sisteminin nasıl olması gerektiği hakkında ayrıca bkz. ÖZEKES, Öneri, s. 924 vd.

¹³⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN/ÖZKAN, s. 166; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 197; KURU, El Kitabı, s. 313; KARSLI, s. 194; KİRAZ, Taylan Özgür, İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2013, s. 76.

¹³⁶ POSTACIOĞLU, s. 201; KURU, Baki, “Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler”, AD. 1969/10, s. 615; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 197; KURU, El Kitabı, s. 314; ÜSTÜNDAĞ, s. 153; KARSLI, s. 194; KİRAZ, s. 85.

¹³⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN/ÖZKAN, s. 166; KURU, Muvakkaten Kaldırılma, s. 615; KURU, El Kitabı, s. 314; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 197; KİRAZ, s. 85.

¹³⁸ KURU, Muvakkaten Kaldırılma, s. 617 vd; KİRAZ, s. 85 vd. Aynı yönde bkz. ÖZEKES, Sorunlar, s. 272, 273.

da sürüncemede bırakılan işlemlerin yapılmasının sağlanmasıdır¹³⁹. Şikâyet, hukuki güvenlik ilkesinin ihlâl edilmesi durumunda başvurulacak yollardan biridir. Bireyler bu yola başvurarak hukuki güvenliklerinin korunmasını sağlamaktadırlar. Şikâyet, aynı zamanda takip ekonomisi ilkesiyle de yakın ilişki içinde bulunan bir müessesedir. Bir hakkın sebepsiz olarak sürüncemede bırakılması sebebine dayanarak şikâyet yoluna gidilmesi durumunda, bu ilişki daha belirgin hale gelmektedir. İcra müdürünün görevi gereği yapmak zorunda olduğu bir işlemi, kanunda belirtilen süre içerisinde ya da uygun bir süre içerisinde haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmemesi halinde, bir hakkın sebepsiz olarak sürüncemede bırakılmasından bahsedilir¹⁴⁰. Örneğin, icra müdürünün takip talebinden itibaren üç gün içinde, haklı bir neden olmaksızın ödeme emri düzenleyerek borçluya tebliğ etmemesi durumunda hakkın sebepsiz olarak sürüncemede bırakılması söz konusu olur. Bir hakkın sebepsiz olarak sürüncemede bırakılması durumunda şikâyet yoluna gidilebilmesi, takibin makul sürede tamamlanmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu yönüyle şikâyet yolunun takip ekonomisine hizmet ettiği söylenebilir.

Şikâyet kural olarak takibi kendiliğinden durdurmaz (İİK m. 22). Şikâyetin takibi kendiliğinden durdurulmaması, bireylerin kötü niyetli olarak bu yola başvurup icra takiplerini etkisiz hale getirmelerini önleme amacına yönelik bir düzenlemedir¹⁴¹. Şikâyet yoluna başvurmakla birlikte icra takibinin kendiliğinden durmaması, takibin makul sürede tamamlanması bakımından gereklidir. Ancak şikâyet yoluna gidilmesine rağmen takibin hiçbir şekilde durmayacağına kabulü, bireylerin hukuki güvenliğinin bozulmasına neden olabilir. Bu nedenle icra mahkemesinin gerekli görmesi halinde, talep üzerine veya kendiliğinden takibin durdurulmasına karar verebileceği hüküm altına alınmıştır (İİK m. 22)¹⁴². Böylece alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmıştır.

SONUÇ

Takip ekonomisi ilkesi, takibin her aşamasında gözetilmesi gereken

¹³⁹PEKCANİTEZ, s. 8; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 38; BELGESAY, Mustafa Reşit, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, 4. Baskı, M. Sıralar Matbaası, İstanbul, 1954, s. 65; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 67; ÜSTÜNDAĞ, s. 66, 67; KARSLI, s. 78; POSTACIOĞLU, s. 73; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 83; KURU, El Kitabı, s. 103.

¹⁴⁰BERKİN, İcra, s. 399; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 105; ÜSTÜNDAĞ, s. 59, 60; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 69; KURU, El Kitabı, s. 105.

¹⁴¹ BELGESAY, s. 67; GÜRDOĞAN, s. 10; PEKCANİTEZ, s. 133.

¹⁴²KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 75; KURU, El Kitabı, s. 113; BELGESAY, s. 60; ÜSTÜNDAĞ, s. 66; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 38; POSTACIOĞLU, s. 73; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 84.

önemli bir ilkedir. Bu ilke pek çok işlevi yerine getirmektedir. Takip ekonomisinin devlet tarafından gözetilmesi, bireylerin hukuk sistemine ve devlete olan güvenini inşa eder. Kişilerin ihkak-ı hakka başvurularının önüne geçer ve alacaklı olduğunu düşünenlerin hukuk yollarına başvurularını teşvik eder. Takip ekonomisi ilkesinin uygulanmasının Devlete de katkıları büyüktür. Takibin makul sürede tamamlanması, icra dairelerinin iş yükünü azaltır ve daha az masraf yapılmasını sağlar. Dolayısıyla Devletin mali yükü de bu oranda azalır.

Takip ekonomisi ilkesi, Anayasa ile güvence altına alınan pek çok temel hak ve özgürlükle yakın ilişki içerisindedir. Öyle ki takip ekonomisinin ihlali, bazı durumlarda bu hak ve özgürlüklerin de ihlali anlamına gelmektedir. Örneğin, takip harçlarının yüksek olması, takibin makul giderle tamamlanmasına engel olduğundan takip ekonomisine aykırıdır. Diğer taraftan bireylerin icra takibi yapmasına engel olduğundan hak arama özgürlüğüne aykırıdır. Bu nedenle icra takipleri sırasında takip ekonomisinin gözetilmesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından da gereklidir. Ayrıca icra takip yetkisinin Devletin tekelinde bulunması da, takibin makul sürede, makul giderle ve düzenli bir şekilde sonuçlandırılmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan pek çok değişiklikte, takip ekonomisinin gözetildiği görülmektedir. Kanun'da kısa sürede, derhal gibi ifadeler yer verilmesi, yapılan işlemlerin süreye bağlanması, takip ekonomisi anlayışının birer yansımasıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, yapılan değişikliklere rağmen icra takibinin ilerleyişine engel olan durumların tamamen ortadan kaldırıldığı söylenemez. İlâmsız icra takibine ilişkin sorunlar, icra takip sisteminin karmaşık bir yapıya sahip olması, tebligatlarda yaşanan aksaklıklar gibi sorunlar, takip ekonomisi ilkesinin amacına ulaşmasına engel olmaktadır. Bu durum aynı zamanda hukuki güvenliğin bozulmasına da sebebiyet vermektedir. Zira hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin Devlete güven duymasını, Devletin de bu güven duygusunu boşa çıkarmamasını gerektirir. Bu nedenle, takibin daha çabuk, daha az giderle ve etkili bir şekilde yürütülebilmesi için öncelikle usulsüz tebligatlardan kaynaklanan sorunlara kalıcı çözümler üretilmelidir. Bu bağlamda icra dairesine, tebligatın usulüne uygun olup olmadığını denetleme yetkisi verilmesi, usulsüz tebligatların azalmasında fayda sağlar.

Takip ekonomisinin ve hukuki güvenlik ilkesinin gereği olarak, borçlunun, takibin ilerleyişini yavaşlatan tutum ve davranışlarına engel

olacak düzenlemeler yapılmalı, ancak aynı zamanda borçluya kendisini savunma imkânı verilerek menfaat dengesi de sağlanmalıdır. Bunun yanı sıra, icra takip sistemi daha sade hale getirilmeli, ilâmsız icra prosedürüne ilişkin düzenlemeler yeniden gözden geçirilmelidir.

KAYNAKÇA

AKDAĞ, Sami, ‘‘Klasik Tebligat Sorunlarının Elektronik Tebligat Sürecine Etkileri’’, İBD, C. 87, S. 1, 2013, s. 271-274

AKKAN, Mine, ‘‘Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukukî Koruma’’, MİHDER, C. 3, S. 6, 2007/1, s. 29-68

AŞIK, İbrahim, İcra Sözleşmeleri, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

ATALAY, Oğuz, ‘‘İlâmsız İcra Yargısız İnfaz Olur mu?’’, Hukuki Perspektif Dergisi, S. 1, 2004, s. 67-69

BELGESAY, Mustafa Reşit, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 4. Baskı, M. Sıralar Matbaası, İstanbul, 1954

BERKİN, Necmeddin, M., İcra Hukuku Dersleri, İkinci Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969 (İcra Hukuku)

BERKİN, Necmeddin M., Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1980 (İcra)

BÜLBÜL, Erdoğan, İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2010

ÇETİN, İbrahim, ‘‘Medeni Usul Hukukunda Usul Ekonomisi’’, Sayıştay Dergisi, 2010/78, s. 81-109

EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 6. Baskı, Ankara Üniversitesi Basım Evi, Ankara, 1997

ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 10. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2013

ERMENEK, İbrahim, ‘‘Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar’’, MİHDER, C. 9, S. 26, 2013/3, s.

3-55 (Bireysel Başvuru)

ERMENEK, İbrahim, ‘‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Makul Giderle Yargılanma Hakkına İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi’’, Prof. Dr. Ramazan ARSLAN’a Armağan, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 767-801 (Usul Ekonomisi İlkesi)

ERMENEK, İbrahim, Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Ayrılma)

ERMENEK, İbrahim, ‘‘Medeni Usul Hukukunda Şekilcilik’’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 142-179 (Şekilcilik)

GÜRDOĞAN, Burhan, İcra Hukuku Dersleri, Ajans - Türk Matbaası, Ankara, 1970

KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflâs Hukuku, Alternatif Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul, 2014

KİRAZ, Taylan Özgür, İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2013

KÖKÜSARI, İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015

KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. 1, Evrim Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 27 (İcra)

KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (El Kitabı)

KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Menfi Tespit)

KURU, Baki, ‘‘Ödeme Emrine İtirazın Muvakkaten Kaldırılması Müessesesinin Lüzumsuzluğu Hakkında Düşünceler’’, AD. 1969/10, s. 614-621 (Muvakkaten Kaldırılma)

KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 27. Baskı, Ankara, 2013

MUŞUL, Timuçin, İcra İflâs Hukuku, C. 1, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (İcra)

MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukukunda Menfi Tespit ve İstirdat Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014 (Menfi Tespit)

ÖZBEK, Mustafa, ‘‘Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim’’, MİHDER, C. 2, S. 4, 2006 s. 907-927

ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukuki Dinlenilme Hakkı)

ÖZEKES, Muhammet, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 (İlkeler)

ÖZEKES, Muhammet, ‘‘Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Genel Değerlendirme’’, Medeni usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- VII, İlâmsız İcra, İzmir/ Çeşme, 24-25 Ekim 2008, Ankara, 2009, s. 265-322 (Sorunlar)

ÖZEKES, Muhammet, ‘‘Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi’’, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 921-940 (Öneri)

ÖZTEK, Selçuk, ‘‘Türk İcra Hukukunun Eleştirisi’’, Medeni usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- VII, İlâmsız İcra, İzmir/ Çeşme, 24-25 Ekim 2008, Ankara, 2009, s. 201-209

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014

PEKCANITEZ, Hakan, İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1986

POSTACIOğLU, İlhan, E./ALTAY, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010

POSTACIOğLU, İlhan, E., İcra Hukuku Esasları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul, 1969

RÜZGARESEN, Cumhur, ‘‘Medeni Yargılama Hizmetlerinin Bedelsiz Olmaması ve Nedenleri’’, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, www.e-akademi.org, S. 100, Haziran 2010 (Yargılama Hizmetleri)

RÜZGARESEN, Cumhur, Medeni Muhakeme Hukukunda Usul

Ekonomisi İlkesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013 (Usul Ekonomisi)

SÜTÇÜ, Nezh, ‘‘Adli Tebligatla İlgili Sorunlar’’, İBD, C. 80, S. 5, 2006, s. 1975-2006

TANRIVER, Süha, ‘‘Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine’’, AÜHFD, 2001/1-4, s. 67-83

TERCAN, Erdal, ‘‘Harçlar Kanunu m. 28/a ve m. 32’nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi’’, EÜHFD, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 137-169

TÜRK, Ahmet, Maddi Hukuk ve İcra - İflâs Hukuku Yönleriyle Menfi Tespit Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006

UMAR, Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihî Gelişmesi ve Genel Teorisi, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları, No: 64/38, İzmir, 1973

ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, Nesil Matbaacılık, 7. Bası, İstanbul, 2000

YILDIRIM, Mehmet Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, Beta Yayıncılık, 6. Baskı, İstanbul, 2015

YILMAZ, Ejder, ‘‘Dünden Bugüne İcra İflâs Kanunumuz’’, SÜHFD, C. 11, S. 3-4, 2003, s. 9-45 (Dünden Bugüne)

YILMAZ, Ejder, ‘‘Usul Ekonomisi’’, AÜHFD, C. 57, S. 1, 2008, s. 243-274 (Usul Ekonomisi)

YILMAZ, Ejder, ‘‘Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti’’, ABD, 1984/2 s. 200-224 (Yargılama Giderlerinin İşlevi)

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Başvuru
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
cüm.	: cümle
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	: Dipnot
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.T.	: Erişim Tarihi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
KİBB	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
m.	: madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
Örn.	: Örneğin
Parg.	: Parağraf
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

SPOR TAHKİM MAHKEMESİNİN DİSİPLİN YAPTIRIMLARINA İLİŞKİN KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ: İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN *MATUZALEM* KARARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Alper Çağrı YILMAZ*

ÖZET

İsviçre Federal Mahkemesi, milletlerarası hakem kararlarının iptali konusunda oldukça sınırlı bir yetkiye sahiptir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda bu yetkinin kullanılmasına imkân sağlayan gerekçelerden birisi kamu düzeni olarak belirlenmiştir. Matuzalem kararı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, Spor Tahkim Mahkemesi tarafından tesis edilen bir milletlerarası hakem kararını kamu düzeni gerekçesiyle iptal ettiği ilk karar olması hasebiyle büyük önem taşımaktadır. Karar İsviçre milletlerarası özel hukukunda benimsenen kamu düzeni anlayışını yansıtanın yanı sıra, CAS kararlarının FIFA disiplin yaptırımları çerçevesinde icra edilebilirliği konusuna da ışık tutmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu düzeni, İsviçre Federal Mahkemesi, FIFA disiplin yaptırımları, Spor Tahkim Mahkemesi, Matuzalem davası.

THE PUBLIC ORDER INTERVENTION OF THE CAS FOR DISCIPLINARY SANCTIONS: AN ASSESSMENT WITHIN THE FRAME OF THE SWISS FEDERAL COURT JUDGEMENT ON MATUZALEM CASE

ABSTRACT

The Swiss Federal Tribunal has restricted jurisdiction on the annulment of international arbitration awards. According to Swiss Federal Act on Private International Law, public order is one of the main reasons to enable the usage of that jurisdiction. The Judgement of the Swiss Federal Tribunal on Matuzalem case is of ultimate significance, since the Tribunal for the first time annuled a CAS award, on the grounds of public order. The Judgement both sheds some light on the enforcement of CAS awards by means of FIFA disciplinary sanctions and reflects the approach on public order embraced by Swiss private international law.

Keywords: Public order, The Swiss Federal Tribunal, FIFA disciplinary sanctions, Court of Arbitration for Sport, Matuzalem case.

* Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ABD.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21.09.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 17.10.2016

I. Giriş

Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (*The Fédération Internationale de Football Association*- “FIFA”) 1904 yılında İsviçre’de kurulan ve merkezi halen İsviçre’nin Zürih kentinde bulunan, dernek statüsünde¹ hükümetler dışı bir kuruluştur. İsviçre hukukuna uygun olarak kurulan ve bu ülke hukukuna tâbi olan FIFA, mevcut durum itibariyle 211 ulusal federasyonu bünyesinde bulundurmaktadır. FIFA’nın temel amacı; statü, tüzük ve diğer düzenleyici işlemleri marifetiyle futbolun uluslararası düzeydeki gelişimine katkı sağlamaktır².

FIFA organları arasında, profesyonel futbolcu sözleşmelerinden kaynaklanan ihtilaflar konusundaki en yetkili karar mercii Uyuşmazlık Çözüm Dairesidir (*Dispute Resolution Chamber*- “DRC”). DRC, kulüpler ve oyuncular arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar ile bir kulüp ve oyuncu arasındaki istihdamla bağlantılı ve yabancılık unsuru ihtiva eden uyuşmazlıklar bakımından yargılama yetkisine sahip kılınmıştır³. Bunun yanında FIFA Disiplin Komitesi (*FIFA Disciplinary Committee*- “FDC”) de, FIFA Statüsünün⁴ 62(1) ve FIFA Disiplin Kodunun⁵ 76’ncı maddeleri uyarınca, FIFA tüzüklerinde yer alan ve diğer FIFA organlarının görev alanlarına girmeyen yaptırımlar bakımından yetkili karar mercii olarak tayin edilmiştir⁶. FIFA Statüsünün 66(1) maddesi uyarınca, merkezi İsviçre’nin Lozan kentinde bulunan Spor Tahkim Mahkemesi⁷ ise (*Court of Arbitration for Sport*-

¹ Ekşi Nuray, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2015, s. 93.

² FIFA (The Fédération Internationale de Football Association). Bkz. <http://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/index.html> (ET. 17.07.2016).

³ FIFA Oyuncu Statü ve Transfer Tüzükleri (Regulations on the Status and Transfer of Players), (2016 Baskısı) md. 22(a) ve (b). Bkz. http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/70/95/52/regulationsonthestatusandtransferofplayersjune2016_e_neutral.pdf (ET. 19.07.2016).

⁴ FIFA Statüsü (FIFA Statutes). Bkz. http://www.fifa.com/mm/Document/AFFederation/Generic/02/58/14/48/2015FIFAStatutesEN_Neutral.pdf (ET. 19.07.2016).

⁵ FIFA Disiplin Kodu (FIFA Disciplinary Code). Bkz.

⁶ <http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/discoinhalte.pdf> (ET. 19.07.2016).

⁷ Bu çerçevede FIFA Disiplin Komitesi, Disiplin Kodunun 64. maddesi gereği; DRC veya temyiz mercii konumundaki Spor Tahkim Mahkemesi (Court of Arbitration for Sport-“CAS”) kararlarında emredilmiş ödeme yükümlülüğünü ihlal eden kişiler hakkında yaptırım uygulamaya da yetkili kılınmıştır.

⁸ Bkz. <http://www.tas-cas.org/en/general-information/addresses-and-contacts.html> (ET. 17.07.2016).

“CAS”), gerek DRC gerek FDC kararlarına karşı yetkili temyiz mercii olarak öngörülmüştür. Nihayet İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun⁸ 176(1) ve 191. maddeleri çerçevesinde, İsviçre'nin tahkim yeri olarak belirlendiği ve tahkim anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihte taraflarından birinin ikametgâh veya mutad meskeninin İsviçre'de bulunmadığı uyuşmazlıklar hakkındaki milletlerarası hakem kararlarının iptali için İsviçre Federal Mahkemesine itiraz edilebileceği ifade edilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesinde, 1989-2009 yılları arasında görülen ve kamu düzeninin ihlal edildiği gerekçesine dayanan 142 iptal başvurusunun hiçbirisi olumlu sonuçlanmamıştır⁹. Bu itibarla, her ne kadar hukuk doktrininde sıklıkla üzerinde durulmakta ise de kamu düzeni müdahalesinin İsviçre içtihadında önemli bir yer tuttuğunu söylemek oldukça zordur¹⁰. Bu tespitin en önemli istisnasını Federal Mahkemenin 27.03.2012 tarihli *Matuzalem* kararı¹¹ oluşturmaktadır¹².

Çalışma kapsamında ilk olarak, CAS'ın üzerinde en fazla tartışma yaşanan kararlarının başında gelen *Matuzalem* kararına ilişkin uyuşmazlık safahatı izah edilecek, sonrasında ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin milletlerarası hakem kararlarının iptaline ilişkin yetkisi ve İsviçre hukukunda kamu düzeni anlayışı hakkında bilgi verilecektir. Çalışmada İsviçre Federal Mahkemesi'nin, uluslararası hukuk alanında önemli bir yer tutan *Matuzalem* kararı, bu safahat ve bilgiler ışığında analiz edilecektir. Nihayet çalışmanın son kısmında ise genel bir değerlendirme yapılarak, Federal Mahkeme kararının muhtemel etkileri ele alınacaktır.

II. Matuzalem Davasına İlişkin Uyuşmazlık Safahatı

Brezilya vatandaşı ve 10.06.1980 doğumlu olan Matuzalem Frangelico da Silva (“Matuzalem”) isimli profesyonel futbolcu, Ukrayna futbol kulübü Shakhtar Donetsk (“Shakhtar”) ile 26.06.2004 tarihinde beş yıllık sözleşme

⁸ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Federal Act on Private International Law of 18 December 1987). Bkz. http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf (ET. 19.07.2016).

⁹ Steingruber Andrea Marco, De Facto Unlimited Prohibition to Work as a Football Player as a Violation of Public Policy, *International Sports Law Journal*, pp. 39-44, 2012/3-4, s. 42.

¹⁰ Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42.

¹¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012. Bkz. <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202012%204A%20558%202011.pdf> (ET. 18.07.2016).

¹² Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42.

imzalamıştır¹³. Matuzalem, 02.07.2007 tarihinde FIFA Oyuncu Statü ve Transfer Tüzüklerinin (“Tüzük”) 17. maddesi uyarınca Shakhtar kulübüyle olan sözleşmesini tek taraflı olarak feshettiğini bildirmiş ve 19.07.2007 tarihinde İspanyol Real Zaragoza kulübüyle üç yıllık sözleşme imzalamıştır¹⁴. Bu gelişme üzerine Shakhtar kulübü 25.07.2007 tarihinde FIFA DRC’ye başvurmak suretiyle Matuzalem ile Real Zaragoza kulübü aleyhine yargısal işlemleri başlatmıştır¹⁵. DRC konuya ilişkin 02.11.2007 tarihli kararında, taraflarca *pacta sunt servanda* ilkesinin gözetilmesinin gerekli olduğunu¹⁶, bu itibarla sözleşmeyi süresinden önce tek taraflı olarak fesheden oyuncu ve Real Zaragoza kulübünün, Shakhtar kulübüne toplamda 6.800.000 Avro tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir¹⁷. Kararın taraflarca temyiz edilmesi üzerine, dava konusu uyuşmazlık CAS huzuruna getirilmiştir. DRC’den farklı bir tazminat hesap yaklaşımı¹⁸ benimseyen CAS, 19.05.2009 tarihli kararıyla Matuzalem’in Tüzüğün 17. maddesi çerçevesinde Shakhtar kulübüne “11.858.934 Avro” tutarında tazminat ödemekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşmıştır¹⁹. CAS kararlarının iptaline ilişkin davalarda tek yetkili mercii konumunda bulunan²⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, 02.06.2010 tarihli

¹³ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 8.

¹⁴ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 17, 18.

¹⁵ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 23.

¹⁶ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 24(1).

¹⁷ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 25(2).

¹⁸ Tazminat miktarının tespitine ilişkin olarak DRC aşamasında “bakiye değer” yaklaşımı kullanılmış iken, CAS aşamasında “müspet değer” yaklaşımı kullanılmıştır. “Bakiye değer” yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Juan de Dios Crespo Pérez, Andrew Webster CAS Award Commentary, *The International Sports Law Journal*, pp. 166-170, 2010/3-4. Müspet değer yaklaşımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Smith Andrew/ Chambers Matrix, *Calculating Compensation for Contract Breaches*, Player Contracts Conference 2011, pp.1-28, 6 July 2011; Withagen Matthijs/ Whyte Adam, *De Sanctis and the Article 17: The Last of the Saga?*, *The International Sports Law Journal*, pp. 38-42, 2011/3-4 ve De Weger Frans M., Webster, Matuzalem, *De Sanctis and the Future*, *The International Sports Law Journal*, pp. 42-56, 2011/3-4.

¹⁹ CAS 2008/A/1519-1520, Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza, Award of 19 May 2009, Para. 181.

²⁰ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun “Yetkili Mahkeme” başlıklı 191. maddesinin ilk cümlesinde “*İptal işlemleri münhasıran İsviçre Federal Mahkemesi huzurunda görülebilir*” hükmüne yer verilmiştir. Bkz. <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202012%204A%20558%202011.pdf> (ET. 18.07.2016).

kararıyla, CAS'ın bahse konu 19.05.2009 tarihli kararının onanmasına karar vermiştir²¹.

Karar üzerine FIFA Disiplin Komitesi 14.07.2010 tarihinde, Real Zaragoza kulübü ve Matuzalem'e bildirimde bulunarak, CAS tarafından tesis edilen 19.05.2009 tarihli kararda hükmedilen tazminat miktarının ödenmemesi halinde, haklarında disiplin işlemi başlatılacağını ve FIFA Disiplin Kodu'nun 64. maddesi²² uyarınca yaptırım uygulanacağını beyan etmiştir²³. Komite'nin 31.08.2010 tarihli kararında, Matuzalem ve Real Zaragoza kulübüne 90 günlük kesin süre verilmiş ve sürenin bitimine kadar ödeme yapılmaması halinde uygulanacak yaptırımlar gösterilmiştir. Buna göre, tazminat alacaklısı konumunda bulunan Shakhtar kulübü tarafından talep edilmesi kaydıyla, Matuzalem hakkında futbola ilişkin tüm faaliyetlerden men edilme, Real Zaragoza Kulübü hakkında ise (İspanya Lig Şampiyonasında) puan kesme yaptırımları uygulanacak ve bu yaptırımlar söz konusu borç ödenene kadar yürürlükte kalmaya devam edecektir²⁴. Matuzalem ve Real Zaragoza bu karara itiraz etmişse de, CAS 29.06.2011 tarihli kararıyla her iki itirazın reddine ve FIFA Disiplin Komitesi kararının onanmasına karar vermiştir²⁵.

CAS tarafından tesis edilen bu son karar üzerine, Matuzalem, yeniden İsviçre Federal Mahkemesine müracaat etmiştir²⁶. Matuzalem Federal Mahkemeye müracaatında, FIFA Disiplin Komitesi tarafından karara bağlanan yaptırımın, *de facto* olarak “dünya genelinde ve süre sınırlaması olmaksızın”

²¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_320/2009 of 2 June 2010.

²² FIFA Disiplin Kodu'nun 64. maddesinde; bir kurum, komite veya FIFA ya da nihai CAS temyiz kararında (mali karar) emredilmiş olmasına rağmen, bir başka kişiye (oyuncu, teknik direktör veya kulüp gibi) yönelik ödeme yükümlülüğünü ihlal eden kişiler hakkındaki yaptırımlar düzenlenmiştir. Maddenin 4. fıkrasında, futbola ilişkin her türü faaliyetten men edilme yaptırımının gerçek kişilere de uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. <http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/discosinhalte.pdf> (ET. 17.07.2016). Makale kapsamında FIFA Disiplin Kodu'nun 64. maddesine ilişkin açıklamalar, bu Kod'un, ihlalin gerçekleştiği anda yürürlükte bulunan 2009 tarihli baskısı nazara alınarak yapılmıştır.

²³ Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 40; Levy Roy, Swiss Federal Tribunal Overrules CAS Award in a Landmark Decision: FIFA vs Matuzalem, *International Sports Law Journal*, pp. 35-38, 2012/3-4, s. 35.

²⁴ Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 39; Levy Roy, 2012, s. 35.

²⁵ CAS 2010/A/2261 Real Zaragoza SAD v/ FIFA and CAS 2010/A/2263 Matuzalem Francelino da Silva v/ FIFA.

²⁶ McArdle David, *Dispute Resolution in Sport Athletes, Law and Arbitration*, Routledge Taylor and Francis Group, London and New York, 2015, s. 147; Levy Roy, 2012, s. 35; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 41.

futboldan men edilme anlamı taşıdığına, bu itibarla söz konusu kararın kamu düzenine aykırı olduğunu ileri sürmüştür²⁷.

İsviçre Federal Mahkemesi, kararın kamu düzenine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Federal Mahkemenin söz konusu kararını değerlendirmeden önce, İsviçre hukukunda İsviçre Federal Mahkemesi'nin hakem kararlarını iptal yetkisi ile kamu düzeni yaklaşımı hakkında kısaca bilgi vermekte fayda görülmektedir.

III. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yetkisi

Milletlerarası tahkim konusu İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 12'nci bölümünde (md. 176-194) düzenlenmiştir. Söz konusu Kanunun "Uygulama Kapsamı/Tahkim Yeri" başlıklı 176(1) maddesinde "*Bu Bölümdeki düzenlemeler, ancak tahkim yerinin İsviçre olması ve tahkim anlaşmasının yürürlüğe girdiği tarihte taraflardan en az birinin ikametgâhının veya mutad meskeninin İsviçre'de olmaması şartıyla uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir. Kanunun 176(2) maddesinde tarafların tahkim anlaşmasıyla veya sonradan yapacakları bir anlaşmayla söz konusu Bölüm hükümlerini kapsam dışında bırakabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Keza aynı Kanunun "Yetkili Mahkeme" başlıklı 191'inci maddesinin ilk cümlesinde ise milletlerarası hakem kararlarına ilişkin iptal işlemlerinin münhasıran İsviçre Federal Mahkemesi huzurunda görülebileceği hükme bağlanmıştır. Benzer şekilde, FIFA Statüsünün 66(1) maddesinde, "*FIFA; kendisi, üyeleri, konfederasyonları, ligleri, kulüpleri, oyuncularını, resmi ve lisanslı maç menajerleri ile oyuncu menajerleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde, merkezi Lozan'da bulunan CAS'ın yetkisini tanımaktadır*" hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu hükümler birlikte ele alındığında, İsviçre'nin Lozan kentinde faaliyet gösteren CAS tarafından tesis edilen hakem kararlarının iptali talebiyle açılacak davalarda, İsviçre Federal Mahkemesi'nin yetkili olduğu net biçimde tespit edilebilmektedir. Nitekim Federal Mahkeme 27.03.2012 tarihli *Matuzalem* kararında, somut uyuşmazlıktaki tahkim yerinin İsviçre'nin Lozan kenti olduğunu, Matuzalem'in ikametgâhının İsviçre dışında bulunduğunu ve tarafların kendi aralarında yaptıkları anlaşmada İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 12'nci bölüm hükümlerini kapsam dışında bırakmadıklarını tespit etmiştir²⁸. Mahkeme bu çerçevede CAS'ın 29.06.2011 tarihli kararının²⁹

²⁷ Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 39.

²⁸ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 2.1.

²⁹ CAS 2010/A/2261 Real Zaragoza SAD v/ FIFA and CAS 2010/A/2263 Matuzalem Francelino da Silva v/ FIFA.

iptali istemiyle Matuzalem tarafından açılan davada yetkili olduğuna karar vermiştir.

Diğer taraftan İsviçre hukukunda İsviçre Federal Mahkemesi'nin milletlerarası hakem kararlarını denetleme yetkisi ise son derece sınırlı tutulmuştur. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 190(2) hükmü uyarınca İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yetkisi;

“(a) Tek hakem veya hakem heyetinin atanma usulüne uygun davranılmamış olması,

(b) Hakem heyetinin yetkiye ilişkin kabul veya ret kararının yanlış olması,

(c) Hakem heyetinin, kendisine sunulan taleplerin dışında karar vermiş olması veya bu taleplerden biri hakkında karar vermemiş olması,

(d) Eşit muamele ve savunma hakkına riayet ilkelerinin ihlal edilmiş olması ve

(e) Hakem kararının İsviçre kamu düzenine aykırı olması” şeklinde belirlenmiştir. Görüldüğü üzere Kanun maddesinin ilk dört fıkrasında usule ilişkin yetkiler düzenlenmişken, son fıkrada Federal Mahkemeye kısmen de olsa hakem kararının esasına ilişkin değerlendirme yapma yetkisi verilmiştir³⁰.

IV. İsviçre Milletlerarası Özel Hukukunda Kamu Düzeni Anlayışı

Kamu düzeni gerek iç hukukta gerekse milletlerarası hukukta kullanılan bir kavramdır³¹. İç hukukta kamu düzeni, kamu hukukuna veya özel hukuka ait olan ve tarafların serbest iradeleriyle tayin edemeyecekleri hususları ihtiva eden emredici nitelikteki hukuk kurallarını konu almaktadır³². Milletlerarası özel hukukun konusuna giren ihtilaflardaki kamu düzeni anlayışının ise iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlı olduğu kabul edilmektedir³³. Şöyle ki, iç hukukta kamu düzeninden kabul edilerek, emredici kurallara bağlanan bazı esasların, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden

³⁰ Levy Roy, 2012, s. 36.

³¹ Topaloğlu Mustafa, Tahkimde Kamu Düzenin Etkisi Effects of Public Policy on Arbitration, International Conference on Eurasian Economies, 2013, s. 890.

³² Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul, Mart 2016, s. 138, 139; Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2016, s. 279.

³³ Çelikel/ Erdem, 2016, s. 139.

sayılmaması mümkündür³⁴. Milletlerarası özel hukuk alanındaki kamu düzeni, doktrinde “*bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü*” şeklinde tanımlanmıştır³⁵. Bu çerçevede; ilgili ülkedeki hukuk sisteminin toplumsal kalkınmayı hedefleyen, kişisel hak ve özgürlükleri koruyan temel prensipleri, anayasanın temel ilkeleri ve toplumda cari olan örf-adet ve ahlak telakkileri, kamu düzenini temsil eden değerler olarak kabul edilmektedir³⁶. Milletlerarası özel hukuk alanındaki kamu düzeni anlayışının; uygulanacak hukuk, yabancı hakem kararlarının tenfizi ve milletlerarası nitelikli hakem kararlarına karşı tahkim yeri ülkesinde itiraz edilmesi bakımından farklı sonuçları bulunmaktadır.

Uygulanacak hukuk alanındaki kamu düzeni, bir olayda adalete uygun olmayan bir sonuca yol açabilecek yabancı hukukun istisnai durumlarda uygulanmaması hususunda hâkimin genel biçimde yetkilendirildiği kuraldır³⁷. İşte yabancı hukuk kaidesinin somut olaya tatbiki, yukarıda bahsi geçen temel ilke ve değerler karşısında tahammül edilemez bir netice doğurmakta ise, söz konusu kaidenin ilgili ülkenin kamu düzenini açıkça ihlal ettiğinden bahisle uygulanmaması yoluna gidilecektir³⁸. Bununla birlikte, yabancı hukuktaki hükmün hâkimin hukukundaki temel ilkelere aykırılığı “açık” ve tereddüde yer vermeyecek biçimde olmalıdır³⁹. Belirtilen çerçevedeki kamu düzeni anlayışının temel amacı, hakkında karar verilecek olan maddi ilişkide adalette bağdaşmayan bir sonuç doğmasının engellenmesi ve maddi hukuk adaletinin temin edilmesidir⁴⁰. Günümüzde karşılaştırmalı hukuk alanında kamu düzeninin menfi etkisinin mevcut olduğu, buna karşılık sadece müspet etkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁴¹.

³⁴ Çelikel/ Erdem, 2016, s. 139. Yazarlar bu çerçevede iç hukukta kamu düzeninden kabul edilen; rüşt yaşı, evlenme ehliyeti ve engelleri, evlat edinmenin esasa ait şartları ve sözleşme hukukuna dair bazı şartların, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabileceğini ifade etmiştir. Bkz. Çelikel/ Erdem, 2016, s. 139.

³⁵ Çelikel/ Erdem, 2016, s. 139.

³⁶ Şanlı Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2015, s. 72.

³⁷ Doğan Vahit, 1996, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 130.

³⁸ Şanlı, 2015, s. 72, 73; Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul, Şubat 2015, s. 160.

³⁹ Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 43

⁴⁰ Doğan, 1996, s. 130.

⁴¹ Doğan, 1996, s. 130. Türk hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

Kamu düzeni, uygulanacak hukuk alanının yanı sıra, yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmesi ve milletlerarası hakem kararlarına itiraz edilmesi bakımından da son derece önemli bir değerlendirme kriteridir. Gerçekten de, ilgili ülke hukukunun temel prensipleriyle uyuşmayan, o ülkedeki ekonomik hayatın temel ilkelerini ihlal eden ve adalet anlayışına kabul edilemez biçimde aykırılık teşkil eden yabancı hakem kararlarının tenfizi, kamu düzeninin ihlali gerekçesiyle mümkün değildir⁴². Bu noktada önemli olan, hakemlerin uyguladıkları hukuk kuralının değil, verilen kararın hüküm fıkrasının kamu düzenine aykırı olmasıdır⁴³. Benzer şekilde, kamu düzenine aykırılık teşkil eden milletlerarası hakem kararlarına karşı tahkim yeri ülkesinde itiraz edilmesi durumunda da, söz konusu kararların iptal edilmesi kaçınılmaz olacaktır. İzah edilen çerçevede; dürüstlük kuralını, hakkın kötüye kullanılması veya taraflar arasında ayırım yapma yasağını ihlal eden hakem kararları kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir⁴⁴. Bunun yanında, taraflardan birinin diğeri üzerinde ekonomik üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesi yaptırmayı veya bu sözleşmede eşitliği kendi lehine bozacak mahiyette hükümler kabul ettirmesi, ilgili hakem kararını kamu düzenine aykırı hale getirecektir⁴⁵. Keza, taraflar arasındaki anlaşmanın ve hakem kararının sonuçları itibariyle vergi kaçırma gibi durumlar da, bahse konu hakem kararının kamu düzenine aykırılığından bahsedilebilecektir⁴⁶.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 17. maddesinde yetkili kılınan yabancı hukuk nizamının İsviçre kamu düzenini ihlal etmesi halinde uygulanmayacağı ifade edilmiş, 27(2) maddesinde kamu düzeninin açıkça ihlal edilmesi yabancı mahkeme kararlarına ilişkin tenfiz talebinin reddi gerekçeleri arasında sayılmıştır. Söz konusu Kanunun 194. maddesinde ise yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin işlemlerin New York Sözleşmesi uyarınca yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte yukarıda da ifade edildiği üzere, CAS'ın merkezi İsviçre'nin Lozan

Kanun'un (MÖHUK) "Kamu düzenine aykırılık" başlıklı 5. maddesinde "*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır*" hükmüne yer verilmiştir. Türk hukukunda kamu düzeni anlayışı ve uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınları, 4. Baskı, Ankara, Şubat 2016, s. 222 vd.

⁴² Nomer, 2015, s. 558.

⁴³ Doğan 2016, s. 142.

⁴⁴ Nomer, 2015, s. 558, 559.

⁴⁵ Nomer, 2015, s. 558.

⁴⁶ Akıncı, 2016, s. 281.

kentinde bulunmaktadır. Bu itibarla İsviçre hukuku tarafından idare edilen⁴⁷ ve bu hukuk nizamı bakımından yabancılık özelliği taşımayan CAS tahkimi bakımından, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun yukarıda zikredilen hükümlerinin uygulanma kabiliyeti bulunmadığı açıktır. Diğer taraftan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 190(2)(e) hükmünde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin, tahkim yeri İsviçre olan⁴⁸ milletlerarası hakem kararlarını itiraz üzerine denetleme yetkisi kapsamında, kamu düzeni mefhumuna da yer verilmiştir. Söz konusu hükmün CAS kararları bakımından uygulanabilir olduğu konusunda ise herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık, bahse konu kanuni düzenlemede kamu düzeni kavramına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği için, söz konusu kavramın tanımı ve unsurlarına ilişkin olarak İsviçre içtihat hukuku alanında yapılan tespitlerin incelenmesi önem taşımaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarında, bir uyumsuzluğun esası hakkında verilen hakem kararı, temel hukuk ilkelerini ihlal ediyor ve İsviçre'deki hâkim görüş uyarınca, her hukuk sisteminin temelini oluşturan, esaslı ve yaygın biçimde kabul edilen değerlere aykırılık taşıyor ise, söz konusu karar kamu düzenine aykırı kabul edilmektedir⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesi bu çerçevede, bir hakem kararının açık veya zımni biçimde yanlış esaslar üzerine inşa edilmiş olmasının, temel hukuk prensipleri ihlal edilmediği müddetçe, kamu düzenine aykırı sayılamayacağına işaret etmiştir⁵⁰.

İsviçre içtihadında kamu düzeninin ihlali sonucunu doğuran temel hukuk prensipleri arasında ise hakkın kötüye kullanılması yasağı, tazminatsız kamulaştırma yasağı, ayrımcılık yasağı, iyi niyetle davranma yükümlülüğü ve *pacta sunt servanda* gibi ilkeler bulunduğu kabul edilmektedir⁵¹. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi, söz konusu listenin tahdidi olmadığının da altını çizmiştir⁵². Nitekim Federal Mahkeme, muhtelif kararlarında, İsviçre

⁴⁷ Erten Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 243.

⁴⁸ Bkz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu md. 176(1).

⁴⁹ Garraffa Paolo, The "Matuzalem-Affaire": Ending of the Sporting Justice? International Sports Law Journal, pp. 44- 48, 2012/3-4, s. 46; Levy Roy, 2012, s. 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 41.

⁵⁰ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 121 III 333 at 3a; 116 II 634. Bkz. Levy Roy, 2012, s. 36, dn. 17.

⁵¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 132 III 389 at 2.2.1; 128 III 191 at 6b p. 198. Bkz. Levy Roy, 2012, s. 36, dn. 12, Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42; Garraffa Paolo, 2012, s. 46.

⁵² Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.1. Ayrıca bkz. Levy Roy, 2012, s. 36, dn. 13, Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42 ve Garraffa Paolo, 2012, s. 46.

Medeni Kanunu md. 27(2)'de düzenlenen “Hiç kimse özgürlüğünden kısmen veya tamamen vazgeçemez ya da bu özgürlüğün kullanımını kanuna yahut genel ahlaka aykırı düşecek biçimde kısıtlayamaz” hükmünün ihlal edilmesinin de kamu düzeni müdahalesine sebebiyet vereceğine karar vermiştir⁵³. Elbette bir milletlerarası hakem kararının kamu düzeninin ihlal edildiği gerekçesiyle iptalinin talep edilmesi halinde, başvuran kişinin yukarıda zikredilen temel hukuk prensiplerinden hangisinin, ne şekilde ihlal edildiğini gösterebilmesi büyük önem taşımaktadır⁵⁴. Zira İsviçre Federal Mahkemesi içtihadında, milletlerarası tahkim hükmünün arkasında yatan gerekçenin değil, doğrudan sonucunun kamu düzenini ihlal edebileceği kabul edilmiştir⁵⁵.

V. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Matuzalem Kararı

Yukarıda ifade edildiği üzere İsviçre Federal Mahkemesi 02.06.2010 tarihli kararıyla CAS'ın 19.05.2009 tarihli kararını onamıştır⁵⁶. Ancak Federal Mahkeme o dönemki kararında FIFA tarafından disiplin yaptırımı uygulanmasının oyuncunun kişilik haklarını ihlal edip etmediği ve bu durumun kamu düzeni üzerindeki etkisinin ne olduğu gibi hususları incelememiştir⁵⁷. Söz konusu istifhamlar CAS'ın 29.06.2011 tarihli kararıyla⁵⁸ FIFA Disiplin Komitesi kararını onaması üzerine, Matuzalem tarafından İsviçre Federal Mahkemesi huzuruna getirilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi 27.03.2012 tarihli kararıyla gerek oyuncunun kişilik haklarının gerekse kamu düzeninin ihlali konularında emsal sayılabilecek bir karar tesis etmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, 27.03.2012 tarihli kararında öncelikle kişilik hakkının önemine değinmiş ve bu hakkın korunmasının hukuk düzeninin muhafazası için elzem olduğunu dile getirmiştir. Federal Mahkeme, kişilik hakkının, Anayasada düzenlenen ekonomik özgürlük hakkıyla garanti edilmiş olduğunu, bu hakkın ise kişilere bir mesleği seçme veya icra etme özgürlüğü

⁵³ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_458/2009 of June 10, 2010 at 4.4.3.2; 4A_320/2009 of June 2nd, 2010 at 4.4; 4P.12/2000 of June 14, 2000 E. 5b/aa. Bkz. Levy Roy, 2012, s. 36, dn. 15, Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42 ve Garraffa Paolo, 2012, s. 46.

⁵⁴ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4P.23/2006, Reason 4.3. Bkz. Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42, dn.47.

⁵⁵ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4P.240/2006, Reason 4.1. Bkz. Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 42, dn. 48.

⁵⁶ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_320/2009 of 2 June 2010.

⁵⁷ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.2.

⁵⁸ CAS 2010/A/2261 Real Zaragoza SAD v/ FIFA and CAS 2010/A/2263 Matuzalem Francelino da Silva v/ FIFA.

bahsettiğini beyan etmiştir⁵⁹. Mahkeme bu noktada ekonomik özgürlük hakkı ile İsviçre Medeni Kanununun 27(2) maddesi arasında irtibat kurarak, mezkûr maddenin kişiyi kendi özgürlüğünü aşırı biçimde kısıtlayan sözleşmeler yapmaktan alıkoymak amacıyla sevk edildiğini dile getirmiştir⁶⁰. Mahkeme ayrıca, sözleşmeyle bir kişinin ekonomik özgürlüğünün kısıtlanmasının, hangi durumda “aşırı” kabul edileceği sorusunu da cevaplamıştır. Buna göre bir kişinin iktisadi varlığını tehlikeye atacak nispette ekonomik özgürlüğünden vazgeçmesi veya bu özgürlüğü kısıtlaması, Kanunun 27(2) maddesi anlamında “aşırı” kabul edilmelidir⁶¹. Mahkeme bu tespitten hareketle, izah edilen düzeyde kısıtlayıcı mahiyet taşıyan bir sözleşme hükmünün kamu düzenini ihlal edeceği sonucuna ulaşmıştır⁶².

Bu açıklamalardan sonra ihtilafın esası hakkındaki değerlendirmelerine geçen Mahkeme, öncelikle Matuzalem’in Shakhtar kulübüyle olan sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve hükmedilen tazminatı ödemekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir⁶³. Sonrasında FIFA Disiplin Kodu’nun 64’üncü maddesinde düzenlenen yaptırımı ele alan Mahkeme, söz konusu yaptırımın ilgili hakem kararının icra edilmesini sağlamak amacıyla sevk edildiğini dile getirmiştir⁶⁴. Mahkeme bu maddenin, CAS kararında hükmedilen tazminatı ödemediği müddetçe, Matuzalem’in futbola ilişkin tüm mesleki faaliyetlerden yasaklanmasını konu aldığını vurgulamış ve maddenin uygulanması için tazminat alacaklısı Shakhtar kulübünün talebinin yeterli olduğunu ifade etmiştir⁶⁵. Mahkemeye göre sözleşmeyi ihlal eden oyuncunun tazminatı ödemesiyle, FIFA üyesi bir kulübün menfaatleri korunmuş olacaktır⁶⁶. Keza bu durum, oyuncuları sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranmaya sevk edecek ve dolaylı biçimde FIFA’nın menfaatine de hizmet edebilecektir⁶⁷.

⁵⁹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.1. Para 1.

⁶⁰ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.1. Para 2.

⁶¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.2.

⁶² Levy Roy, 2012, s. 36, 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 43, 44 ve Garraffa Paolo, 2012, s. 46.

⁶³ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4.

⁶⁴ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4.

⁶⁵ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4.

⁶⁶ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4.

⁶⁷ Levy Roy, 2012, s. 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 43.

Bu noktada uyuşmazlığın farklı bir vechesini ele alan İsviçre Federal Mahkemesi'nin şu tespitleri dikkat çekicidir⁶⁸:

“Matuzalem'in ekonomik özgürlüğünün ihlal edilmesi, (teorik olarak) bu oyuncunun borçlu olduğu meblağı bulması ve ödemesi için uygun bir tehdit aracı olarak görülebilir. Ancak eğer ki Matuzalem tüm borç tutarını herhangi bir şekilde ödemesinin mümkün olmadığı hususunda doğru söylüyor ise, uygulanacak yaptırımın zararın tazmin ettirilmesi amacıyla hizmet edip edemeyeceği sorgulanmaya açık hale gelir. Esasında, önceki ekonomik faaliyetlerine devam etmekten yasaklanması, Matuzalem'i, borçlu olduğu meblağı bulmasına imkân sağlayacak bir gelire ulaşma ihtimalinden de mahrum bırakmaktadır.”

Mahkeme bu tespitlerden sonra, CAS kararının icra edilebilmesi için FIFA tarafından bir yaptırım uygulanmasının gerekli olup olmadığını da sorgulamıştır. Bu noktada özellikle Matuzalem'in ikamet ettiği İtalya'nın “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi”ne⁶⁹ taraf olduğunu dikkate alan Mahkeme, Shakhtar Kulübünün bahse konu milletlerarası sözleşme hükümleri uyarınca, ilgili CAS kararının uygulanmasını temin edebileceğini, bu itibarla FIFA tarafından bir yaptırım uygulanmasının gerekli olmadığını dile getirmiştir⁷⁰.

Mahkeme, kararında ayrıca Matuzalem hakkında FIFA tarafından ilan edilen yaptırımın, taraf menfaatleri bakımından da hukuka aykırı olduğunu vurgulamıştır. FIFA'nın izah edilen türde bir yaptırım uygulamak suretiyle, oyuncuları akdi yükümlülüklerine riayet etmeye zorlamayı hedeflediğini beyan eden Mahkeme, bu soyut amacın hiçbir şekilde Matuzalem'in kişilik haklarının ihlal edilmesini meşru gösteremeyeceğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre FIFA'nın söz konusu amacına ulaşması, bir oyuncunun dünya genelinde ve süre sınırlaması olmaksızın futbola ilişkin tüm mesleki faaliyetlerden men edilmesiyle mukayese edildiğinde, çok daha az ehemmiyet taşıyan bir menfaat olarak görülmelidir⁷¹. Mahkeme, konuya ilişkin genel bir

⁶⁸ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4. Doktrinde, İsviçre Federal Mahkemesince yapılan söz konusu tespitlerin aksi yönde bir görüş için bkz. Garraffa Paolo, 2012, s. 47.

⁶⁹ Bkz. <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf> (ET. 17.07.2016).

⁷⁰ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4. Ayrıca bkz. Levy Roy, 2012, s. 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 43.

⁷¹ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.4. Ayrıca bkz. Levy Roy, 2012, s. 37; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 43. Doktrinde aksi yöndeki bir görüş için bkz. Garraffa Paolo, 2012, s. 47.

tespitte de bulunarak, FIFA'nın üyelerini ihraç etme özgürlüğünün, o üyelerin kişilik haklarıyla sınırlı olduğu hususunun altını çizmiştir⁷².

Netice itibariyle İsviçre Federal Mahkemesi, FIFA Disiplin Kodu'nun 64'üncü maddesinde düzenlenen sınırsız biçimde mesleki faaliyetlerden men etme tehdidinin, oyuncunun kişilik haklarının açık ve ciddi biçimde kısıtlanmasına sebebiyet verdiğini ifade etmiştir. Mahkeme söz konusu yaptırımın, İsviçre Medeni Kanunu md. 27(2) hükmünde düzenlenen hukuki taahhütlerin temel sınırlarını da göz ardı ettiğini belirlemiştir. Mahkeme ayrıca, FIFA kararının uygulanması halinde, bir taraftan Matuzalem'in Shakhtar kulübünün keyfi uygulamasına maruz kalacağını, diğer taraftan da oyuncunun ekonomik özgürlüğünün kısıtlanmış olacağını beyan etmiştir. FIFA'nın bu tür neticelerin doğmasını meşru kılacak üstün bir menfaati bulunmadığını vurgulayan İsviçre Federal Mahkemesi, oyuncunun kişilik haklarını açıkça ve ciddi biçimde ihlal eden 29.06.2011 tarihli CAS kararının kamu düzenine aykırı olduğu kanaatine ulaşmıştır⁷³.

V. Sonuç ve Değerlendirme

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 27.03.2012 tarihli kararındaki kamu düzenine aykırılık gerekçelerinin beş madde halinde özetlenmesi mümkündür⁷⁴:

- FIFA'nın disiplin yaptırımının, tazminat alacaklısı konumunda bulunan Shakhtar kulübünün talepte bulunmasına bağlanmış olması, Matuzalem'in söz konusu kulübün keyfi uygulamasına maruz bırakıldığı anlamına gelmektedir.

- Matuzalem'in dünya genelinde ve süre sınırlaması olmaksızın futbola ilişkin tüm mesleki faaliyetlerden men edilmesi, İsviçre Medeni Kanunu md. 27(2) hükmünün ihlali anlamına gelmektedir.

- İzah edilen türdeki bir disiplin yaptırımı, Matuzalem'in ekonomik özgürlüğünün tehlikeye atıldığı anlamına gelmektedir.

- FIFA'nın bu tür bir disiplin yaptırımı uygulamasını meşru kılacak üstün bir menfaati bulunmamaktadır.

- Shakhtar Kulübünün, 1958 tarihli New York Sözleşmesi hükümlerine

⁷² Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.3. Para 1.

⁷³ Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012, Reasons 4.3.5. Ayrıca bkz. Levy Roy, 2012, s. 37; ; Steingruber Andrea Marco, 2012, s. 44.

⁷⁴ Levy Roy, 2012, s. 37.

başvurmak suretiyle 29.06.2011 tarihli CAS kararının icrasını temin etmesi mümkün olduğundan, FIFA tarafından bu amaçla bir disiplin yaptırımını uygulanması zaruri değildir.

Matuzalem'in 29.06.2011 tarihli CAS kararında belirtilen meblağı Shakhtar kulübüne borçlu olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesi kararı sonrasında, Shakhtar kulübünün bu alacağını FIFA Disiplin Komitesi'nin yaptırımlarından kaynaklanan uygulama gücüne dayanarak Matuzalem'den tahsil edemeyeceği açıklık kazanmıştır. Nitekim Mahkeme kararında 1958 tarihli New York Sözleşmesine işaret edilmiş olması da bu durumun en önemli göstergesidir. New York Sözleşmesinin FIFA'nın mukim olduğu İsviçre, Shakhtar Kulübünün mukim olduğu Ukrayna ve Matuzalem'in ikamet ettiği İtalya tarafından onaylanmış olması karşısında, ilgili kulübün önündeki en önemli seçeneğin, söz konusunun milletlerarası sözleşme hükümlerine müracaat etmek olduğu görülmektedir⁷⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi kararı çerçevesinde, FIFA Disiplin Kodu md. 64(4) hükmüne ilişkin de bazı çıkarımlar yapabilmek mümkündür. Söz konusu maddenin mevcut hali FIFA'ya, yargı mercilerince verilen kararları yerine getirmeyen oyuncuları futbola ilişkin her tür faaliyetten men etme hakkı vermektedir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararında ise açıkça, bu yaptırımın kamu düzenine aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık Federal Mahkeme kararı neticesinde ortaya çıkan tablonun, "sözleşme istikrarının korunması" ve "*pacta sunt servanda*" prensibiyle bağdaştırılması da kolay değildir⁷⁶. Zira oyuncu, henüz kulübüyle sözleşme imzalama safhasında, sözleşmeyi ihlal halinin sonuçları hakkında bilgi sahibidir. Bu itibarla FIFA Disiplin Kodu'nun md. 64(4) hükmünde, FIFA'ya futbola ilişkin her tür faaliyetten men etme yaptırımını; belirli bir süre, işgal sahası veya bölgeyle sınırlı biçimde uygulama yetkisi veren bir değişiklik yapılması gerekli görülmektedir⁷⁷. Aksi ihtimalde FIFA ve hatta CAS kararlarının icra edilebilirliği bütünüyle tartışmaya açık hale gelecek ve söz konusu mercilerin kurumsal itibarı önemli ölçüde azalma riskiyle karşı karşıya kalacaktır.

Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi kararı neticesinde, mesleki faaliyetten süresiz men edilme yaptırımının her ihtimalde sporcuların kişilik

⁷⁵ Levy Roy, 2012, s. 37.

⁷⁶ Garraffa Paolo, 2012, s. 47.

⁷⁷ Levy Roy, 2012, s. 38.

haklarının ihlali sonucunu doğuracağı ve bu itibarla kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşacağı da düşünülmemelidir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi *Matuzalem* kararının gerekçesini ortaya koyarken, açıkça, belirtilen türde bir yaptırımın tatbik edilmesinde FIFA'nın veya üyelerinden birinin herhangi üstün bir menfaatinin bulunmadığını ifade etmiştir. Bir diğer ifadeyle Federal Mahkeme, somut uyuşmazlıktaki taraf menfaatlerini mukayese etmek suretiyle ilgili CAS kararının kamu düzenini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. Buna karşılık izah edilen türde üstün bir menfaatin tespit edilebildiği haller bakımından mesleki faaliyetten süresiz men edilme yaptırımının tatbik edilmesinin önünde herhangi hukuki bir engel bulunmamaktadır⁷⁸.

KAYNAKLAR

Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2016.

Çelikel Aysel/ Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınları, 14. Bası, İstanbul, Mart 2016.

De Weger Frans M., Webster, Matuzalem, De Sanctis and the Future, The International Sports Law Journal, pp. 42-56, 2011/3-4.

Doğan Vahit, İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, Şubat 2016.

Erten Rifat, Milletlerarası Özel Hukukta Spor, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

Ekşi Nuray, Spor Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, Ekim 2015.

⁷⁸ Levy Roy, 2012, s. 38.

Garraffa Paolo, The “Matuzalem-Affaire”: Ending of the Sporting Justice? *International Sports Law Journal*, pp. 44- 48, 2012/3-4.

Juan de Dios Crespo Pérez, Andrew Webster CAS Award Commentary, *The International Sports Law Journal*, pp. 166-170, 2010/3-4.

Levy Roy, Swiss Federal Tribunal Overrules CAS Award in a Landmark Decision: FIFA vs Matuzalem, *International Sports Law Journal*, pp. 35-38, 2012/3-4.

McArdle David, *Dispute Resolution in Sport Athletes, Law and Arbitration*, Routledge Taylor and Francis Group, London and New York, 2015.

Nomer Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınları, 21. Bası, İstanbul, Şubat 2015.

Smith Andrew/ Chambers Matrix, Calculating Compensation for Contract Breaches, *Player Contracts Conference 2011*, pp.1-28, 6 July 2011.

Steingruber Andrea Marco, De Facto Unlimited Prohibition to Work as a Football Player as a Violation of Public Policy, *International Sports Law Journal*, pp. 39-44, 2012/3-4.

Şanlı Cemal, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, 4. Bası, İstanbul, 2015.

Tekinalp Gülören, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Vedat Kitapçılık, 12. Bası, İstanbul, 2016.

Topaloğlu Mustafa, Tahkimde Kamu Düzenin Etkisi Effects of Public Policy on Arbitration, *International Conference on Eurasian Economies*, 2013

Withagen Matthijs/ Whyte Adam, De Sanctis and the Article 17: The Last of the Saga?, *The International Sports Law Journal*, pp. 38-42, 2011/3-4.

CAS (The Court of Arbitration for Sport- Spor Tahkim Mahkemesi). <http://www.tas-cas.org/en/general-information/addresses-and-contacts.html>.

CAS 2008/A/1519-1520, *Shakhtar v/ Matuzalem v/ Zaragoza*, Award of 19 May 2009. <http://arbitration.kiev.ua/uploads/kucher/1519;%201520.pdf>

FIFA (The Fédération Internationale de Football Association). <http://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/index.html>

FIFA Oyuncu Statü ve Transfer Tüzükleri (Regulations on the Status

and Transfer of Players), (2016 Baskısı)

http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/02/70/95/52/regulationsonthestatusandtransferofplayersjune2016_e_neutral.pdf

FIFA Statüsü (FIFA Statutes).

http://www.fifa.com/mm/Document/AFFederation/Generic/02/58/14/48/2015FIFASTatutesEN_Neutral.pdf

FIFA Disiplin Kodu (FIFA Disciplinary Code).

<http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/administration/50/02/75/discoinhalte.pdf>

İsviçre Medeni Kanunu (Swiss Civil Code of 10 December 1907 Status as of 1 July 2014) <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 as amended until 1st July 2014) http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf

İsviçre Federal Mahkemesinin Matuzalem Kararı (Judgment of the Swiss Federal Tribunal 4A_558/2011 of March 27, 2012).

<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202012%204A%20558%202011.pdf>

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi <http://tahkim.barobirlik.org.tr/dokuman/newyorksozlesmesi.pdf>

YAN SINIRLAMA KAVRAMI, TARİHİ GELİŞİMİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI*

Ahmet Baybars ÖZŞAHİN**

ÖZET

Ülkemiz rekabet hukuku mehz AB rekabet hukukuna göre gelişim göstermektedir. Buna göre, rekabeti bozucu anlaşmalar yasaklanmıştır; ancak yan sınırlamalar rekabeti sınırlamakla beraber hukuka uygun kabul edilmiştir. Yan sınırlamaların, bir birleşme ve devralma işlemine doğrudan bağlı ve bu işlemin yapılması için gerekli olması bunun yanında da makul düzeyde sınırlama getirmesi gerekmektedir. Rekabet Kurulu, yan sınırlamalara ilişkin talep halinde bu üç unsur üzerinden dikkatli bir değerlendirme yapmalıdır. Ülkemizde yan sınırlamalar hakkında teoride yazılmış kapsamlı yeterince eser bulunmamaktadır. Bu çalışmada yan sınırlamaların çıkışı, gelişimi, tanımı ve unsurları üzerinde teorik ve detaylı bir inceleme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Rekabet hukuku, birleşme ve devralmalar, yan sınırlamalar, teşebbüslerarası anlaşmalar.

DEFINITION, HISTORICAL IMPROVEMENT, LEGAL CHARACTERISTIC AND COMPONENTS OF ANCILLARY RESTRAINT

ABSTRACT

Our country competition law is improving by EU competition law. Competition restricting agreements are prohibited but ancillary restraints are accepted legal even it is one of competition restricting agreements. Ancillary restraints must be directly related with a merger and acquisition act, necessary for complete this act and must contain reasonable restrictions. Competition Authority must carefully assess restrictions over this three components in case of request. There are not sufficient and comprehensive written work about ancillary restraints in our country. So in this study detailed examination have been made about exist, improvement, definition and components of ancillary restraints.

Keywords: Competition law, mergers and acquisitions, ancillary restraints, agreements between enterprises.

* Bu makale, yazarın “Birleşme ve Devralmalarda Yan Sınırlamalar” isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 22.08.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05.10.2016

GİRİŞ

Birleşme ve devralmalar ise Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m. 7’de düzenlenmektedir. Buna göre, Rekabet Kurulu birleşme ve devralmalara izin vermeye yetkili kılınmıştır. Kurul birleşme ve devralmalara ilişkin denetimi sırasında yan sınırlamalarla da karşılaşmaktadır. Yan sınırlamalar, teşebbüslerarası birleşme ve devralma işlemlerinin gerçekleştirilmesi ile doğrudan ilgili, gerekli ve makul nitelikteki anlaşmalar olarak ifade edilebilir. İşte teşebbüslerarası birleşme ve devralmalar için önem taşıyan yan sınırlamalar, ülkemiz rekabet hukuku kapsamında henüz yeterli bir düzenlemeye kavuşturulamamıştır. Nitekim uygulama ile beraber gelişim göstermektedir. Mevza AB rekabet hukuku ise yan sınırlamalar konusunda gerekli tecrübe ve düzenlemeye sahip olup bu çalışma açısından da kaynak olma özelliğini taşımaktadır. Bu çalışmada, mevza AB rekabet hukukuna da gerekli ölçüde değinmek suretiyle; yan sınırlama kavramı, ortaya çıkışı, hukuki niteliği ve unsurları ele alınacaktır. Bununla beraber Rekabet Kurulu kararlarına da konunun daha iyi anlaşılmasına ve uygulamanın nasıl olduğuna dair yardımcı olacağı düşüncesiyle yer verilecektir.

1. KAVRAM

1.1. Terim

AB doktrininde yan sınırlamalar çoğunlukla, “ancillary restraints” olarak ifade edilmektedir¹. Zira Amerikan hukukunda ortaya çıkan bir kavram olarak, AB hukukuna sonradan dahil olmuştur. Nitekim, AB Komisyonu da önüne gelen davalarda “ancillary restraints” kavramına yer vermektedir. Ancak Komisyon’un ilgili 2005 tarihli Duyurusu’nda, “restrictions directly related and necessary to concentrations” (yoğunlaşmaların uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar) ifadesi yan sınırlamaları ifade etmek için kullanılmaktadır². Yan sınırlama kavramı ne RKHK ne de 2010/4 sayılı Tebliğ ile ayrıntılı olarak düzenlenmektedir.

Rekabet Kurulu’ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ’in 13’üncü maddesinin 5. fıkrasında da “işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar” ibaresinin yan sınırlamalar için kullanıldığı görülmektedir. Ancak Rekabet Kurulu’nun 2010/4

¹ DÍAZ, F. Enrique Gonzalez, , “Some Reflections On The Notion Of Ancillary Restraints Under EC Competition Law”, Fordham International Law Journal, Vol: 19, Issue: 3, 1995, Article 8, s. 951-998, s. 951 vd.

² Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, 2005/C 56/03. URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:056:0024:0031:EN:PDF> Son Erişim Tarihi: 10. 09. 2015.

sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla çıkardığı Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz aksi bir tutumu yansıtmaktadır. Nitekim Kılavuz'un 4. başlığında ve içeriğinde, Kılavuz'un da isminde yer aldığı üzere yan sınırlamalar ifadesine yer verilerek benimsendiği görülmektedir. Yine Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlarda da yan sınırlamalar terimini tercih ettiği görülmektedir³. Nihayet Türk doktrininde de kavramsal olarak yoğunlaşmaların uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar yerine yan sınırlamalar teriminin tercih edildiği görülmektedir⁴.

Yan sınırlamalar, birer yan edim yükümlülüğü niteliğinde olduklarından⁵ ve sınırlayıcı nitelikte bulduklarından⁶ terim olarak doğru bir tercih olarak kabul edilebilir⁷. Yine bu kullanım, terimsel olarak yan sınırlamaların çıkışı olan Amerikan içtihat hukukunda, ileride değineceğimiz üzere hukuka aykırı olan asli sınırlamaların karşıtı olan hukuka uygun sınırlamaları ifade etmekte de kullanıldığından tercih edilebilir. Terimi daha detaylı ve lafzi yönüyle incelediğimizde sınırlama kelimesini niteleyen “yan” sıfatının doğrudan ilgili olma unsurunun karşılığı olduğunu söylemek mümkündür⁸. Bu açıdan 2010/4 sayılı Tebliğ'de de bu ifadenin kullanılması kanaatimizce uygun olmuştur. Ne var ki Rekabet Kurumu, Kılavuz'da “yan sınırlamalar” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Bu çalışmada doktrinin de daha aşına olması nedeniyle “yan sınırlamalar” teriminin kullanılması yoluna gidilmiştir.

1.2. Tanım

Yan sınırlamalar, rekabet hukuku içerisinde yer alan teknik bir terim olup konunun daha iyi anlaşılması için yapılan çeşitli tanımlara ilgili çalışmada yer verilecektir.

³ 26.3.2014 Tarih 14-12/221-97 Sayılı, 26.12.2013 Tarih 13-72/993-424 Sayılı, 5.12.2013 Tarih 13-69/932-393 Sayılı, 19.3.2013 Tarih 13-15/225-110 Sayılı, 06.06.2012 Tarih 12-30/875-259 Sayılı Kurul kararı.

⁴ ASLAN, s. 233, ERDEM, (2003), s. 91. , GÜVEN, (2009), s. 437.

⁵ ERDEM, (2004), s. 118.

⁶ GÜLERGÜN, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Ankara, 2003, s. 9.

⁷ GÜVEN, kitabında “zorunlu yan sınırlamalar” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. GÜVEN, (2009), s. 437.

⁸ Bununla beraber gerekli olma unsuru ise yan sınırlamalar kavramı içerisinde doğrudan ilgili olma unsurunun aksine bir karşılık bulamamaktadır. Dolayısıyla Avrupa Komisyonu'nun Duyuru'da belirttiği gibi “doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamalar” ifadesi bu yönden daha isabetli görülebilecektir.

ERDEM'e göre; yan sınırlamalar, “birleşme veya devralmaya ilişkin işleme eklenen ve bu işlemin tam olarak gerçekleştirilmesi için gerekli olan makul, objektif ve belli bir süre ile sınırlı rekabet kısıtlamalarıdır⁹.” Bu tanım yan sınırlamaların unsurlarını daha net ortaya koyan bir tanımdır.

GÜLERGÜN'e göre; yan sınırlamalar, “rekabet hukuku uygulamalarında genel olarak temel bir düzenlemenin yanında getirilen ve bu düzenlemeyle birlikte bir anlam ifade eden ek hükümlerdir¹⁰.” *GÜLERGÜN*, bu tanımda daha çok yan sınırlamanın, ikinci nitelikte yan edim yükümlülüğü olma özelliğine vurgu yapmaktadır. Yan sınırlamaların gereklilik yönüne değinilmediği için tanımın eksik olduğu ileri sürülebilir.

ŞAHİN'e göre ise yan sınırlamalar, “yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan ekonomik faydanın tam manasıyla gerçekleşebilmesi için ana işleme eklenen ve doğası gereği meşru kabul edilebilen rekabeti kısıtlayıcı hükümlerdir¹¹.” *ŞAHİN*, tanımda yer alan, “yoğunlaşma işlemlerinde amaçlanan faydanın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için” ifadesinin yan sınırlamanın unsurlarını yani doğrudan ilgili olma ve gereklilik yönlerini belirttiğini açıklamaktadır.

Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'un 48. paragrafında ise, yan sınırlamalar, “yoğunlaşma işlemi ile doğrudan ilgili ve işlemin uygulanabilmesi ve yoğunlaşmadan beklenen etkinliklerin tam olarak sağlanabilmesi için gerekli olan sınırlamalardır” şeklinde ifade edilmektedir.

Rekabet Kurulu ise incelediği bir olayda yan sınırlamaları, “yoğunlaşmayı meydana getiren sözleşmenin ana amacının yanında sözleşmenin hukuki getirilerinden yararlanılmasına yönelik düzenlemeler olarak” tanımlamıştır¹². Ancak bu tanım yan sınırlamaları ifade etmekten uzaktır. Zira yan sınırlamaya ilişkin aşağıda belirteceğimiz unsurlara ilişkin eksiklikleri barındırmaktadır.

Danıştay, 13. Dairesi, E.2007/13885, K. 2010/7567, 05. 11. 2010 tarihli kararında yan sınırlamaları, “bir anlaşmanın taraflarına getirilen ve anlaşmanın özünü oluşturmamakla birlikte, anlaşma ile ulaşılmak istenen hedeflerin tutturulması için gerekli ve bu hedeflerle doğrudan ilgili olan

⁹ Bu tanımda, birleşme ve devralma işlemine eklenen ifadesi, yan sınırlamaların doğrudan ilgili olma unsuruna işaret etmektedir. bkz. *ERDEM*,(2004), s. 119, 120.

¹⁰ *GÜLERGÜN*, (2003), s. 3.

¹¹ *ŞAHİN*, Ali Hamza, Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 77.

¹² 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

kısıtlamalar” olarak tanımlanmaktadır¹³. Bu tanımda, yan sınırlamaların; yan edim yükümlülüğü niteliğine, taraflar açısından kısıtlayıcı olmasına, doğrudan ilgililik ve gerekli olma unsurlarına yer verilmektedir. Ne var ki, yan sınırlamaların makul olma unsuruna değinilmediği görülmektedir. Ayrıca yan sınırlamaların, bir birleşme veya devralma işlemi ile varlık kazanabileceği hakkında bir bilgi de yer almamaktadır. Ancak kararın diğer kısımlarında bu eksiklerin tamamlandığını da belirtmek gerekir.

2. TARİHÇE VE GÜNÜMÜZ DÜZENLEMELERİ

Yan sınırlamaların ortaya çıkışı İngiltere ve Amerika içtihat hukukuna dayanmaktadır¹⁴. 1890 öncesi dönemde, sınırlamalar ikiye ayrılmaktaydı. Birincisi, asli sınırlamalar ki¹⁵ bunlar meşru yoğunlaşma işlemlerine yardımcı olmayan anlaşmalar olup hukuka aykırı nitelikte kabul edilmekteydi. İkincisi ise, yan sınırlamalar olarak belirtilebilen meşru yoğunlaşmalara bağlı ve makul olan anlaşmalardır ki bunlar diğerinin aksine hukuka uygun nitelikte kabul edilmekteydi¹⁶.

Yoğunlaşmaların denetimi ilk olarak Amerika’da 1890 tarihli Sherman Yasası ile yazılı olarak düzenlemeye kavuşturulmuştur. Sherman Yasası, içtihat hukukunun yazılı hale getirilmesi amacını da taşımaktaydı¹⁷. Ancak Sherman Yasası ile yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme getirilmemişti. Bununla birlikte, her sınırlamanın yasaklanmasının da doğru olmayacağı mahkemeler tarafından öngörülmekteydi¹⁸. Ticareti sınırlayan ve Sherman Yasası tarafından yasaklanan anlaşmalar, asli sınırlamalar olarak kabul edilmekteydi. Zira burada “ticaretin sınırlanması” ifadesiyle asli sınırlamaların

¹³ URL: <http://www.kazanci.com/> Son Erişim Tarihi: 27. 05. 2016.

¹⁴ JEBELLI, Kayvan Hazemi, “EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach To Article 101(1)”, June, 2010, URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318, Son Erişim Tarihi: 14.06.2016, s. 1.

¹⁵ Amerikan hukukunda, bu terim “naked restraints” olarak ifade edilmektedir. HARRISON, Jeffrey L., Price Fixing, The Professions and Ancillary Restraints: Coping With Maricopa County, 1982 U. Ill. L. Rev. 925, 1982, 925-949, s. 932. Asli sınırlamalar olarak nitelendirilen bu anlaşmalar, RKHK m. 4 ile de Türk hukukunda hukuka aykırı kabul edilmekte ve düzenlenmektedir.

¹⁶ ROBERTS, R. Gary, “Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints”, Southern California Law Review, Vol: 61, Number: 4, 1988, s. 988-1016, s. 992.

¹⁷ ROBERTS, (1988), s. 995.

¹⁸ Zira Sherman Yasası’na göre, lafzi yorum yapıldığında her tür anlaşmanın yasak olacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktaydı. JEBELLI, (2010), s. 3.

kastedildiği anlaşılmaktaydı¹⁹. Yan sınırlamalar ise Sherman Yasası'nın yasakladığı anlaşmalar kapsamında görülmüyordu²⁰. Buna ilişkin olarak, Sherman Yasası'nın birinci kısmındaki düzenleme tartışma oluşturmaktaydı. Bu kısımda geçen “ticareti kısıtlayan... anlaşmalar” (restraint of trade) ibaresi katı bir şekilde düşünüldüğünde yan sınırlamaların da yasaklanması anlamına gelmekteydi. Ancak Sherman Yasası'nın bu hükmünün katı şekilde uygulanması konusunda mahkemeler istekli değillerdi²¹. Zira aksi takdirde yan sınırlamaların yasaklanması sonucu ortaya çıkacak ve bu sebeple bu tür sınırlamaların rekabete olan olası olumlu etkileri de göz ardı edilmiş olacaktı.

Yan sınırlama için önemli kabul edilen ilk görüş ise, Amerikan Federal Mahkemesi'nin, 1899 tarihli *Addyston Pipe & Steel Co.*²² davasında, yargıç TAFT tarafından ileri sürülmüştür²³. Yargıç TAFT'a göre, “ticarete ilişkin hiçbir alışlagelmiş sınırlama uygulanamaz velev ki; anlaşma, yalnızca meşru sözleşmenin ana amacına bağlı yan nitelikte ve sözleşmenin meşru semerelerinden tam faydalanılmasına veya karşı tarafın bu semereleri haksız kullanmasında taahhütte bulunulan tarafı korumaya yönelik olsun”. TAFT'ın yan sınırlamalara ilişkin bu görüşü gerçekten günümüz anlayışına da bir temel oluşturmaktadır.

Ülkemiz açısından mehz olan AB hukukuna dönülecek olursa, yan sınırlama kavramı, Amerikan hukukuna göre daha yeni tarihlerde ortaya çıkmıştır. Zira Avrupa Birliği'nin kurulma amaçlarından birisi de ortak bir pazar kurulması idi. Bunun sonucunda da tüm pazarda uygulanması gereken rekabet düzenlemelerine ihtiyaç duyulmaktaydı. Bu amaçla 1958 tarihinde Roma Antlaşması yürürlüğe girmiştir. Roma Antlaşması rekabetin korunmasına ilişkin düzenlemelere yer vermekle beraber yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme yoluna gitmemiştir.²⁴ ABİDA 101'nci maddesine göre, iç pazarı kısıtlayıcı etkisi veya amacı bulunan teşebbüslerarası anlaşmalar iç pazarla bağdaşmaz kabul edilerek yasaklanmıştır. Sherman Yasası gibi Roma Antlaşması da yan sınırlamalara ilişkin bir düzenleme getirmemiştir.

¹⁹ ROBERTS, (1988), s. 996.

²⁰ ROBERTS, (1988), s. 996, JEBELLI, (2010), s. 3.

²¹ JEBELLI, (2010), s. 3.

²² *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, [175 U.S.](#) 211 (1899).

²³ DIAZ, (1995), s. 953.

²⁴ Bugün yürürlükte bulunmayan Roma Antlaşması yerini 2009 yılında kabul edilen Lizbon Antlaşması, başka bir deyişle Avrupa Birliği'nin Kuruluşuna Dair Antlaşma (ABİDA)'ya bırakmıştır.

Roma Anlaşması'nın yetersizliği nedeniyle, 1989'da Teşebbüslerarası Yoğunlaşmaların Denetlenmesi Hakkında 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü yayınlanmıştır²⁵. Tüzük ile beraber yan sınırlamalara ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Tüzüğün 8. maddesinde, yoğunlaşmaların uygun olduğuna dair kararın, yoğunlaşmanın uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları da kapsayacağını düzenlenmekteydi. Bu düzenlemedeki yan sınırlamalara ilişkin yetersizliği gidermek üzere Komisyon tarafından 1990 tarihinde, Yan Sınırlamalar Hakkında 203/05 sayılı Duyuru yayınlanmıştır²⁶. Yürürlükteki en son duyuru ise 2005 tarihli "Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Anlaşmalar Hakkında Komisyon Tüzüğü"dür.

Ülkemiz hukukunda yan sınırlamaların gelişimine de değinmek gerekirse, 1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş, söz konusu Kanun'un 7. maddesi uyarınca 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ yayınlanmıştır²⁷. 1997/1 sayılı Tebliğ 2010 yılında yerini, 2010/4 sayılı Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme Ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'e bırakmıştır²⁸. Bu Tebliğ'in 13. maddesinde nihayet yan sınırlamalara ilişkin temel nitelikte bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemenin daha anlaşılır kılınması için, 2013'te Rekabet Kurumu tarafından Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz yayınlanmıştır.

3. YAN SINIRLAMALAR VE PER SE, RULE OF REASON İLKELERİNİN İLİŞKİSİ

3.1. Per Se ve Rule of Reason İlkeleri

Yukarıda yan sınırlamaların tarihsel gelişiminde, hangi sınırlamaların "makul" olabileceğine, hangilerinin ise "makul olamayacağı"na ve bunun sonucunda da yasaklandığına değinilmiştir. Bu düşünceden hareketle yan sınırlamalar kavramının daha sonra yerini "per se" ve "rule of reason" ilkelerine bıraktığı anlaşılmaktadır. Per se ilkesi, görülen bir davada, hukuka aykırılık yönünden bir araştırma yapmayı gerektirmezken, rule of reason

²⁵ ERDEM, Ercüment, "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda (Yoğunlaşma) Yan Sınırlamalar", Perşembe Konferansları, Ankara, 2004, s. 115-156, (Konferans), s. 133. 4064/89 sayılı Konsey Tüzüğü yerini 139/2004 sayılı Konsey Tüzüğü'ne (**Regulation on the control of concentrations between undertakings**) bırakmıştır.

²⁶ ERDEM, (2004), s. 136.

²⁷ 12.08.1997 Tarihli 23078 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

²⁸ 07. 10. 2010 Tarihli 27722 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

ilkesi rekabete yararlı ve zararlı yönlerin ayrıntılı olarak iktisadi analizinin yapılmasını öngörmektedir²⁹. Per se inceleme dolayısıyla detaylı bir inceleme gerektirmemektedir. Bu sebeple rule of reason ilkesi gereğince görülen bir dava, daha masraflı ve daha uzun sürebilmektedir³⁰. Diğer taraftan per se ilkesi gereğince yasaklama ise kimi zaman rekabete yararlı davranışların da engellenmesine neden olabilir³¹. Görüleceği üzere Per se ve rule of reason ilkeleri³² zıt niteliktedirler. Gerçekten de bu ilkeler yan sınırlamaların ortaya çıkışında önemli bir rol oynamıştır.

Bu ilkeler esasen Amerikan rekabet hukukunda uygulama ile belirlilik kazanmıştır. Nitekim, Sherman Yasası'nın, ticareti sınırlayıcı anlaşmaların yasaklandığı birinci kısmının uygulanması hakkında mahkemelerin izlediği tutum burada önem taşımaktadır. Zira, Sherman Yasası'nın birinci kısmına ilişkin iki yaklaşım karşımıza çıkmaktadır³³. Buna göre; per se uygulamayı savunanlar, lafzi yorum yoluyla ticareti kısıtlayan anlaşmaların analiz edilmeksizin hukuka aykırı olmasını ileri sürmekteydiler. Karşı görüşte olan veya rule of reason ilkesini benimseyenler ise anlaşmaların makul olup olmadığının analiz edildikten sonra hukuka aykırı veya uygun kabul edilmesini öngörmekteydi. Dolayısıyla bu iki ilke birbiriyle çekişme içerisinde süregelmişlerdir³⁴. Bununla beraber ilerleyen zamanla beraber rule of reason ilkesi uygulamada ve halen günümüzde de kabul görmektedir³⁵.

3.2. Yan Sınırlamalarda Per Se ve Rule Of Reason ilkeleri

Federal Mahkeme önceleri, Sherman Yasası'nın 1. maddesini, rekabeti azaltıcı veya rekabeti azaltıcı eğilimi olan tüm anlaşmaları yasaklayıcı olarak yorumlamaktaydı³⁶. 1960'larda Mahkeme, yan sınırlamaları rule of reason

²⁹ ATA, Çağlar Deniz, Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara olumlu Yaklaşım: Rule Of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Ankara, 2009, s. 26, ATEŞ, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013, s. 92.

³⁰ YAVUZ, Şahin, Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: "Per Se" Veya "Rule Of Reason", Ankara, 2003, s. 2 vd.

³¹ CALVANI, Terry, Some Thoughts On The Rule Of Reason, European Competition Law Review, 2001, s. 201-207, s. 201.

³² Bu terimler hakkında detaylı bilgi için bkz. ATEŞ, (2013), s. 91, 92.

³³ RODGER, Barry J, MACCULLOCH, Angus, Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom, Second Edition, 2001, s. 178.

³⁴ ATEŞ, (2013), s. 92.

³⁵ ATA, (2009), s. 26.

³⁶ CLAIRE, Trunzo, "Ancillary Restraints in a Competitive Global Economy: Does the Possibility Exist for an Ancillary Restriction to Be Reasonable in Light of Section 1 of the Sherman Act", Duquesne Law Review, Vol: 29, s. 292.

ilkesine göre değerlendirerek izin vermektedir. Ancak Federal Mahkeme, bunun masraflı ve iş yükünü artırıcı olması gibi nedenlerle per se olarak hukuka aykırı olduğu yönünde kararlar vermeye başladı³⁷. Ancak 1979'da rule of reason ilkesini yeniden benimsemeye başladı³⁸.

Amerikan hukukunda, fiyat sabitlemeye ilişkin değerlendirmeler de yan sınırlamalarla ilgilidir. Mahkemeler, fiyat sabitleme üzerine yapılan anlaşmaları ikiye ayırmaktaydı. Şayet anlaşma rekabete yararlı bir amacı bulunmamakta ve bir birleşme ve devralma işlemine yardımcı nitelikte değilse mahkeme bu tür anlaşmaları kartel olarak kabul ederek per se hukuka aykırı görüyordu³⁹. Aksi halde rule of reason ilkesi gereğince değerlendirip yan sınırlama olarak kabul edebiliyordu.

Avrupa Birliği ise yan sınırlamalarda, per se ve rule of reason ilkelerini değil, içtihat hukuku içerisinde yıllar öncesinden gelişerek gelen analizleri uygulamaktadır⁴⁰. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere bir sınırlamanın yan sınırlama olarak nitelendirilmesinde yan sınırlamanın unsurlarının incelenmesi yöntemi, bugün itibarıyla AB'de ve dolayısıyla da Türkiye'de kabul edilen yöntemdir. Ancak AB ve Türkiye'de esas alınan bu yöntemin de temelinde bir rule of reason incelemesi olduğu söylenebilir.

4. YAN SINIRLAMALARIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yan sınırlamalar, birleşme ve devralma işleminin tarafları arasında irade serbestisi gereğince yapılan sınırlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yan sınırlamalar tarafların karşılıklı iradelerini açıklamalarıyla kurulmalarından dolayı, TBK m. 1 gereğince sözleşme niteliğindedir. Yan sınırlamaların birer sözleşme olması borçlar hukuku kapsamında da bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Nitekim sözleşmeler hakkında getirilen genel hükümler yan sınırlamalara ilişkin de önem taşımaktadır.

Her borç ilişkisinde tarafların karşılıklı veya tek taraflı edim yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. Edimleri, taşıdıkları öneme göre asli ve yan edim yükümlülüğü olarak ikiye ayırmak mümkündür. Asli edim yükümlülüğü,

³⁷ LOUIS, Martin, B., "Restraints Ancillary To Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?", *Virginia Law Review*, Vol. 66, No: 5, 1980, s. 243.

³⁸ LOUIS, (1980), s. 243.

³⁹ SCOTT, Paul, "Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints", URL: <http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/1999/9.html>, Son Erişim Tarihi: 15.08.2016.

⁴⁰ JEBELLİ, s. 32.

borç ilişkisinde yer alan asıl borcu⁴¹ ifade etmektedir ki birleşme ve devralma işlemi açısından asıl borç, teşebbüslerin birleşme veya devir yükümlülükleri olarak görülmektedir. Yan edim yükümlülükleri ise hukuki ilişkiye ismini veren asıl borcun yanında tarafların öngörerek kararlaştırdıkları ikincil nitelikte daha az öneme sahip yükümlülüklerdir. Yan edim yükümlülükleri, asli ifanın amaçladığı yararın gerçekleşmesine de yardımcı niteliktedir⁴². Yan sınırlamalar, asli yükümlerin yani birleşme ve devralma işlemleri yanında asli edimlerin tamamlanmasına hizmet eden yan edim yükümleridir⁴³.

Ayrıca yan edim yükümlülükleri asıl edimin ifasına yardımcı, asıl edimi teminat altına alan veya asıl edimi genişletici nitelikte de olabilirler⁴⁴. Özellikle asıl edimin ifasına yardımcı olan yan edim yükümlülükleri, aşağıda inceleneceği üzere yan sınırlamalarda aranan gereklilik unsuruyla da bağdaşmaktadır. Zira birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi için sınırlamanın gerekli olması yan sınırlamaların bir şartıdır.

Yan edim yükümlülükleri de kanundan, sözleşmeden ve dürüstlük kuralından kaynaklanmaları sebebiyle kendi içerisinde üç sınıfa ayrılabilir⁴⁵. Kanundan doğan yan edim yükümlülüklerine TBK m. 211 örnek gösterilebilir. Buna göre; aksine sözleşme veya âdet bulunmaması halinde, ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ve satılanın ifa yerinden başka yere taşınması gerektiğinde, taşıma giderleri alıcıya aittir. Görüldüğü üzere sözleşmenin asli unsurlarını oluşturmadığı halde bu yan edim yükümlülükleri kanunda hükme bağlanmaktadır. Konumuz açısından birleşme ve devralmalarda ortaya çıkan yan sınırlamalar, sözleşmeden kaynaklanarak ortaya çıkan yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebilirler. Nitekim aşağıda incelenen ve ülkemiz rekabet hukuku uygulamasında da en çok görülen yan sınırlama türlerinden rekabet yasağı sözleşmesi⁴⁶ bunun en belirgin örneğidir.

⁴¹ EREN, (2015), s. 32.

⁴² ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012, s. 12.

⁴³ ERDEM, (2004), s. 118.

⁴⁴ ANTALYA, (2012), s. 12.

⁴⁵ EREN, (2015), s. 34. Yan edim yükümlülüğünü, dürüstlük kuralından doğan ve ayrıca dava edilemeyen yan yükümlülüklerle karıştırmamak gerekir. Yan yükümlülükler borçlunun aykırı davranışı yalnızca tazminat davası açma hakkını verirken, yan edim yükümlülüğünün ifa edilmemesinde ifa davasının söz konusu olduğu görülmektedir. EREN, (2015), s. 37.

⁴⁶ GÜVEN, (2002), s. 223.

Yan edim yükümlülüklerinin önem taşıyan bir özelliği de bunların ayrıca dava edilebilmesidir⁴⁷. Yan edim yükümlülükleri, ifa edilmedikleri takdirde TBK m. 112 ve m. 125 hükümlerince dava olunabilirler⁴⁸. Bu yönüyle doğruluk ve güvenden kaynaklanan yan yükümlülüklerden ayrılmaktadır, zira yan yükümlülükler ayrı bir dava ile talep edilemezler⁴⁹. Yan yükümlülükler, asli edim yükümlülüğünden bağımsız olmayıp borçlunun buna aykırı davranışında alacaklıya sadece tazmin talep etme hakkı tanımaktadır⁵⁰.

Borçlar hukukuna göre, taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde serbestçe belirleyebilirler⁵¹. Yan sınırlamaların bu hükme dayanılarak öngörüldüğü söylenebilir. Zira yan sınırlamalar yukarıda açıkladığımız üzere yan edim yükümlülükleridir. Yani TBK m. 2’de düzenlenen sözleşmenin ikinci derece noktalarındandır. Dolayısıyla yan sınırlamalara ilişkin kurallar, sözleşmenin içeriği olarak serbestçe belirlenebilmelidir. Bununla beraber BK m. 27 ile bu serbestliğe bir sınır getirilmektedir ki yan sınırlamalar açısından da bağlayıcı olmaktadır. Buna göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Yan sınırlamalar ise bu sınırlamalardan uzaktır. Dolayısıyla bu maddede belirtilen hükümsüzlük yaptırımını yan sınırlamalar açısından söz konusu olmayacaktır. Ancak yan sınırlama niteliğini taşımayan başka sınırlamalar veya aşkın kısımlar Rekabet Kanunu’nun m. 4, m. 6’de düzenlenen emredici hükümleri ile yasaklanmaktadır. Bu yasaklanan sınırlamalar, ileride inceleyeceğimiz üzere yan sınırlama niteliği taşımamaktadırlar.

Aynı yönde Rekabet Kurulu bir kararında, “...söz konusu anlaşmaların her biri devralma işleminin bir parçasıdır. Bu noktada, devralma işleminin aslı unsurunun Varlık Alım Anlaşması olduğu, buna karşılık birtakım sınırlayıcı hükümlerin yer aldığı diğer anlaşmaların ise bu Varlık Alım Anlaşması’na bağlı olan... birer yan sınırlama olduğu kanaatine varılmıştır⁵²” ifadeleriyle yan sınırlamanın yan edim yükümlülüğü niteliğinde olması gerektiğine yer

⁴⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. BASKI, Ankara, 2007, s. 20.

⁴⁸ EREN, (2015), s 34.

⁴⁹ KILIÇOĞLU, (2007), s. 21.

⁵⁰ EREN, (2014), s. 37.

⁵¹ Tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilme iradelerine, irade serbestisi denilmesi hakkında bkz. OĞUZMAN, Kemal; ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 8, İstanbul, 2010, s. 19.

⁵² 12.01.2011 tarihli 11-03/36-9 sayılı Kurul kararı.

vermiştir. Yine diğer bir kararda yer verilen“...söz konusu sınırlamaların işlemin gerçekleştirilmesine yardımcı unsur olarak düzenlenmiş olması gerekmektedir⁵³” ifadesi yan sınırlamaların yan edim yükümlülüğü niteliğini ortaya koymaktadır. İlgili Kurul Kararı’nda görüldüğü üzere yan edim yükümlülüğü niteliğinin taşınması aynı zamanda doğrudan ilgili olma, gerekli olma, makul olma gibi yan sınırlamanın unsurlarından biri olarak ele alınmaktadır.

Rekabet hukuku kapsamında ele alındığında ise yan sınırlamalar, aslında birer anlaşma niteliği taşımaktadır. RKHK m. 4’e göre, “belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar... hukuka aykırı ve yasaktır.” RKHK m. 4 ‘te anlaşmalara ilişkin düzenleme bulunmakla beraber anlaşmanın tanımı yer almamaktadır. Bununla beraber, madde gerekçesinde anlaşma, medeni hukukun geçerlilik koşullarına uymasa bile tarafların kendilerini bağlı hissettikleri her türlü uzlaşma ya da uyuşma olarak ifade edilmiştir. Yazılı veya sözlü şekilde teşebbüsler arası anlaşmaların yapılabileceği belirtilmiştir. Bu anlamda bir anlaşmadan bahsedilmesi için tarafların kendilerini bağlı kabul etmeleri yeterli olacaktır⁵⁴. Zira anlaşmalar, rekabet hukuku anlamında çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Sözleşmelerin borçlar hukuku anlamında, hukuki bir sonuca yönelmeleri aranırken, rekabet hukuku kapsamında anlaşmaların hukuki bir sonuca yönelmeleri veya hukuken geçerli olmaları da gerekli değildir⁵⁵. Anlaşmalar dolayısıyla sözleşmeleri de kapsayıcı nitelikte olup yan sınırlamalar da birer anlaşma olarak görülebilecektir.

Anlaşmalar, kendi içerisinde ise rekabet hukuku kapsamında yatay anlaşmalar, dikey anlaşmalar ve karma anlaşmalar olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulabilir⁵⁶. Üretim zincirinin aynı seviyesinde bulunan teşebbüslerin aralarında yapmış oldukları anlaşmalar yatay anlaşmalardır⁵⁷. Yatay anlaşmalar rakip teşebbüslerin aralarında yaptıkları anlaşmalar olup rekabete olumsuz etkileri daha çok bulunmaktadır⁵⁸. Yatay anlaşmalar, yatay birleşme ve devralmalara

⁵³ 8.7.2010 tarihli 10-49/895-295 sayılı Kurul kararı.

⁵⁴ ASLAN, (2014), s. 50, GÜVEN, (2009), s. 72, BADUR, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar, Ankara, 2001, s. 58.

⁵⁵ GÜVEN, (2009), s. 71, 72.

⁵⁶ GÜVEN, (2009), s. 74 vd.

⁵⁷ ASLAN, (2014), s. 85. BADUR, (2001), s. 61.

⁵⁸ ASLAN, (2014), s. 85.

bu yönüyle de benzemektedir⁵⁹. Dikey anlaşmalar ise, 2002/2 sayılı, 2003/3 ve 2007/2 sayılı Rekabet Kurulu Tebliği ile Değişik Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m. 2’de, üretim veya dağıtım zincirinin farklı seviyelerinde faaliyet gösteren iki ya da daha fazla teşebbüs arasında belirli mal veya hizmetlerin alımı, satımı veya yeniden satımı amacıyla yapılan anlaşmalar olarak tanımlanmaktadır. Dikey anlaşmaların rekabete olumsuz etkisinin yanı sıra, verimliliği artırmak, ürün kalitesini artırmak gibi olumlu etkileri de bulunabilmektedir⁶⁰. Dikey anlaşmalar, rekabete olumlu etkileri nedeniyle muafiyete tabi olabilmektedir⁶¹. Karma anlaşmalar ise, birbiriyle ilgisi olmayan dolayısıyla rekabet etkisi az olan teşebbüsler arası anlaşmaları ifade etmektedir⁶². Nihayet yan sınırlamalar da, tarafların niteliğine göre yatay, dikey veya karma anlaşma olarak kararlaştırılabileceklerdir. Örneğin, yan sınırlama olarak kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesi, bu anlamda yatay anlaşma niteliğinde olacaktır veyahut yan sınırlama olarak kararlaştırılan dağıtım sözleşmesi dikey anlaşma niteliğinde olabilecektir. Bununla beraber belirtmek gerekir ki, RKHK m. 4’te düzenlenen anlaşmalar hukuka aykırı niteliktedirler. Yan sınırlamalar ise hukuka uygun nitelikte olup ileride de değineceğimiz üzere birleşme ve devralmaya bağlı ve gerekli anlaşmalardır.

Yine yan sınırlamadan bahsedilebilmesi için her şeyden önce bir birleşme ve devralma işleminin bulunması gerekmektedir. Bu birleşme ve devralma işlemi ise Rekabet Hukuku yönüyle önem taşımaktadır. Bu durumda, kontrol değişikliğine yol açmayan grup içi işlemler gibi birleşme ve devralma sayılmayan hallerde 2020/4 sayılı Tebliğ 6. maddesi gereğince, yan sınırlamaların bulunduğu söz edilemeyecektir. Yine bunun yanı sıra, birleşme ve devralma işleminin de hukuka uygun olması gerekmektedir. RKHK m. 7’ye göre, bir ya da birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını daha da güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında herhangi bir mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yoluyla iktisap durumu hariç olmak üzere, devralması hukuka aykırı olacaktır. Bu durumda da asli noktalarda

⁵⁹ GÜVEN, (2009), s. 75.

⁶⁰ ASLAN, (2014), s. 86, GÜVEN, (2009), 76, BADUR, (2001), s. 62.

⁶¹ GÜVEN, (2009), s. 78.

⁶² GÜVEN, (2009), s. 78, 79.

eksiklik olması ikinci noktaların değerlendirilmesine engel olacaktır. Zira asli noktalar sözleşmenin kuruluş amacını teşkil etmektedir.

Yan sınırlamalar, yukarıda da işaret ettiğimiz üzere birleşme veya devralma işlemlerinin ikinci derece noktalarını oluşturmaktadırlar. Bununla beraber esaslı noktaların, yani birleşme ve devralma işleminin de hukuka uygun olması önem taşımaktadır. Aksi halde ikinci derecedeki yan sınırlamaların hukuka uygun olmasının anlamı kalmayacaktır. TBK m. 2’de bunların sözleşmenin esaslı noktaları olarak nitelendirildiği görülmektedir. İşte sözleşmenin asli edim yükümlülüklerini düzenleyen esaslı noktaların varlığı yan sınırlamaların da ön şartı olarak öngörülebilir.

Ayrıca belirtilen ciro eşiklerinin altında olmasından dolayı izne tabi olmayan birleşme ve devralma işlemlerinde de yan sınırlamalardan bahsedilebilmektedir. Ancak burada birleşme ve devralma işlemi, bir denetime tabi olmaksızın hukuka uygun kabul edilmektedir.

Birleşme ve devralmaların; yatay, dikey veya karma şekilde olabileceğini belirtmiştik. Yan sınırlamalar açısından, birleşme ve devralmanın ne şekilde olduğu bir farklılık göstermeyecektir. Yani gerek yatay birleşme ve devralma, gerek dikey birleşme ve devralma gerek de karma birleşme ve devralma işleminin bulunması yan sınırlamalara etki etmeyecektir.

5. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ TARAFLARI

Yan sınırlama anlaşmasının, yan edim yükümlülüğü olmasından dolayı, taraflar da asli edim yükümlülüğünün tarafları olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde yan sınırlamaların taraflarının anlaşılması için asli edim yükümlülüğünün taraflarının belirlenmesi gerekecektir. Yan sınırlama anlaşması bir devralma işleminden veya birleşme anlaşmasından da ortaya çıkabilmektedir. Şayet bir devralma işleminden bahsedilecek olursa, bu durumda devreden ve devralan teşebbüsler asli edim yükümlülüğünün ve dolayısıyla yan sınırlama anlaşmasının da taraflarıdır.

Edim, borçlunun yapma, yapmama veya verme şeklinde ortaya çıkan davranış biçimleri olarak tanımlanabilir. Yan sınırlama anlaşmalarında edim yükümlülükleri de tarafların arasındaki anlaşmanın niteliğine göre değişkenlik göstermektedir. Dolayısıyla yan sınırlama anlaşmasından doğan edim yükümünde de bir alacaklı ve borçlu taraf bulunmaktadır. Yan sınırlamanın borçlusunu olan taraf rekabet etmeme, tedarik gibi edim yükümlülüklerine muhatap olmaktadır. Alacaklı taraf ise yan sınırlama anlaşmasına uygun

olarak borcun yerine getirilmesini isteme hakkının sahibidir. Örneğin, taraflar arasındaki yan yükümlülük anlaşmasını rekabet yasağı oluşturması halinde borçlu taraf rekabet etmeme yani yapmama borcu altındadır.

Şayet yan sınırlama anlaşması, bir ortak girişim için kurulmuş ise, bu halde taraflar da değişmektedir. Ortak girişim ile ana teşebbüsler yan sınırlamaların tarafları haline gelmektedir ki alacaklı ve borçlu sıfatı da değişkenlik göstermektedir. Ortak girişimlerde, birleşme ve devralma işleminin tarafları, ana teşebbüs ve yavru teşebbüslerdir. Yan sınırlamalar da, bu iki taraf arasında yapılan anlaşmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yan sınırlamalarda, alacaklı ve borçlu taraf birleşme ve devralma işlemine muhatap taraflardan başkası değildir. Bu durum, ileride değineceğimiz üzere yan sınırlamaların makul olma özelliklerinden taraflar açısından makul olma niteliğinin de bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

6. YAN SINIRLAMA ANLAŞMASININ UNSURLARI

1.1. Genel Olarak

Birleşme ve devralma işleminde, tarafların anlaştığı yan edim yükümlülüklerinin yan sınırlama olarak, hukuka uygun kabul edilebilmeleri için belirli unsurları taşıması gerekir. Aksi halde rekabeti önemli ölçüde azaltması meşru ve hukuka uygun kabul edilemeyeceği gibi buna bağlı olarak yan sınırlama olarak izin verilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak bu şartların bir arada bulunması halinde yan sınırlamalardan bahsedilebilecektir.

AB rekabet hukukunda yan sınırlamalara ilişkin Komisyon tarafından çıkarılan en son 2005/C 56/03 sayılı Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu yayımlanmış bulunmaktadır. Bu Duyuru'nun Türkiye'de yer alan Tebliğ ve Kılavuz'un hazırlanmasında etkili olduğunu görmekteyiz. Zira Duyuru'da da yan sınırlamanın doğrudan ilgili olma ve gereklilik unsurlarına yer verilmektedir. Ancak makul olma unsuru yan sınırlama çeşitlerinde ayrıca ele alınmaktadır⁶³.

Rekabet Kurulu kararlarında da belirtildiği üzere, yan sınırlamaların unsurları, (i) doğrudan ilgili olma, (ii) gerekli olma ve (iii) makul olma şeklinde üç sınıf halinde belirtilebilir⁶⁴. Yan sınırlamadan bahsedebilmek için bu unsurların bir arada bulunması zorunludur. Makul olma unsurunu, Komisyon Duyurusu ve 2010/4 sayılı Tebliğ açısından gereklilik unsuru içinde kabul

⁶³ Notice par. 17 vd.

⁶⁴ GÜVEN, (2009), s. 438.

etmek de mümkündür. Ancak Kurul'un verdiği kararlarda makul unsuruna ilişkin ayrıca değerlendirme bulunması gerekmektedir. Zira makul olma unsuruna aykırı sınırlamalar taraflarca giderilebilecek niteliktedir. Bundan dolayı ilgili çalışmada, makul olma da ayrı bir unsur olarak ele alınacaktır.

Ülkemiz hukukunda bu unsurlar önceleri Rekabet Kurulu'nun verdiği kararlarda belirtilmekteydi, zira herhangi bir düzenleme ile yan sınırlamalara değinilmemişti⁶⁵. Ancak 2010/4 sayılı Tebliğ'de yan sınırlamalara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu Tebliğ'in 13'üncü maddesine göre, birleşme ve devralmalara ilişkin Rekabet Kurulu'nun verdiği izinler, işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaları, yani yan sınırlamaları da kapsayacaktır. Rekabet Kurumu'nun bu Tebliğ'in uygulanmasını açıklamak üzere çıkardığı Kılavuz'da da makul olma unsuruna ayrıca yer verildiği görülmektedir.

Rekabet Kurulu bir kararında; "Genel olarak rekabet yasaklarının yan sınırlama kavramı çerçevesinde yoğunlaşma işlemi ile birlikte değerlendirilebilmesi için, yoğunlaşma ile doğrudan ilgili olma ve gerekli olma kriterinin yanı sıra sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma ve orantılılık kriterlerini de sağlaması gerekmektedir. Bu kriterler çerçevesinde yukarıda değinilen... ilişkin hükmün değerlendirilmesi gerekmektedir"⁶⁶ ifadesine de aynı şekilde yer vermiştir. Dolayısıyla Kurul'un bu dört unsurun bulunmasını yan sınırlamalar açısından aradığı görülmektedir. Ancak biz bu çalışmada sadece taraflar açısından sınırlayıcı olma⁶⁷ unsurunu makul olma unsuru içerisinde ele alacağız. Zira taraflar açısından sınırlayıcı olmayan bir sınırlama makul değildir. Yani bu durumda, yan sınırlamanın makul olma unsurunu ihlal ettiğinden söz edilebilir. Kurul'un sadece taraflar açısından kısıtlayıcı olma şeklinde belirttiği unsurun teorik olarak bir faydası olmadığı kanısındayız.

Yan sınırlamalara ilişkin eski kararlarda ise yan sınırlamaların üç unsur üzerinden değerlendirildiğini söyleyebiliriz. Zira Rekabet Kurulu'nun kararlarında, "...rekabet yasağının, zorunlu, objektif ve makul bir yan

⁶⁵ ERDEM, (2004), s, 123.

⁶⁶ 02.05.2013 tarihli 13-25/333-151 sayılı Kurul kararı.

⁶⁷ Rekabet Kurulu taraflar açısından kısıtlayıcı olmayı, bir kararında; "yan kısıtlama olarak tanımlanacak düzenlemenin, yoğunlaşmanın tarafları olan kişi ve teşebbüslerin pazardaki hareket özgürlüklerini sınırlandırması, ancak; yoğunlaşma işleminin kaçınılmaz sonucu olmadığı müddetçe, üçüncü kişi ya da teşebbüslere ekonomik davranışlarını etkileyecek ya da bu teşebbüslerin zararına olacak herhangi bir kısıtlama içermemesi gerekmektedir" şeklinde ifade etmiştir. 2012-2-142 Tarih 13-25/333-151 Sayılı Kurul kararı. Son Erişim Tarihi: 28.09.2015.

sınırlama olduğu ” şeklinde değerlendirme yapıldığı görülmektedir⁶⁸. Ancak bu kararlarda doğrudan ilgili olma unsuruna yer verilmemesini bir eksiklik olarak belirtmek gerekir. Biz çalışmada, yan sınırlamaların doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma unsurlarından bahsedeceğiz.

1.2. Doğrudan İlgili Olma

139/2004 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 21. maddesinde ve 2005 C 56/24 sayılı Komisyon Duyurusu'nda “directly related” yani doğrudan ilgili olma unsuruna yer verilmektedir. 2010/4 sayılı Tebliğ'in 13. maddesinde ve Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz'da da “işlemin uygulanmasıyla doğrudan ilgili olma” şeklinde bu unsura değinilmektedir. Rekabet Kurulu da karşısına gelen davalarda yan sınırlamaların varlığı için doğrudan ilgili olma unsurunu araştırmaktadır⁶⁹.

Doğrudan ilgili olma unsuru, yan sınırlamaları diğer anlaşmalardan ayırıcı niteliktedir⁷⁰. Zira bir sınırlamanın doğrudan ilgili olması, sınırlamanın birleşme veya devralma işlemi⁷¹ ile bağlantısını göstermektedir. Dolayısıyla doğrudan ilgili olma unsuru birleşme ve devralmalardaki yan sınırlamalar için oldukça önemlidir. Zira yan sınırlamalar da aslında rekabet hukuku anlamında birer anlaşmadırlar. Ancak, anlaşmalar; RKHK m. 4 ile hukuka aykırı kabul edilirken, birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan ilgili olan anlaşmalar, 2010/4 sayılı Tebliğ'e göre bildirilecektir.

Komisyon Duyurusu'na göre, sınırlamanın birleşme ve devralma işlemiyle aynı şartlar altında yapılması ve aynı zamanda başlaması doğrudan ilgili olma unsuru için yeterli değildir. Doğrudan ilgili olma unsuru, ilgili birleşme ve devralma işlemi ile sınırlamanın doğrudan bağlantısının bulunması şartına bağlıdır⁷². Burada yan sınırlamanın, yan edim yükümü niteliğinin etkisinin olduğunu söylemek mümkündür⁷³. Duyuru'nun 12. paragrafında

⁶⁸ 28.04.1999 tarihli 99-21/170-89 sayılı, 08.03.2000 tarihli 00-10/98-48 sayılı, 12.12.2000 tarih 00-49/517-282 sayılı, 20.02.2001 tarih 01-09/84-23 sayılı, 05.09.2002 tarihli 02-52/662-269 sayılı, 25.3.2004 tarihli 04-22/248-53 sayılı Kurul kararları.

⁶⁹ ERDEM, doğrudan ilgili olma unsuru için “zorunluluk” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. ERDEM, (2003), s. 99 vd.

⁷⁰ ŞAHİN, (2010), s. 85.

⁷¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KARA, Mustafa Sencer, Türk Rekabet Hukuku'nda Birleşme ve Devralmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000.

⁷² COOK, C. J.; KERSE C. S., E. C. Merger Control, London, 1996, s. 172.

⁷³ ŞAHİN, (2010), s. 85.

ise doğrudan ilgili olma unsuru, birleşme veya devralma ile sınırlamanın kendisinin yakın bağı bulunması şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıca birleşme ve devralma işlemiyle sınırlamanın ekonomik olarak ilgisinin bulunması gerektiğine, sınırlamanın pürüzsüz bir geçişin sağlanması için tasarlanmış bulunması da doğrudan bağlantının söz konusu olması için önemlidir. Bununla beraber doğrudan ilgili olma unsurunun da tek başına yan sınırlamadan bahsedebilmek için yeterli olmayacağını belirtmek gerekir. Burada doğrudan ilgili olma ile bütünleyici olmanın ayrımını yapmakta fayda vardır. Doğrudan ilgili olma, birleşme ve devralmanın ana amacı için ikincil nitelikte öneme sahip olmayı gerektirirken, bütünleyici olan şartlar, birleşme ve devralma işlemine ilişkindir⁷⁴.

Rekabet Kurulu'nun bir kararına göre; "yoğunlaşma ile doğrudan ilgili olma unsuru, sınırlama ile işlem arasında yakın bir ilişki olmasını gerektirir. Bu ilişki iktisadi bir nitelik taşımalı ve sınırlamanın amacı işlem sonrası oluşacak yeni yapıya daha yumuşak bir geçişin sağlanması olmalıdır⁷⁵." Komisyon Duyurusu ile getirilen düzenlemelerin Rekabet Kurulu tarafından da benimsendiği bu kararda açıkça görülmektedir.

Bu durumda Kurul karşısına gelen yan sınırlamalara ilişkin değerlendirmelerinde doğrudan bağlantının varlığını şu kıstasları göz önünde bulundurarak tespit etmelidir:

- i) Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasında yakın bir bağlantının varlığı,
- ii) Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasındaki bu yakın ilişkinin ekonomik niteliğinin bulunması,
- iii) Sınırlamanın amacının birleşme veya devralma sonrası oluşacak yeni yapıya düzgün bir geçiş sağlamak olması.

Bu üç kıstasın birarada bulunması, sınırlamanın birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili olduğunu gösterecektir. Nitekim bu kıstasların mehz AB rekabet hukuku ile paralel nitelik taşıdığını da belirtmiştik.

Ayrıca Kılavuz'un 49. paragrafında belirtildiği üzere doğrudan ilgili olma unsuru olayın özelliğine göre objektif olarak değerlendirilmelidir. Gerçekten doğrudan ilgili olma kıstasları arasında özellikle sınırlama ile

⁷⁴ FINE, Frank L., Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and Policy of the EEC, Second Edition, 1994, s. 235.

⁷⁵ 5.8.2010 tarihli 10-52/980-347 sayılı Kurul kararı.

birleşme ve devralma işlemi arasında yakın bağlantı bulunması kıstası somut olaya göre değerlendirilmeyi gerekli kılmaktadır. Zira bu kıstasın her olay için kabul edilebilecek belli bir ölçüsünün ortaya konulabilmesi söz konusu değildir. Aynı yönde yeni yapıya geçişin düzgün olmasını sağlama kıstası da somut olaya göre değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır.

Birleşme ve devralmalarla doğrudan ilgili olmayan sınırlamalar ise yan sınırlama olarak nitelendirilemeyeceklerdir. Bu tür sınırlamalar zaten RKHK m. 4 veya m. 6 hükmünce incelenmeli ve karara bağlanmalıdırlar, zira bunlar başlı başına rekabet hukuku anlamında birer anlaşma⁷⁶ niteliğindedir. Bu anlaşmaların gereken şartları taşıması halinde ise m. 5'e göre muafiyete konu olmaları da mümkündür. Bunların haricinde sınırlamaların kısmi olarak doğrudan ilgili olma unsurunu taşımaları da söz konusu olabilir. Bu durumda ise Tebliğ'in 13. maddesine göre Kurul'un şartlı izin verebilmesi kabul edilebilecektir. Doğrudan ilgili olma şartını taşıyan kısımların ise diğer unsurları da taşıyıp taşımadığı incelemesine geçilebilecektir.

1.3. Gerekli Olma

139/2004 sayılı Teşebbüsler Arası Yoğunlaşmaların Kontrolü Hakkında Konsey Tüzüğü'nün 21. maddesinde “restrictions...necessary for the implementation of the concentration” ifadesine yer verilmektedir. Bunu yoğunlaşmanın uygulanması için gerekli sınırlamalar olarak ifade etmek mümkündür. Komisyon Duyurusu'nda ise aynı manada “necesary to concentration” yani yoğunlaşma için gerekli olma ifadesine yer verilmektedir.

Yine gerekli olma unsuru⁷⁷, 2010/4 sayılı Tebliğ m. 13/5'de düzenlenmektedir. Bu maddede gerekli olma unsuru, “birleşme ve devralmaya ilişkin izin, ... gerekli sınırlamaları da kapsar” denilerek ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, Tebliğ'de yer alan bu ifade çok genel bir anlam taşımaktadır. Burada Konsey Tüzüğü'ndeki, birleşme ve devralmanın uygulanması için gerekli veya Avrupa Komisyonu tarafından benimsenen ifadenin benzeri olarak, birleşme ve devralma için gerekli sınırlamalar daha doğru bir ifade olacaktır. Zira zaten gereklilik unsurunun hiç açıklanmadığı Tebliğ'de, en azından daha somut bir ifadenin kullanılması yerinde olacaktır.

⁷⁶ RKHK m. 4'de yer alan anlaşma terimi, yazılı, sözlü, zımnî her türlü uyuşmayı ifade etmektedir. Bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, Bursa, 2007, s. 142.

⁷⁷ ERDEM bu terimin yerine, “objektif olma” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. ERDEM, (2004), s. 127.

Bu düzenlemelerde yer alan sıralamalarda gerekli olma unsuru, doğrudan ilgili olma unsuruna göre ikinci sırada belirtilmektedir. Gerçekten de yukarıda ele aldığımız doğrudan ilgili olma unsuru, sınırlamalar açısından gerekli olma unsurundan önce ve ilk sırada değerlendirmeyi gerektirmektedir. Zira bir sınırlama, Rekabet Kurumu tarafından doğrudan ilgili olma şartını taşımadığı durumda artık gerekli olma yönünden de incelemeye ihtiyaç göstermez.

Duyuru'nun 13. paragrafında, gerekli olma unsuru ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Bu düzenlemede gereklilik unsurunun ne anlama geldiğine, neyi kastettiğine yer verilmektedir. Buna göre, sınırlamanın olmaması halinde, ya birleşme veya devralma uygulanamayacak, ya da daha yüksek maliyetle, daha uzun sürede veya çok daha zor şartlarda uygulanabilecek olmalıdır. Dolayısıyla bu durumda birleşme ve devralmanın gerçekleşmesi tehlikeye düşmektedir. Ayrıca Duyuru'da başkaca sınırlamaya ilişkin alternatifler bulunması halinde daha az rekabeti önleyici olan sınırlamanın tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Rekabet Kurulu da önüne gelen olaylarda bu yönde bir inceleme yaparak gereklilik unsurunun bulunup bulunmadığına karar vermektedir⁷⁸.

Rekabet Kurulu'nun verdiği bir karara göre; gereklilik unsuru, bu kısıtlamanın yokluğunun, yoğunlaşma işleminin hayata geçirilip uygulanamamasına ya da daha belirsiz koşullar altında, çok daha yüksek maliyetlerle ve daha düşük başarı olasılığıyla uygulanmasına neden olmasını ifade etmektedir⁷⁹. Kurul'un gereklilik unsuruna ilişkin bu değerlendirmesi mehzaz düzenlemeyle de paralellik göstermektedir.

Bunun haricinde yine gereklilik unsuru, somut olaydaki birleşme veya devralma işlemine göre belirlenmelidir⁸⁰. Yani her somut olayda sınırlamanın gerçekten gerekli bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Burada devreden yerine başka bir teşebbüs bulunsaydı yine böyle bir sınırlamaya ihtiyaç duyacağı söylenebiliyorsa sınırlamanın gerekli olduğu kabul edilecektir⁸¹. Kısacası esas olan tarafların değil birleşme veya devralma işleminin böyle bir sınırlamayı gerekli kılmadığıdır.

Rekabet Kurulu'nun verdiği bir karara göre; "gereklilik ise sınırlamalar olmadan yoğunlaşmanın gerçekleştirilebilmesinin olanaklı olmamasını ya

⁷⁸ ERDEM, (2004), s. 126.

⁷⁹ 30.12.2003 tarihli 03-84/1021-409 sayılı Kurulu kararı.

⁸⁰ ERDEM, (2004), s. 127.

⁸¹ ERDEM, (2004), s. 127.

da ancak daha yüksek maliyetlerle, daha uzun bir zamanda, daha belirsiz bir ortamda gerçekleştirebilmesinin olanaklı olmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda gereklilik, getirilen sınırlamanın, doğası, kapsamı ve süresi ele alındığında orantılı olup olmadığı ve üçüncü kişilere dönük bir yükümlülük içerip içermediği gibi hususların değerlendirilmesini de içerecektir⁸²”. Bu kararda açıkça görüleceği üzere, makul olma unsuru gereklilik unsuru içerisinde değerlendirilmektedir. Gerçekten de bu yaklaşım ileride de değineceğimiz üzere bize göre de doğru bir öngörüdür.

Rekabet Kurulu bir kararında; “rekabet etmeme yükümlülüğünün kapsamının, satıcının devralma işlemi öncesi ilgili ürün ve hizmetlerini sunduğu coğrafya ve devralma konusu teşebbüsün ekonomik faaliyetlerini oluşturan ürün ve hizmetlerle sınırlı olması gerekmekte olup, devre konu teşebbüsün devralma öncesinde faal olmadığı ürün ve hizmetlere ilişkin ilgili ürün pazarlarında alıcıya koruma getiren düzenlemeler ise ‘gereklilik’ ölçütünü aşmaktadır⁸³” ifadelerine yer vermektedir. Bu karardan da anlaşılacağı üzere, Kurul gereklilik ölçütünü makul olmayı da kapsayıcı şekilde ele almaktadır. Dolayısıyla aslında bu kararda aykırılığın konu yönünden makul olma unsuru ihlal edici olduğunu belirtmek gerekir.

1.4. Makul Olma⁸⁴

Bir birleşme veya devralma işlemiyle doğrudan ilgili ve gerekli sınırlamaların, yan sınırlama olarak kabul edilebilmesi için son olarak bir de makul olma yönünden incelenmesi gerekecektir. Makul olma unsuru, niteliği gereği doğrudan ilgili olma ve gerekli olma unsurlarına göre ikincil nitelikte önem taşımaktadır. Zira makul olmayan bir sınırlama aslında yan sınırlama niteliğine sahiptir ancak süre, coğrafi alan, konu yönünden gerekli olan sınırlamayı aşmaktadır. Bundan dolayı “reasonable” yani makul olma unsuruna Komisyon Duyurusu’nda, yan sınırlamaların görünüm şekilleri içerisinde rekabet yasağı, lisans anlaşması şeklindeki türleri içerisinde yer verilmektedir. Bu düzenleme şeklinden anlaşılmaktadır ki, Komisyon da makul olma unsuru yan sınırlamanın esaslı bir unsuru olarak görmemektedir. Rekabet Kurulu da aynı şekilde Kılavuz’da bu unsuru yan sınırlama çeşitleri içerisinde belirterek Komisyon Duyurusu ile paralellik göstermektedir.

⁸² 5.8.2010 tarihli, 10-52/980-347 sayılı Kurul kararı.

⁸³ 04.07.2007 tarihli, 07-56/657-227 sayılı Kurul kararı.

⁸⁴ ŞAHİN, bu terimin yerine “amaçla orantılılık” ifadesini kullanmaktadır. ŞAHİN, (2010), s. 92.

Makul olma unsuru, sınırlamanın gerektiği kadar olmasını ifade etmektedir. Bu durumda gereklilik unsurunun makul olma unsuru ile bir bağlantısı söz konusudur. Zira yan sınırlamalar birleşme ve devralma işleminin gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan sınırlamalardır. Gerekli olma unsuru aslında makul olmayı da kapsamaktadır.

Amerikan Hukuku'nda mahkemeler yan sınırlamaları makul olma yönünden rule of reason analizi ile belirlemekteydi. Sadece makul olma unsurunda eksiklik bulunan bir yan sınırlama, esasen kısmi olarak izin verilmesi gereken bir yan sınırlamayı içerisinde barındırmaktadır. Bunun yanı sıra makul olmayan sınırlamaları da aynı şekilde kapsamaktadır. Makul olan sınırlama, en başta doğrudan ilgili olma ve gerekli olma unsurlarını içerdiği takdirde yan sınırlama niteliğini taşımakta ve buna bağlı olarak da Kurul tarafından hukuka uygun kabul edilebilmektedir. Makul olmayan yani aşkın sınırlamalar ise rekabeti engelleyici ve hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyi gerektirir. Aslında bu anlamda makul olmayan bir sınırlama, aynı zamanda gerekli olma unsurunu da ihlal etmektedir. Sınırlamanın makul olmayan kısmı yan sınırlama olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla aşan kısmın kaldırılması için Kurul'un şartlı izin öngörmesi söz konusu olacaktır.

Makul olma unsuruna göre, yan sınırlama devrin gerçekleştirilmesine ilişkin olmalı ve bunun gerektirdiği sınırları aşmamalıdır⁸⁵. Nitekim uygulamada da esas alındığı üzere, makul olma kapsamında, yan sınırlamaların ilgilendirdiği kişiler⁸⁶, faaliyet konuları, uygulanacak coğrafi alan hususlarına dikkat etmek gerekmektedir⁸⁷. Yine makul olma unsuru, yan sınırlamanın makul bir süre ile sınırlandırılmasını da barındırmaktadır. Nitekim bu süre her somut olayda değişiklik gösterebilecektir⁸⁸.

Makul olma unsurunun dışına çıkan yan sınırlamalara karşı Rekabet Kurulu, şartlı olarak izin vermektedir. Somut olayda, şayet makul olmayan kısımlar düzeltilebilir nitelikte ise Kurul, taraflardan bunun makul hale getirilmesi şartını ileri sürmektedir. Aksi takdirde, bu sınırlamalar RKHK m. 4 ve m. 6 kapsamında hukuka aykırı anlaşma kabul edilebilecektir.

⁸⁵ ERDEM, (2004), s. 127.

⁸⁶ Nitekim yan sınırlamanın makul olması için sadece devir işleminin tarafları ile sınırlı bulunması gerekmektedir. Bkz. ŞAHİN, (2010), s. 100 v. d.

⁸⁷ ŞAHİN, (2010), s. 92. ERDEM, (2004), s. 129.

⁸⁸ ERDEM, makul süreyi ayrı bir başlık altında incelemektedir. bkz. ERDEM, (2004), s. 131.

SONUÇ

Amerika ve İngiltere içtihat hukuku ile beraber ortaya çıkan yan sınırlamalar sınırlayıcı bir anlaşma olmasına rağmen tarihi süreçle beraber hukuka uygun olarak kabul edilmiştir. Per se olarak değerlendirilmeyerek rule of reason analizi ile uygulamada tespiti yoluna gidilmiştir. Türk doktrini ise bunu yan edim niteliğinde kabul ederek yan sınırlama terimi ile ifade etmektedir. Uygulamada yan sınırlamaların unsurlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Zira Rekabet Kurulu karşısına gelen olaylarda yan sınırlamanın bulunup bulunmadığını bu unsurlara bakarak anlayabilecektir.

Yan sınırlamaların unsurlarını ise doğrudan ilgili olma, gerekli olma ve makul olma şeklinde üç başlık altında toplamak mümkündür. Buna göre Rekabet Kurulu sıralamayı da takip ederek bir karara varmalıdır. Öncelikle sınırlamanın bir birleşme ve devralma işlemiyle doğrudan bağlantısının olduğuna, sonra bunun gerekli yani başka bir yolla veya daha az maliyetle elde edilip edilemeyeceğine, en nihayetinde ise makul düzeyde sınırlayıcı olup olmadığına bakılması gerekir. Doğrudan ilgili olma unsurunun doğru tespiti içinse şu üç kıstas gözönünde bulundurulmalıdır: Birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasında yakın bir bağlantının varlığı, birleşme veya devralma işlemi ile sınırlama arasındaki bu yakın ilişkinin ekonomik niteliğinin bulunması, sınırlamanın amacının birleşme veya devralma sonrası oluşacak yeni yapıya düzgün bir geçiş sağlamak olması. Gerekli olma unsuruna göre ise sınırlamanın olmaması halinde, ya birleşme veya devralma uygulanamayacak olmalı, ya da daha yüksek maliyetle, daha uzun sürede veya çok daha zor şartlarda uygulanabilecek olmalıdır. Bu iki unsurun belirlenmesi uygulama açısından pek sorun teşkil etmeye elverişli değilse de daha çok makul olma unsurunun önem taşıdığını söyleyebiliriz. Zira makul olma konu, kapsam, kişi ve süreyi de kapsamaktadır ve ihlale de elverişlidir. Yan sınırlamaların makul olmaması halinde Kurul aşkın kısımları belirterek karar vermek durumundadır. Zira aşkın kısımlar için yan sınırlama niteliğinden de bahsedilemeyecektir. Diğer kısımlar için ise hukuka uygunluk söz konusu olacaktır.

Yan sınırlamaların bu unsurlara göre belirlenmesi sonrasında hukuka uygun olduğu kabul edilebilecektir. Bu unsurlara ilişkin aykırılık bulunması hallerinde ise RKHK m. 4 ve 5 hükümlerine göre değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

KAYNAKÇA

- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2012.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Dersleri, B. 4, İstanbul, 2014.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat, Bursa, 2007.
- ATA, Çağlar Deniz, Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalara olumlu Yaklaşım: Rule Of Reason Işığında Roma Antlaşması 81. Madde ve Muafiyet, Ankara, 2009.
- ATEŞ, Mustafa, Rekabet Hukukuna Giriş, Ankara, 2013.
- AYDOĞAN, Fatih, Ticaret Ortaklıklarında Rekabet Yasağı, İstanbul, 2005.
- BADUR, Emel, Türk Rekabet Hukukunda Rekabeti Kısıtlayıcı Anlaşmalar, Ankara, 2001.
- CALVANI, Terry, Some Thoughts On The Rule Of Reason, E.C.L.R., 2001, s. 201-207.
- CLAÏRE, Trunzo, “Ancillary Restraints in a Competitive Global Economy: Does the Possibility Exist for an Ancillary Restriction to Be Reasonable in Light of Section 1 of the Sherman Act”, Duquesne Law Review, Vol: 29, s. 291-311.
- COOK, C. J.; KERSE C. S., E. C. Merger Control, London, 1996.
- DIAZ, F. Enrique Gonzalez, “Some Reflections On The Notion Of Ancillary Restraints Under EC Competition Law”, Fordham International Law Journal, Vol: 19, Issue: 3, 1995, Article 8, s. 951-998.
- ERBAY, İsmail, Know-How Sözleşmesi, Ankara, 2002.
- ERDEM, Ercüment, “Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmalarda(Yoğunlaşma) Yan Sınırlamalar”, Perşembe Konferansları, Ankara, 2004, s. 115-156.
- ERDEM, Ercüment, Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar, İstanbul, 2003.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 19, Ankara, 2015.
- FİNE, Frank L., Mergers and Joint Ventures in Europe: The Law and

Policy of the EEC, Second Edition, 1994.

GOYDER, D. G., EC Competition Law, Fourth Edition, 2003.

GÜLERGÜN, E. Cenk, Topluluk Rekabet Hukuku Işığında Birleşme-Devralmalarda Yan Sınırlamalar, Ankara, 2003.

GÜVEN, Pelin, Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi, Ankara, 2002.

GÜVEN, Pelin, Rekabet Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2009.

HARRISON, Jeffrey L., Price Fixing, The Professions and Ancillary Restraints: Coping With Maricopa County, 1982 U. Ill. L. Rev. 925, 1982, s. 925-949.

JEBELLI, Kayvan Hazemi, “EU Ancillary Restraints: A Reasoned Approach To Article 101(1)”, June, 2010, URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2166318, Son Erişim Tarihi: 14.06.2016.

KARA, Mustafa Sencer, Türk Rekabet Hukuku’nda Birleşme ve Devralmalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2000.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. BASKI, Ankara, 2007.

LOUIS, Martin, B., “Restraints Ancillary To Joint Ventures and Licensing Agreements: Do Sealy and Topco Logically Survive Sylvania and Broadcast Music?”, Virginia Law Review, Vol. 66, No: 5, 1980.

ÖZ, Kemal; OĞUZMAN, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 8, İstanbul, 2010.

ROBERTS, R. Gary, “Evolving Confusion of Professional Sports Antitrust, the Rule of Reason, and the Doctrine of Ancillary Restraints”, Southern California Law Review, Vol: 61, Number: 4, 1988, s. 988-1016.

RODGER, Barry J, MACCULLOCH, Angus, Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom, Second Edition, 2001.

SCOTT, Paul, “Price Fixing and the Doctrine of Ancillary Restraints”, URL: <http://www.nzlii.org/nz/journals/CanterLawRw/1999/9.html>, Son Erişim Tarihi: 15.08.2016.

ŞAHİN, Ali Hamza, Türk Rekabet Hukukunda Birleşme ve

Devralmalarda(Yoğunlaşmalarda) Yan Sınırlamalar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

YAVUZ, Şahin, Amerikan Antitröst Hukukunda Yeniden Satış Fiyatının Belirlenmesi Sorunu: “Per Se” Veya “Rule Of Reason”, Ankara, 2003.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABİDA	: Avrupa Birliği'nin Kuruluşuna Dair Antlaşma
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Baskı
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
Duyuru	: Yoğunlaşmalarla Doğrudan İlgili ve Gerekli Sınırlamalar Hakkında Komisyon Duyurusu
EC	: European Commission
EU	: European United
http	: Hyper Text Transfer Protocol
Kılavuz	: Birleşme ve Devralmalarda İlgili Teşebbüs, Ciro ve Yan Sınırlamalar Hakkında Kılavuz
Kurul	: Rekabet Kurulu
m.	: madde
n.	: Numara
No.	: Number
Rev.	: Review
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s.	: sayfa

S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Tebliğ	: Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ
U. S.	: United States
URL	: Uniform Resource Locator
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)

BİR HUKUK SORUNSALI OLARAK GÜNCEL GELİŞMELER IŞIĞINDA TÜRKİYE'DE HAYVAN HAKLARI

Alper UYUMAZ*

ÖZET

Hayvan hakları, insanın doğayla olan mücadelesi sonucu ortaya çıkmış bir kavramdır. Zira, insanoğlu, zaman içerisinde, zarar verdiği doğaya muhtaç olduğunu anlamaya başlamış, doğayı, çevreyi ve hayvanları da korumak için hukukî düzenlemeler yapmaya başlamıştır. Bu düzenlemeler ilk olarak hayvan gönencine yönelik olarak yapılmıştır. Hayvan gönencinin kabulü ile hayvanların bir takım haklarının olduğu gerçeği 1960'lı yıllarda pek çok ülke tarafından kabul edilmiştir. Gönenc kavramının uluslararası düzeyde benimsenmesinden sonra Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi 1978 yılında ilân edilmiştir. Bildirgenin 14 üncü maddesi gereği, üye her devlet hayvan haklarını kanun düzeyinde mevzuatlarına aktarma borcu altına girmiştir. Ancak, bu hukukî gelişmelere rağmen eski çağlardan günümüze kadar uzanan süreçte hayvanlara mülk gözüyle bakılmış, hayvanlar sıradan bir eşyadan farklı görülmemiştir. Ancak, 1990'lı yıllardan sonra doğaya ve hayvanlara verilen değer artması ile bazı ülkeler hayvanların eşya olmadığını mevzuatlarına aktarmaya başlamışlardır. Bu gelişmeler ışığında, Türkiye'deki durum nazara alındığında, ülkemizde 2004 yılında yürürlüğe giren Hayvanları Koruma Kanununun maalesef yeterince koruma sağlayamadığı görülmektedir. Bu sebeple, son dönemde, hayvan hakları savunucuları tarafından gösterilen çabalar sonucu, Hayvanları Koruma Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı adıyla bir kanun tasarısı meclis gündemine taşınmıştır. Ancak, bu Tasarının da hayvanların korunması için yeterli olmadığı ifade edilmektedir. Bu yüzden, bu çalışmada, güncel gelişmeler ışığında Türkiye'de hayvanların korunması adına yapılması önerilenler ana hatlarıyla ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hayvan Hakları, Hayvan Gönenci (Refahı), Hayvanın Hukukî Niteliği, Pozitif Hukukta Hayvan Hakları, Hayvanları Koruma Hukuku

ANIMAL RIGHTS AS A LEGAL PROBLEMATIC IN THE LIGHT OF ACTUAL DEVELOPMENTS IN TURKEY

ABSTRACT

Animal Rights is a term which has arisen in reaction to struggle of mankind with nature. Because, in time, mankind realized that he needs the nature which is

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk, Medenî Hukuk Anabilim Öğretim Üyesi, alperuyumaz@selcuk.edu.tr.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18.04.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11.07.2016

being destroyed, and he has started legislation for protecting nature and environment, also animals. Firstly, these legal regulations aimed at animal welfare. After that most countries have accepted the fact of animals have a set of rights with the acceptance of animal welfare term in 1960’s. Afterwards the term of animal welfare has been adopted at an international level, Universal Declaration on Animal Welfare announced in 1978. Pursuant to Universal Declaration on Animal Welfare Article 14, all member states have to integrate animal rights to their legislations as a code. By the way despite these regulations from past to present, animals have been regarded as a property of someone, and have not been considered different. However, in collaboration with increase of value of animals and environment some countries have legislated that animals are not property. In the light of these developments the circumstance in Turkey is considered to be said that the Animal Protection Act, legislated in 2004, has not provided adequate protection for animals. As a consequence, in the last period, a draft of law is waiting to become a law in the Grand National Assembly of Turkey by the courtesy of animal right activists. By the way it must be said that this draft of law is not adequate to protect animal rights thus far. For this reason, in the light of actual developments in Turkey proposals for protecting animals are discussed in this paper with the main lines.

Keywords: *Animal Rights, Animal Welfare, Legal Status of Animal, Animal Rights in the Scope of Positive Law, Animal Welfare Laws*

I. GİRİŞ

İnsan, yaratılışı itibarıyla kibirli bir canlıdır. Beyni, insanı diğer canlılardan önemli ölçüde ayırdığı için insan kendini tüm yaratılanların hâkimi ve mutlak sahibi olarak görür. Diğer canlılar ve insanlar üzerinde egemenlik kurmak adına her türlü yola başvurur, öldürür ve yok eder¹. Bu ifadeler, felsefi bir bakış olan “insan merkeziliği” sorguladığı gibi insanın tarih boyunca süregelen kendi doğasına aykırı davranışlarını da eleştirmektedir. Esasında,

¹ Bu ifadeler, 1999 yapımı “*Instinct (İçgüdü)*” filminden ve film eleştirilerinden esinlenilerek kaleme alınmıştır. Film ve eleştirileri hakkında detaylı bilgi için bkz., [https://en.wikipedia.org/wiki/Instinct_\(film\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Instinct_(film)), erişim tarihi: 7.3.2016. Filmde, birkaç yıldır kayıp olan bir antropologun ormanda gorillerle yaşamaya başlaması ve gorilleri öldürmek için saldıran avcılara karşı gorilleri korumak amacıyla cinayet işlemek zorunda kalması üzerine *uygar* ve *yabani* kavramını sorgulaması işlenmektedir. Film, esasen Daniel Quinn’in “*Ishmael*” isimli romanından esinlenilerek filme uyarlanmıştır. Bkz., https://en.wikipedia.org/wiki/Daniel_Quinn, erişim tarihi: 7.3.2016. Ayrıca bkz., **Ertan**, Birol, *Hayvan Hakları ve Türkiye*, Cevat Geray Armağanı, Ankara 2001, s. 401-416, s. 393; **Kılıç**, Selim, *Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, S. 22, s. 91-121, s. 91.

insan, sömürdüğü ve kirlettiği doğanın, diğer canlılarla birlikte yaşamak zorunda olduğu bir çevre olduğunu henüz anlayabilmiş değildir². Bugün, doğal çevrenin bir parçası olan ve o çevreyle birlikte soluk alan, onun bir unsuru olmaktan öte başka bir anlam ifade etmeyen insanlığın kendi menfaatleri uğruna diğer canlıları hiçe sayarak doğal kaynakları kontrolsüzce tükettiği ve tüm dünyayı kaçınılmaz sona götürdüğü bir gerçektir. Bunun doğal sonucu olarak, insanlık için kendi ile birlikte yerküre ekosistemini oluşturan ve yaşam zincirinin vazgeçilmez parçaları olan hayvanların, yiyecek olma ve kişisel zevkler uğruna umarsızca yok edilme dışında hiç bir değeri bulunmamaktadır³.

Geçmişten bugüne, hayvanlar hem resmî hem de gayriresmi olarak katledilmektedir. Üstelik bu katliam, insanların hayvanları koruması gerekirken insanları hayvanlardan (hastalıklardan) korumak adına yapılmaktadır. Neredeyse, dövülebilen her hayvanı dövüştürerek hayvanların birbirlerini parçalamaları zevkle seyredilmekte, bu bir eğlenceye dönüştürülüp hayvanlar üzerine bahisler oynanmaktadır⁴. Evcil hayvanlar sadece zevki için işkence yapılarak öldürülmekte, bu zulüm videoya çekilip sosyal medyada paylaşılmaktadır. Otoyollarda seyahat ederken ezilerek can vermiş hayvanların üzerinden bir kere daha geçmemek için çaba harcamak gerekirken, kürk hayvanları, derilerinin parçalanmaması için ağızlarından karınlarına kadar kızgın şişler geçirilerek öldürülmekte ve bu şekilde elde edilen kürklerle birileri gösteriş yapmaktadır. Çelik yeleklerin dayanıklılığını sınamak için köpeklerle çelik yelek giydirilip ateş edilmekte, fareler tıraş edilip krem sürerek ultraviyole ışınlarla maruz bırakılmakta ve bu sadece daha iyi bronzlaştıran yeni kremler keşfetmek için yapılmaktadır. *Yavaş Loris* adı verilen yabanî hayvanlar doğal ortamlarından ayrılarak dişleri anestezi olmaksızın çekilmekte ve şirin

² **Ertan**, s. 393. Ayrıca bkz., **Özgür**, Atilla, Hayvanlarla Yaşamı Paylaşmak, Veteriner Hekimler Derneği Dergisi, C. 81, S. 2, 2010, s. 9-13, s. 9.

³ **Ertan**, s. 394.

⁴ ABD’de toplumun gelir seviyesi yüksek kitlelerinde, özellikle ünlü sporcular (NBA, NFL oyuncular, atletler) arasında hayvan dövüşü, özellikle köpek dövüşü için hayvan beslenmesi ve bahis oynanarak hayvanların dövüştürülmeleri yaşayan bir alt kültür olarak ifade edilmektedir. Bunun bir kanıtı olarak, ünlü bir NFL oyuncusu 70’den fazla, çoğunluğu *Pit Bull Terrier* olan köpeği dövüştürmek için besleyip eğittiği gerekçesiyle yargılanarak ceza almıştır. Bkz., **Coleman**, Phyllis G., Note To Athletes, NFL, And NBA: Dog Fighting Is A Crime, Not A Sport, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 85-119, p. 85-86; https://en.wikipedia.org/wiki/Bad_Newz_Kennels_dog_fighting_investigation, erişim tarihi: 3.4.2016. Zira, ABD’de tüm eyaletlerdeki Kanunlar ve Federal Kanunlara göre hayvanların dövüştürülmesi yasaktır ve hayvan istismarı olarak suç teşkil eder. Bu, 48 eyalette bir yıldan fazla hapis cezasını gerektiren ağır cezalı bir suç iken, sadece Idaho ve Wyoming eyaletlerinde bir yıldan az hapis cezası gerektiren hafif cezalı bir suçtur. Bkz., **Coleman**, p. 95-96.

oldukları için evcil hayvan olarak satılmaktadırlar. Kıymetli olan yüzgeçleri için köpek balıkları yüzgeçleri kesilerek okyanusa bırakılırken, yüzemeyen hayvan diğer canlılara yem olmaktadır. İspanyada, boğalar geleneksel eğlence diye boynuzları yakılarak önünden kaçan insanların üzerine salınmakta, sonunda yorgunluktan bitkin düşen hayvan öldürülmektedir. Yine İspanya’da yüksekten bırakılan keçilerin düşerek ölmeleri eğlenceli bulunmaktadır. Çin’de küçük hayvanlar kullanılarak yapılan anahtarlıklar oldukça ilgi görmektedir. Hayvanat bahçelerinde sayısı fazla olan zebra, zürafa gibi hayvanlar aslanlara yem edilmekte, Filipinlerde, insanlar tavukların kanlı ve yara bereli etlerinin daha lezzetli olduğunu düşündükleri için tavuklar çubuklarla dövülerek öldürülmektedir. Aynı şekilde, uzak doğuda birçok deniz ürünü taze ve lezzetli olsun diye canlı servis edilip masada öldürülerek yenilmekte, bir takım kümes hayvanları ciğerleri ve etleri daha lezzetli olsun diye aşırı beslenerek öldürülmektedir⁵.

Bu sayılanlar, dünden bugüne şöyle bir düşününce hemen akla gelen hayvan işkenceleridir. Şüphesiz, dünyanın her yerinde yukarıda sayılanlar dışında pek çok hayvana işkence yapılmakta, hayvanların yaşama hakkı hiçe sayılmaktadır. İnsanlığın ve modern hukukun geldiği bu noktada, maalesef hayvan hakları insan hakları kadar önemli bir hukuk sorunsalı olarak görülmemektedir. Bu bakımdan, bu çalışmada, güncel gelişmeler ışığında, Türkiye ve Dünya açısından hayvan haklarının tarihsel gelişimi ve bugün bulunduğu durum incelenmiş, hayvanların korunması adına faydalı olması umuduyla Türk Hukuku açısından bir takım önerilerde bulunulmuştur.

II. HAYVAN KAVRAMI VE HAYVANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A) KAVRAM

En genel anlamıyla hayvan, duyu ve hareket yeteneği olan, içgüdüleriyle hareket eden canlı yaratıktır⁶. Hayvan, canlılar dünyasının ökaryotlar (Eukaryota) üst âleminde yer alan, hayvanlar (Animalia) âleminde sınıflanan canlıların ortak adıdır⁷. “Hayvan” sözcüğü, günlük kullanımda

⁵ **Sungurbey**, İsmet, Hayvan Hakları, Bir insanlık Kitabı, İstanbul 1992; **Ertan**, s. 394. Ayrıca bkz. <http://www.cnnturk.com/fotogaleri/yasam/diger/dunyanin-farkli-bolgelerinden-hayvanlar-yapilan-18-yasal-iskence?page=18>, erişim tarihi: 7.3.2016; **Charlton**, Anna E./ **Coe**, Sue/ **Francione**, Gary L., “The American Left Should Support Animal Rights: A Manifesto” <http://wetlands-preserve.org/?page=LeftAR>, erişim tarihi: 16.04.2016; **Singer**, Peter, Practical Ethics, 2nd Edition, New York 1999, s. 65.

⁶ Bkz., http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=HAYVAN, erişim tarihi: 18.3.2016.

⁷ Yeryüzünde bilinen bir milyondan fazla hayvan türü bulunmakta olup bunların dört binini

esasen insan ve bitkiler dışındaki canlıları ifade etmek için kullanılırsa da biyoloji bilimi açısından hayvan, insanı da içine alan üst bir kavramdır⁸. Hayvanlar âleminin bilimsel ve Latince adı olan “Animalia” terimi ise yine Latince olan ve “yaşayan” ya da “ruh” anlamına gelen *anima*’dan türetilmiş *animal* sözcüğünün çoğuludur⁹.

Kanunî anlamda hayvan ise, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu¹⁰’nda çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutularak tanımlanmıştır. Hayvanları Koruma Kanununun *Tanımlar* başlıklı 3 üncü maddesinin (e) bendine göre, *evcil hayvan*, insan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş hayvanları ifade ederken, aynı maddenin (f) bendine göre, *sahipsiz hayvan*, barınacak yeri olmayan veya sahibinin ya da koruyucusunun ev ve arazisinin sınırları dışında bulunan ve herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunmayan evcil hayvanları ifade eder. HKK.m.3’ün (g) bendinde *güçten düşmüş hayvan*, bulaşıcı ve salgın hayvan hastalıkları haricinde yaşlanma, sakatlanma, yaralanma ve hastalanma gibi çeşitli nedenlerle fizikî olarak iş yapabilme yeteneğini kaybetmiş binek ve yük hayvanlarını; (h) bendinde, *yabanî hayvan*, doğada serbest yaşayan evcilleştirilmemiş ve kültüre alınmamış omurgalı ve omurgasız hayvanları, (ı) bendinde, *ev ve süs hayvanı*, insan tarafından özellikle evde, işyerlerinde ya da arazisinde özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvan anlamına gelir. Aynı maddenin (j) bendinde ise, *kontrollü hayvan*, bir kişi, kuruluş, kurum ya da tüzel kişilik tarafından sahiplenilen, bakımı, aşıları, periyodik sağlık kontrolleri yapılan işaretlenmiş kayıt altındaki ev ve süs hayvanlarını ifade etmekte iken, (m) bendine göre, deneyde kullanılan ya da kullanılacak olan hayvanlar *deney hayvanı*; (n) bendine göre ise, gıda amaçlı kesimi yapılan hayvanlar ise *kesim hayvanı* olarak tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi, kanunda doğrudan genel bir hayvan tanımına yer verilmemiş, farklı açılardan hayvan çeşitlerinin ayrı ayrı tanımlanması tercih

memeli hayvanlar, 875 binini ise böcek ve örümcekler gibi eklembacaklılar oluşturur. **Wise**, Steven M., *Thunder Without Rain: A Review/ Commentary of Gary L. Francione’s Rain Without Thunder: The Ideology of The Animal Rights Movement*, *Animal Law*, Vol. 1, 1997, pp. 45-59, p. 49.

⁸ **Oral**, Tuğçe, *Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu*, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 16, 2014, s. 319-336, s. 320-321.

⁹ Bkz., <https://en.wikipedia.org/wiki/Animal>; <http://www.biyolojidersnotlari.com/hayvanlar-aleminin-siniflandirilmesi.html> erişim tarihi: 18.3.2016.

¹⁰ RG., 1.7.2004, S. 25509.

edilmiştir. Kanunda, bu şekilde bir tanımlama sistemi benimsenmesinin amacı, hayvanları koruma amacıyla konulacak kuralların uygulanması açısından hayvan teriminin kapsamını ve sınırlarını belirlemek olsa gerektir. Her ne kadar Kanunda, genel olarak hayvan tanımına yer verilmemişse de, yukarıda bahsedilen tanımlardan yola çıkarak hukukî çerçevede kanunî dayanağı ile desteklenmiş bir hayvan tanımı yapılabilir. Bu bağlamda, hayvan, herhangi bir sahip veya koruyucunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, insan tarafından kültüre alınmış ve eğitilmiş ya da doğada serbest yaşayan, evcilleştirilmemiş veya kültüre alınmamış, hisseden, kısmen de olsa bilinçli davranışlarda bulunan, omurgalı ve omurgasız, insan ve bitkiler haricindeki diğer canlılardır¹¹.

Bu tanımdaki en önemli nokta, hayvanların insanlara benzer şekilde çeşitli duygular hissedebilen, insanlar kadar olmasa da zaman zaman bilinçli davranabilen canlılar olduklarıdır. Gerçekten, hayvanların, bilinçli varlıklar oldukları bilim dünyasında kabul gören bir gerçektir. Zira, hayvanlarda da bilincin, özellikle acı hissetmenin varlığı hakkında pek çok bilimsel veri söz konusudur¹². Öyleyse, acı hisseden ve insanlar kadar olmasa bile bilinçli davranışlarda bulunan hayvanların üzerinde hâkimiyet kurulmaya elverişli alelade nesnelere olmadıkları ve bu sebeple hayvan kavramının tanımlanmasında bu iki ölçütün büyük önem taşıdığı ifade edilmelidir¹³.

¹¹ Yürürlükten kaldırılan *Hayvan Deneyleri Etik Kurullarının Çalışma Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmelik*'in 4 üncü maddesinin (h) bendine göre, hayvan, serbest yaşayan larva biçimleri ve/veya çoğalan larva biçimleri dahil, ancak cenin ya da embriyo biçimleri hariç, insan olmayan herhangi bir omurgalı canlıdır. Yönetmelik metni için bkz., <http://vetkontrol.tarim.gov.tr/samsun/Menu/20/Yonetmelik>, erişim tarihi: 5.4.2016. Şuan yürürlükteki yönetmelikte, bir hayvan tanımına yer verilmemiş, sadece *deneysel hayvanı* daha dar bir şekilde tanımlanmıştır. Bkz., <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/02/20140215-6.htm>, erişim tarihi: 5.4.2016.

¹² Sahibi ölen bir atın ya da köpeğin sahibini terk etmemesi, yas tutar gibi davranışlar sergilemesi, velvet maymunlarının özel seslerle anlaşmaları, deve kuşlarının başka yuvalardan yavru çalarak kendi yavrularının yaşam olanaklarını arttırmaya yönelik çabaları, insanların alet yardımı olmaksızın ayırt edemediği yumurtaları devekuşlarının nasıl ayırt edebildikleri, geyiklerin sonucu belirli kavgalara girmeyişleri ve bu konuda kullandıkları yöntemler, orman tavuğunun eş seçme konusundaki titizliğinin nedenini ve kuşlardaki hatırlama yeteneği, fareler arasındaki kültürel iletişim ve öğrenme süreci, yarasaların yardımlaşma ile hayatta kalma bilinci ve arılardaki bilgi aktarımı bu bilimsel verilere örnek olarak gösterilebilir. Bkz., **Ertan**, s. 398.

¹³ **Singer**'e göre, "...Belki bir gün, bacak sayısının, derideki tüy miktarının ya da sağrı kemiğinin nerede bittiğinin de duyguları olan bir varlığı aynı akıbete terk etmek için eşit derecede yetersiz sebepler olduğu anlaşılır. Bu aşılabilir sınırı çizebilecek başka ne olabilir? Akıl yürütme yetisi mi? Ya da belki konuşma yetisi mi? Ama yetişkin bir at ya da köpek, gerek akıl gerekse iletişim kurma açısından, bir günlük, bir haftalık, hatta bir aylık bir bebekten kat

B) HUKUKÎ NİTELİĞİ

Hukuken kişi, hak öznesi (süjesi) olarak tanımlanır. Yani, hukuken kişi sayılan biri, haklara sahip ve borçlara ehildir. Türk Hukuk sisteminde ise hayvanlar, hukukî anlamda kişi olarak değerlendirilmezler, bu yüzden, hak ve fiil ehliyetine sahip değildirler¹⁴. Zira, kişiler, gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılırlar. Gerçek kişiler insanlar, tüzel kişiler ise Medenî Kanun anlamında dernekler veya vakıflardır. Hayvanların hukuken kişi olmadıkları konusunda tereddüt yok ise de¹⁵ hayvanların hukukî niteliğinin ne olduğu konusu öğretilerde tartışmalıdır¹⁶. Bu konudaki ilk tartışmalar, 15 Ekim 1978 tarihinde kabul edilen Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration on Animal Welfare)'nin 4 üncü maddesinde hayvanların yaşama hakkına sahip olduklarının kabulü ve 14 üncü maddesinde hayvan haklarının

kat üstündür; ama öyle olmasa bile bu neyi gösterirdi ki? Sormamız gereken asıl soru, “Akıl yürütebiliyorlar mı?” ya da “Konuşabiliyorlar mı?” değil, “Acı çekebiliyorlar mı?” olmalıdır.” Bkz., **Singer**, Hayvan Özgürleşmesi, s. 44. Ayrıca bkz., **Özgür**, Makale 1, s. 11; **Ertan**, s. 403; **Yılmaz**, Halil, Hayvan Haklarına Bakış, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, 2006, s. 212-229, s. 216; **Doğan**, Aysel, Hayvan Hakları Sorununa Biyosantrik Bir Yaklaşım, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, 2006, s. 33-43, s. 36; **Sarıtaş**, Ezgi, İnsan Dışı Hayvanlar Ve Adalet, <http://viraverita.org/sites/default/files/edergi-yazilari/insan-disi-hayvanlar-ve-adalet-ezgisaritas.pdf>, s. 6-7, erişim Tarihi: 2.11.2015.

¹⁴ **Yılmaz**, s. 215; **Dönmez**, Burcu, Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 903-926, s. 904; **Aygün Eşitli**, Ezgi, Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 16-24, s. 21.

¹⁵ Aslında, öğretilerde, hayvanların hukuken kişi olduğunu savunan bir görüş de vardır. Bu görüşe göre, “Belli bir türe değil de diğer bir türe ait olduğunda, hak tanımak ya da tanımamak, tıpkı cinsiyete ya da etnik kökene dayalı hak tanımak ya da tanımamak gibidir. Hâlbuki hukuk, çıkarlara dayalı olmalıdır; çıkarlar dışında kalan hiçbir ölçüt objektif değildir, ayrımcılığa yol açar. ... Yarar (çıkar) ölçütünden hareket eden bu görüşe göre, hayvan çıkarlara sahiptir. Hukukun amacı çıkarları korumaktır; o halde hayvan hukuk öznesidir”. Bkz., **Koçhisarlı**, Cengiz/ **Söğütlü Erişgin**, Özlem, Hayvanın Hukukî Konumu, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayısı, C. 2, 2013, s.1691-1723, s. 1697. Ayrıca bkz., **Singer**, Practical Ethics, s. 110 vd. Felsefi olarak mantıklı görünen bu görüşün Türk-İsviçre özel hukukunun temel mantığı nazara alındığında pozitif hukuka tamamen aykırı olduğu belirtilmelidir. Bu sebeple olsa gerek, kişi sayılmayacak hayvanların *kısmi hukuk öznesi* olarak ifade edilmesi gerektiği yönünde bkz., **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1699, 1717.

¹⁶ Aslında, düşünme yeteneğine sahip olmayan hayvanların ortaya bir irade koyma yetenekleri de olmadığı için hayvanların hukukun öznesi durumuna gelemeyecekleri çok eskiden beri savunulmaktadır. Bkz., **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1692 vd.; **Aksoy Dursun**, Sanem, Eşya Kavramı, İstanbul 2012, s. 184-185. Karşı görüşte olanlar ise hayvanlara hak tanınmasını üç esasa dayandırır. Bunlardan ilki, hayvanın eskiden olduğu gibi nesne olarak kabul edilmesi ve fakat insanın korunması adına hayvanın korunması gereği; ikincisi, hayvanın kişi benzeri olarak kabul edilmesi; sonuncusu ise hayvanın duyarlı ve ısrap çeken bir canlı olduğundan hareketle kişi olarak kabul edilmesidir. Bkz., **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1691.

da insan hakları gibi kanun düzeyinde koruma mekanizması ile düzenlemesi sonucu ortaya çıkmıştır¹⁷.

1978 tarihli bildirmede hayvanların alelade eşyalardan ayrılarak hayvanlara hak izafe edilmesine rağmen bugün bazı modern hukuk sistemlerinde hayvanlar hâlâ eşya olarak nitelendirilmektedir¹⁸. Bu hukuk sistemleri, hayvanları, doğrudan eşya olarak kategorize etmeseler de bu hukuk sistemlerinde, eşya tanımına uyan hayvanların hukuken eşya olarak kabul edildiği sonucuna varılabilir¹⁹. Bir başka ifade ile bir hukuk sisteminde hayvanların eşya olmadığına dair özel bir düzenleme olmadığı sürece hayvanları eşya olarak nitelendirmek açısından bir engel bulunmamaktadır.

¹⁷ **Oral**, 322. Günümüzde hayvan hakları konusu, insan haklarının gölgesinde kalmış son derece kısır bir alandır. Modern dünyada hayvan hakları konusunun gelişme göstermemesinin arkasında hayvanlara karşı insanların davranışlarını şekillendiren sosyal, ekonomik kültürel, dinsel vb. unsurlar bulunmaktadır. Zaten, mevcut hukuk sistemi de insan davranışları temel alınarak düzenlenmiştir. Bkz., **Kılıç**, s. 92-93.

¹⁸ **Adams**, Wendy A., Human Subjects And Animal Objects: Animals As “Other” In Law, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 29-51, p. 32. **Charlton/ Coe/ Francione** göre, hukuk sisteminde hayvanların mülk olarak değerlendirilmesinin nedeni, kapitalist toplumlarda hayvanların sömürülmesinin işlevsel açıdan vazgeçilmez olmasından kaynaklanır. Bu ülkelerde, gıdadan savunmaya, kozmetikten tekstile, ilaç sektörüne kadar neredeyse bütün sanayi kollarında hayvanlar ya da hayvan ürünleri kullanılmaktadır. Hayvanların mülk statüsü, kölelere sahiplerinin, kadınlara eşlerinin ya da babalarının malı olarak muamele edilmesinden hiç de farklı değildir. Bkz., <http://wetlands-preserve.org/?page=LeftAR>, erişim tarihi: 16.04.2015. Aynı şekilde, **Fusfeld**, hayvanların insanlar tarafından binlerce yıldır araç olarak kullanılmalarını *hayvanların köleleştirilmesi* olarak görüyor. Bkz., **Fusfeld**, Leila, Sterilization in an Animal Rights Paradigm, Journal of Animal Law & Ethics, Vol. 2, 2007, pp. 255-262, p. 257. ABD’de hayvanların mülk olarak değerlendirilmesinin ilginç bir sonucu, eşlerin boşanması durumunda evlilik sırasında edinilen evcil hayvanın kime ait olacağı hususunda ortaya çıkmaktadır. Bu konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz., **Hessler**, Kathy, Mediating Animal Law Matters, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 2, 2007, pp. 21-75, p. 34 vd.; **Stroh**, Heidi, Puppy Love: Providing For The Legal Protection of Animals When Their Owners Get Divorced, Journal of Animal Law & Ethics, Vol. 2, 2007, pp. 231-253. Benzer bir sorun, İsviçre Medeni Kanununda yeni bir düzenleme yapılarak çözülmeye çalışılmıştır. Kanuna eklenen ek maddeye göre (ZGB. Art 651a) paylı mülkiyet konusu hayvanın paylaşımında uyumsuzluk çıkması durumunda hayvanın korunması ve bakımı açısından en iyi imkânı sağlayacak olan tarafa hayvan üzerinde tek başına mülkiyet hakkı tesis etme imkânı verilecektir. Bkz., **Ardemir**, Arzu Genç, Hayvanların Hukukî Durumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. I, İstanbul 2009, s. 327-348, s. 336.

¹⁹ **Francione**’ye göre, “Hayvanlar hakkında söylediklerimiz ile gerçekte onlara uyguladığımız muamele arasındaki derin tutarsızlığın nedeni, hayvanların bizim için mal statüsünde olmalarıdır. ... Hayvanların mal statüsü, insanca muamele ilkesini ya da hayvan refahı yasalarının gerektirdiği varsayılan her tür tartışma vurma işlemi anlamsız kılar, çünkü bizim gerçekten tartışma vurduğumuz, malları olan hayvanların çıkarları karşısında mal sahiplerinin çıkarlarıdır.” Bkz., **Saritaş**, s. 11.

Türk Hukuk sistemi de bugünkü mevzuat anlamında bu hukuk sistemlerinden biri olarak gösterilebilir.

Ancak, modern hukuktaki son gelişmeler sonucunda hayvanların eşya olduğuna ilişkin bu yerleşik anlayışta bir takım değişiklikler olmuş, özellikle hayvanların eşya olmadığına dair görüş ağırlık kazanmaya başlamıştır²⁰. Bu duruma duyarsız kalmayan bazı hukuk sistemleri de, hayvanların eşya olmadıklarını açıkça kabul ederek ilgili kanunlarda güncelleme yapma ve özel kanunlar çıkarma gereğini duymuşlardır. Özellikle son yıllarda, hayvanların ticarî amaçla edinilmeleri ve servet kazanma vasıtası olarak kullanılmaları, bunun sonucu olarak hayvanların çeşitli açılardan kötü muameleye maruz kalmaları kanun düzeyinde korunması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Bu durumun bir yansıması olarak pek çok hayvanın gitgide yalnızlaşan insanlarla yaşamaya başlaması ile hayvanlar sosyal hayatta önemli bir yer tutmaya başlamıştır²¹. Böylece, hayvanları insanlardan korumak adına hayvanları koruma kanunları mevzuatlara girmeye başlamış²², ilgili kanunlarda da gerekli değişikliklere gidilmiştir²³. Örneğin, Alman Medenî Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch), “Hayvanlar” başlıklı 90a maddesinin birinci cümlesinde geçen “hayvanlar eşya değildir” şeklindeki düzenlemesi ile bu prensibi açıkça benimsemiş görünmektedir²⁴. Aynı düzenleme, İsviçre

²⁰ Aksoy Dursun, s. 185-186; Oral, s. 322; Kılıç, s. 119.

²¹ Bugün, refah düzeyi yüksek ülkeler olarak bilinen ABD, İngiltere, Almanya, İsviçre, Fransa gibi ülkeler başta olmak üzere dünyanın pek çok yerinde özel hayvan klinikleri, hayvan bakım evleri, hayvan mağazaları, hatta hayvan parkları bulunmaktadır. Bu nedenle, bu tip ülkelerde evcil hayvanlara dayalı ayrı bir endüstri kolu ortaya çıkmıştır. Evcil hayvan endüstrisi 2005 yılı verilerine göre Amerika’da 36.3, İngiltere’de 3.9 milyon doları bulmaktayken 2015 yılında bu rakam ABD’de 60.28 milyon dolar olarak tespit edilmiş, 2016’da ise bu rakamın 62.75 milyon dolar olması beklenmektedir (http://www.americanpetproducts.org/press_industrytrends.asp, erişim tarihi: 5.4.2016). Ayrıca bkz., Hessler, p. 26; Yılmaz, s. 227. Evcil hayvanların insanların kölesi haline geldiğini savunan yazarlar, köleleştirmenin durdurulması için hayvanların evcilleştirilmesinin durdurulması gerektiğini savunmaktadırlar. Bkz., Fوسفeld, p. 258; Francione, Gary L., Introduction to Animal Rights, Your Child or The Dog?, Philadelphia 2000, p. 169.

²² Tüm dünyada, hayvanların korunması ile ilgili ilk modern Kanunların 1635, 1641 ve 1654 tarihli Kanunlar olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki, Richard Ryder tarafından İngilizce konuşulan coğrafyalarda, hayvanlara karşı zulme engel olmak için hazırlanmış ve “Animal Cruelty Legislation (Hayvan Zulmü Kanunu)” adıyla 1635 yılında İrlanda’da yürürlüğe girmiştir. Aynı kanun 1954’te İngiltere’de kabul edilmiştir. Bugün yürürlükte olan Kanada Federal Hayvan Koruma Kanunu temelini bu kanundan almaktadır. Bkz., <http://cfawr.org/current-legislation.php>, erişim tarihi: 23.3.2016. Ayrıca bkz., Aksoy Dursun, s. 182, dn.140; Koçhisarlı/ Söğütü Erişgin, s. 1705.

²³ Ertaş, Şeref, Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2012, s. 478.

²⁴ Wieling, Hans Josef, Sachenrecht, 2nd Auflage, Berlin 1994, s. 20-21. Hükmün devamını-

Medenî Kanunu (Zivilgesetzbuch)’nın 641a hükmünün²⁵ ilk fıkrasında yer almaktadır. Hükmün ikinci fıkrasında ise, eşya olmayan hayvanlar hakkında özel düzenleme bulunmadıkça hayvanların eşyalara ilişkin hükümlere tâbi olduğu düzenlenmiştir²⁶. Benzer bir düzenleme de Avusturya Medenî Kanunu (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch)’nın 285a maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesinde yer almaktadır. Hükmün ikinci fıkrasında hayvanların özel kanunlarla korunduğu ve aksine bir düzenleme olmadıkça hayvanlar hakkında eşyalara ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir²⁷.

Burada önem arz eden nokta, Türk hukuk sistemimizden farklı olarak bu bahsi geçen hukuk sistemlerinde hayvanların eşya olmadığı vurgulanmış olmasıdır²⁸. Belki, özel bir düzenleme bulunmadıkça hayvanların eşya ile

da hayvanların özel kanunlarla koruma altına alındığı da ifade edilmektedir. Kanunun ilk hâlinde bulunmayan Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Art. 90a hükmü, Kanuna, 20 Ağustos 1990 tarihinde girmiş, hükmün başlığı sadece “Eşya” iken “Eşya ve Hayvan” olarak değiştirilmiştir. Hayvana tanınan özel statü, hukuk öznesi ve hukuk nesnesi karşılığını değiştirmeden bırakmış; fakat kanunkoyucu bu statü ile etik temelli bir hayvan koruma anlayışının, kanunun uygulanması ve yorumlanması bağlamında dikkate alınması gereğine işaret etmiştir. Bkz., **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1706. Ayrıca bkz., **Aksoy Dursun**, s. 183-184. Alman Medenî Kanununun ilgili hükmü için bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_90a.html, erişim tarihi: 19.3.2016. Ayrıca bkz., **Westermann**, Harm Peter, BGB Sachenrecht, 11. Auflage, Heidelberg 2005, s. 12.

²⁵ Hükmün gerekçesi, hayvan dünyası hakkında halkın duyarlılığının evrim geçirdiğini ve hayvanların özel hukukî şeyler olduğunu, belirtmektedir. Bkz., **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1706; **Ardemir**, s. 328.

²⁶ **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1706; **Aksoy Dursun**, s. 183; **Oral**, s. 322. Zivilgesetzbuch (ZGB) Art.641a hükmü için bkz., <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/201407010000/210.pdf>, s. 176, erişim tarihi: 19.3.2016. Değişiklikler doğrultusunda hayvanın eşya sayılmaması, diğer bir deyişle mevzuatın verdiği haklardan ve korumadan yararlanması için biyolojik olarak doğmuş ve canlı olması gerekir. Hayvan embriyosu ya da yumurtası ise koruma dışı kalacak ve eşya olarak nitelendirilecektir. Ayrıca bkz., **Aksoy Dursun**, s. 186-187; **Ardemir**, s. 334; **Honsell**, Heinrich / **Vogt**, Nedim Peter / **Geiser**, Thomas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, 2. Auflage, Basel-Genf-München 2003; s. 779-780; **Studer**, Josef, Sachenrecht, Zürich 2004, s. 26.

²⁷ Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) Art.285a hükmü için bkz.,<http://www.jusline.at/index.php?cpid=ba688068a8c8a95352ed951ddb88783e&lawid=1&paid=285a>, erişim tarihi: 20.3.2016. Ayrıca bkz., **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1705; **Aksoy Dursun**, s. 183; **Oral**, s. 322.

²⁸ **Ardemir**, s. 329. Böylece, Roma Hukukundan beri var olan bir hakkın ya öznesi olur ya konusu olur, bir diğer deyişle, hak sahibi ve hakkın konusundan başka bir şey düşünülemez anlayışı sona ermiş; hakkın öznesi ve konusu dışında üçüncü bir hakla ilişkili kategori gündeme gelmiştir. Bkz., **Aksoy Dursun**, s. 184-185. Ayrıca bkz., **Sarıtaş**, s. 2. Yapılan bütün bu değişiklikler ve eklemelerin amacı, hayvan ile eşya arasında fark yaratmaktır. Böylece, hayvan kavramı eşya kavramından ayrılmış; hayvan ile eşya arasındaki şekli eşitlik bertaraf edilmiş ve hayvanların, yasalarca özel koruma altına alınan, acıya duyarlı, insanlarca korun-

aynî hükümlere tâbi olduğunun yukarıda anılan hükümlerde ifade edilmiş olması, teoride değilse bile uygulamada eşya sayıldıklarını düşündürebilir. Ancak, buradaki asıl amacın, hayvanların aynî hakka konu olmalarına imkân vermekle beraber hayvanları, acı çekmeleri ve kısmen de olsa bilinçli davranabilmeleri sebebiyle diğer nesnelere ayırmak olduğu söylenebilir²⁹. Örneğin, aynî hakkın konusu olan bir köpek kulübesi ile bu kulübede yaşayan köpeğin sahibi, köpek kulübesi üzerinde kullanma, tasarruf etme ve kulübeden yararlanma bakımından dilediği gibi hareket edebilecek, isterse kulübeyi yok edebilecektir. Ancak, malik, eşya sayılmayan, özel kanun hükümleri ile korunan fakat aksine bir düzenleme olmadıkça eşya hükümlerine tâbi olan aynî hakkın konusu köpeği üzerinde yine mülkiyet hakkının verdiği yetkileri kullanabilecekse de özel kanun hükümleri saklı olduğu için, hayvanları koruma amacı güden kanunlar sebebi ile köpeği kullanma ya da köpekten yararlanma hakkını sınırsız kullanamayacak veya köpeği yok edemeyecektir. Bu bakımdan, malikin köpeğini hukukî işlemlere konu yapması, örneğin rehin vermesi, kiralaması, köpek üzerinde intifa hakkı kurması ya da bir başkasına satması mümkünken; köpeğe işkence yapması, köpeğe acı çektirecek şekilde köpekten yararlanması ya da köpeği öldürmesi mümkün değildir.

Aslında, İsviçre Medenî Kanununda yapılan değişiklikler, ZGB Art. 641 ile sınırlı değildir. Bu hükümden başka, Miras Hukuku bakımından, ZGB Art. 482, Eşya Hukuku bakımından ZGB Art. 772, 728, 934 hükümlerine ek fıkralar eklenmiş, ayrıca Medenî Kanuna 651a ve 720a olmak üzere iki ek hüküm kazandırılmıştır. Aynı şekilde, Borçlar Kanunu bakımından OR Art. 42 ve 43'e ek fıkralar eklenmesi de ihmâl edilmemiştir. Diğer bazı kanunlarda da gerekli değişiklikler yapılmıştır³⁰.

ması ve bakılması zorunlu olan canlılar olduğu ortaya konulmuştur. **Koçhisarlı/ Söğütü Erişgin**, s. 1708.

²⁹ **Oral**'a göre, aynî haklara konu olabilmeleri sebebiyle hayvanların eşya olarak nitelendirilememeleri, uygulamada bir öneme sahip olmayacaktır. Zira, hayvanların eşya sayılmaması ile hedeflenen, aynî haklara konu olmamalarının sağlanmasıdır. Bkz., **Oral**, s. 322 ve dn. 5. Ancak, bu fikre katılmak mümkün görünmemektedir. Hayvanları aynî hak konusu olmaktan çıkarmak, onları korumak için bir zaruret olmadığı gibi gerekli de değildir. Aksinin kabulü, Türk-İsviçre özel hukukunun temel dinamiklerini kökünden sarsar. Bugün, hayvanlar ticarî hayatta çok ciddi bir öneme sahiptir. Eğer hayvanlar aynî hakkın konusu olmaktan çıkarılırsa, tüm özel hukuk mevzuatını yeniden kaleme almak gerekecektir. Hayvanların eşya olmadığı'nın kabulündeki amaç, canlı olmaları ve hissedebilmeleri bakımından hayvanları alelade eşyalardan ayırmaktır. Böylece, hayvanlar aynî hak konusu olsalar bile hayvanların diğer aynî hak konusu eşyalardan farklı olarak özel kanun hükümleri ile korunmaları mümkün olur.

³⁰ Ceza Kanununda değişikliğe gidilerek hayvan ile eşya arasındaki farka vurgu yapılmış, İcra ve İflâs kanunu ile de hayvanların haczedilmesi yasaklanmıştır. Bkz., **Ardemir**, s. 329.

Esasen, Türkiye’de özel bir kanun olan Hayvanları Koruma Kanununun temel prensipler noktasında (Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesinde olduğu gibi) koruma sağlama kaygısı uygulamaya yansıtılabilseydi, Türkiye’deki durumun, hayvanların eşya olmadığına vurgulandığı mehz İsviçre Hukuku gibi hukuk sistemlerinden önemli bir farkı bulunmayacaktı. Mevcut Hayvanları Koruma Kanunu yeterli koruma tesis edemediği için ve bu konudaki tartışmalara açıklık getirme zarureti sebebiyle İsviçre’de olduğu gibi benzer düzenlemeleri, Türk Medenî Kanunu ile diğer Kanunlara kazandırmak isabetli olacaktır.

Bu konuda, Medenî Kanun açısından ilk olarak Miras Hukuku bakımından ZGB Art.482/4’ün karşılığı olarak MK.m.515’e dördüncü bir fıkra eklenerek hayvanlar lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufların yüklenme olarak kabul edileceği, öğretide önerildiği gibi, hükme bağlanabilir. Eşya Hukuku bakımından ilk olarak MK.m.683’de değişikliğe³¹ gidilmelidir. Ayrıca, ZGB Art.720a ve 728/1 gibi kayıp hayvanların bulunması ve ev hayvanlarının zamanaşımı ile kazanılmasına ilişkin hükümlerin karşılığı olarak MK.m.771 ve 777’de değişiklik yapılması düşünülebilir. Hükümlerde, sıradan bir taşınırın zamanaşımı ile kazanımı ve bulunmuş bir eşyanın mülkiyetinin kazanımı için zilyedin zilyetlik süresi, beş yıl olarak düzenlenmişken Kanuna eklenecek bir hüküm ile (ZGB Art.728/1, Bis 1 gibi) bu süre ticarî amaç ve yatırım amacı güdülmeyen durumlarda evcil hayvanlar için çok daha kısa bir süreye indirilebilir³².

Aynı şekilde, ölen ya da ağır şekilde yaralanan hayvanlar³³ için hayvanın yakınları³⁴ lehine manevî tazminata hükmedilebileceğine ilişkin

³¹ Mehz İsviçre Medenî Kanununda olduğu gibi, hayvanların eşya olmadığına ilişkin hükümün, “*Mülkiyet Hakkının İçeriği*” başlığını taşıyan ve iki fıkradan oluşan MK.m.683’e üçüncü fıkra olarak eklenmesi önerilebilir. Gerçekten, yukarıda bahsi geçen 641a hükmü, İsviçre Medenî Kanununda MK.m.683’ün karşılığı olan ZGB Art.641’den sonra ek bir hüküm olarak yer almaktadır. Kanunun ilk metninde yer almayan bu ek hüküm, 4 Ekim 2002 tarihli Federal Kanunun birinci maddesi ile İsviçre Medenî Kanuna eklenmiş olup 1 Nisan 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³² İsviçre Medenî Kanunundaki Değişiklik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Arıdemir**, s.338-339.

³³ Öldürülen ya da yaralanan hayvanla ilgili tazminat hesabı hakkında bkz., **Duckler**, Geordie, *Between Price And Pricelessness: Calculating The Specific Monetary Value of A Dog Intentionally Harmed By Another*, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 121-140; **Roukas**, Marcella S., *Determining the Value of Companion Animals in Wrongful Harm or Death Claims: A Survey of U.S. Decisions and Legislative Proposal in Florida to Authorize Recovery for Loss of Companionship*, [https:// www.animallaw. info/sites/default/files/journalanimallawvol3_p45.pdf](https://www.animallaw.info/sites/default/files/journalanimallawvol3_p45.pdf), erişim tarihi: 3.4.2016.

³⁴ Yargıtay’ın, davacının beş aylık buzağısı ile cinsel ilişkide bulunması nedeniyle etinden ve

hükümün Borçlar Kanununa kazandırılması önerilebilir³⁵. Böylece, Türk kanunkoyucusu, modern hukukun kazanımı olan insan haklarına saygılı devlet kadar, çevreye ve hayvan haklarına saygılı devlet ilkesini de benimsediğini göstermiş olur.

Almanya, İsviçre, Avusturya gibi bir düzenlemeyi benimsemiş ülkelerde eşyalara ilişkin hükümler, hayvanlara, eşya oldukları için değil, hukuken eşya hükümlerine tâbi oldukları için uygulanacaktır. Bu kabul, hayvanların, hakkın konusu olan eşya ve hakkın sahibi olan kişi yanında üçüncü bir kategoride yer almalarına sebep olmuştur³⁶. Ancak, ülkemizde yürürlükte olan mevzuatta

sütünden yararlanamayacağını iddia ederek açtığı maddi ve manevî tazminat davasında, örf, teamül, dini ve ahlaki inanç ve telakkiler gereği, eğer iddia doğru ise zararın varlığı kuşkusuzdur, şeklindeki kararının kısmen de olsa (manevî tazminat açısından) bu öneriyi desteklediği savunulabilir. (Bkz., 3.HD., 24.3.1998, E., 1998/2632, K., 1998/3249, Yargıtay Kararları Dergisi 1998, S. 6, s. 834). Yakın kavramı ile kastedilen genellikle mağdur hayvana duygusal olarak bağlı olan ve hayvanın ölümü ya da ağır yaralanmasından üzüntü duyacak kimse-lerdir. Bu bakımdan, somut olayın şartlarına göre hayvanın birlikte yaşadığı kişiler yakın kavramı içerisinde değerlendirilebilir. Örneğin, ABD’de her yıl iki evlilikten birinin boşanma ile sonuçlandığı ve boşanan çiftlerin %39’unun köpek, %34’ünün kedi olarak yaşamına bu hayvanla devam ettiği, hayvana özel günler ve bayramlarda hediye aldığı, hayvana sağlık sigortası yaptırdığı, adeta hayat arkadaşı gibi davrandığı görülmektedir. Bu durum, ABD’de evcil hayvanların misli olmayan bir canlı özelliği kazanmalarına sebep olmakta ve hayvana duygusal bakımdan yakın olanlar lehine manevî tazminata hükmedilmesine imkân vermektedir. Bkz., **Stroh**, p. 238-239.

³⁵ Ayrıca bkz., **Koçhisarlı/Söğütlü Erişgin**, s. 1707; **Aksoy Dursun**, s. 186; **Ardemir**, s. 344.

³⁶ **Adams**, p. 32-33; **Oral**, s. 322; **Aksoy Dursun**, s. 186. Öğretide, bu görüşü savunan bazı yazarlar, hayvanları *eşya benzeri* olarak adlandırmaktadırlar. Bkz., **Aksoy Dursun**, s. 185-186. Hayvanların eşyanın özel bir formu olduğu yönünde bkz., **Hessler**, p. 23. Ancak, hayvanların eşya benzeri olarak değerlendirilmesine ilişkin tercihin isabetli olduğu söylenemez. Zira, hayvanlara sağlanan hukukî koruma, hayvanları, eşyaların değil kişilerin hukukî statüsüne yaklaştırmaktadır. Bu bakımdan, *eşya benzeri* terimi yerine *kişi benzeri* teriminin daha uygun olacağı ifade edilmelidir. Gerçekten, öğretide, hayvanları insanlara benzeterek bir kişilik tanıma yerine, hayvanlar için özel bir hukukî kişilik oluşturulması önerisini getirmekte olan görüş, *hayvanları kişi benzeri sayan görüş* olarak ifade bulmaktadır. Bu görüşe göre, hayvan, günümüzde hukuken korunması gereken, kendine özgü çıkarı bulunan bir hukuk öznesidir. Türü tehlikede olan hayvanlar korunduğuna göre, bunlar varsayımsal olan hukukî kişilikle donatılabilirler; hayvan-kişiler gerçeği, tüzel kişiler gerçeği ile kıyaslanabilir. Hayvanları koruma derneklerine dava ehliyetinin tanınmış olması, tüzel kişiliği açıklamak için ileri sürülen teknik gerçeklik kuramının hayvanlar için uygulanabileceğini de gösterir. Bkz., **Koçhisarlı/Söğüt Erişgin**, s. 1696. **Koçhisarlı/Söğütlü Erişgin**’e göre, “Hayvansal kişinin hak ehliyeti bir varsayım olarak kabul edilebilir; tıpkı tüzel kişilerin hukuk öznesi olarak hak ehliyetine sahip oldukları gibi. Kuşku halinde, kişiliğin varlığı kabul edilmelidir (in dubio pro persona). Hayvanlar, tıpkı tüzel kişiler gibi, sadece tabiatları gereği onlara tanınabilecek olan haklara ehildirler ve tabiatı gereği insana özgü olan haklara ve borçlara sahip değillerdir. Hayvan hak ehliyetinin ratio legis’i, hayvanın hayvan olarak hukuk öznesi olması anlamına gelmez ve fakat birkaç temel hayvan hakkının bireysel ve kurumsal zorbalığa karşı tanınması ve korunması anlamına gelir.” Bkz., **Koçhisarlı/Söğütlü Erişgin**, s. 1702-1703.

hayvanların eşya olmadığına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple olsa gerek, öğretilerde bir kısım yazarlar hayvanların Türk Hukuku bakımından eşya olduğunu ifade etmektedirler³⁷. Öğretilerdeki diğer bir görüş ise, hem Türkiye’nin kabul ettiği Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesinde hem de 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 4 üncü maddesinde var olan hayvanların yaşama hakkından hareketle, Türk Hukukunda hayvanların eşya sayılmayacağını ifade etmektedir³⁸.

Burada, ilk görüşün daha isabetli olduğu ifade edilebilir. Zira, Türk Hukukunda eşya, kişilerin üzerinde hâkimiyet kurulabildikleri, kişilik dışı, az çok ekonomik değer taşıyan, maddî varlıklardır³⁹. Bu tanımda yer alan ve eşya kavramı için gerekli olan, üzerinde hâkimiyet kurulmaya elverişli ve kişilik dışı olma⁴⁰, az çok ekonomik değer taşıma, maddî varlık olma şartlarını gerçekleştirdiği ve aksine de bir hüküm olmadığı için mevcut mevzuat hükümleri karşısında hayvanların, hukuken eşya oldukları rahatlıkla ifade edilebilir. Gerçekten, aksine emredici bir düzenleme olmadıkça eşya kavramının tüm özelliklerini taşıyan bir varlığın eşya olmadığını savunmak

³⁷ **Sirmen**, Lale, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 4 vd.; **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, Ankara 2009, s. 26; **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 11. Baskı, Konya 2014, s. 17; **Ünal**, Mehmet/ **Başpınar**, Veysel, Şekli Eşya Hukuku: Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 71; **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1710; **Aksoy Dursun**, s. 187; **Oral**, s. 322; **Özgür**, Makale 1, s. 12; **Özgür**, Atilla, Türk Hukuk Sisteminde Hayvanlar, Veteriner Hekimler Derneği Dergisi, C. 81, S. 2, 2010, s. 31-34, s. 33. Aynı kanıda olan **Serozan**, Türk Hukukunda hayvanların eşya sayılmasını bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. Bkz., **Serozan**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 72.

³⁸ **Oğuzman**, Kemal/ **Seliçi**, Özer/ **Oktay Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 9. Yazarlar, hayvanların Türk Hukukunda mevcut mevzuat anlamında eşya olmadığını savunmakla birlikte İsviçre’deki değişiklik gibi bir değişikliğin bizde de yapılmasının gerekliliğine işaret etmektedirler. Bkz., **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir**, s. 10. Ancak, yazarların fikrine, hukukumuzda gerekli değişiklikler yapılmadıkça katılmak mümkün değildir. Zira, yazarların Türk Hukukunda İsviçre’de olduğu gibi bir değişikliğin yapılması yönündeki önerileri, bir bakıma bugünkü mevzuat anlamında hayvanların eşya sayılabileceğinin kabulünü içermektedir.

³⁹ Bkz., **Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir**, s. 6; **Ertaş**, Şeref, Eşya Hukuku, 12. Baskı, İzmir 2015, s. 6; **Ayan**, s. 17; **Sirmen**, s. 4; **Aksoy Dursun**, s. 5 vd.

⁴⁰ Tıp alanındaki son gelişmeler doğrultusunda hayvanların organları, insanlara “xenotransplantation” adı verilen işlemle nakledilmeye başlanmıştır. Bu bakımdan, bir hayvanın organı insana nakledilmeden önce eşya sayılmalı, ancak insana nakledilince kişilik dışı olma özelliğini kaybedeceği için eşya olarak nitelendirilmemelidir. Yurt dışında özellikle domuz ve maymun organlarının insanlara nakledilmesi ile gerçekleştirilen nakil işlemi, ülkemizde yalnızca ölü hayvan organlarının nakli şeklinde gerçekleştirilmekte olup bu tutum hayvan haklarına duyarlı bir yaklaşım olarak ifade edilebilir. Bkz., **Aksoy Dursun**, s. 188; **Başpınar**, Veysel, Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 191-215, s. 208.

tutarlı gözükmemektedir⁴¹. Ancak, bu noktada, Türk Hukukunda bugünkü mevzuat çerçevesinde, hayvanların eşya sayıldıklarını ifade etmekle, eşya sayılmaları gerektiğinin savunulmadığı vurgulanmalıdır⁴². Türk Hukukunda, hayvanların kanun düzeyinde eşya olmadığına hiçbir tereddütte yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi için Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu başta olmak üzere gerekli diğer kanun değişiklikleri yapılmalı; *hayvanlar eşya değildir* söyleminin ötesine geçilerek yeni ve çok daha koruyucu, ciddi yaptırımlarla donatılmış bir Hayvanları Koruma Kanunu, eskisinin yerine yürürlüğe konulmalıdır⁴³.

III. HAYVAN HAKLARININ (KUTSAL KİTAPLAR BAKIMINDAN) DİNİ BOYUTU

Günümüzde çok etkin olan hayvan hakları ve hayvan gönenci (refahı) hareketleri, temellerini insanlık tarihi kadar eski olan felsefi söylemlerden alır⁴⁴. Bununla birlikte, hayvan hakları ve hayvan refahı hareketleri, özellikle yirminci yüzyılın son çeyreğinde tüm dünyadaki etkisini artırmış ve günümüz toplumlarında da önemini koruyan akımlar olarak dikkat çekmektedir⁴⁵. Esasen, ilâhî dinlerden önce dünyanın çeşitli yerlerinde çeşitli kültürlerinde hayvanlara genel olarak saygı gösterilmiş, hatta bazı coğrafyalarda hayvanlar Tanrı sayılmış; bazı coğrafyalarda ise insanlarla eşit tutulmuşlardır⁴⁶. Hayvanlara verilen bu değer, zaman içinde insan merkezli yaklaşımlarla önemlerini yitirmiş, zaman içinde hayvanlar insanlara bağlı yaşayan, insan türünün yararı için sorumsuzca yararlanılan canlılara dönüştürülmüşlerdir⁴⁷. Aşağıda, hayvan haklarının dinî boyutu bakımından İslâm dini⁴⁸ ile diğer

⁴¹ Aksoy Dursun, s. 187.

⁴² Aynı yönde bkz., Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin, s. 1720.

⁴³ Aynı yönde bkz., Aksoy Dursun, s. 187-188; Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin, s. 1710, 1720; Yılmaz, s. 228.

⁴⁴ Savaş, Türker/ Yurtman, İsmail Yaman/ Tölu, Cemil, Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış-Nesnel Arayışlar, Hayvansal Üretim, C. 50, S. 1, 2009, s. 54-61, s. 54, 55; Ergün, Yusuf, Deney Hayvanı Refahı, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, C. 20, S. 1, 2010, s. 55-68, s. 55.

⁴⁵ Armutak, Altan, Yahudi ve Hristiyan Dini Kutsal Kitaplarında Hayvan Hakları, İstanbul Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C. 34, S. 1, 2008, s. 39-55, s. 40.

⁴⁶ Bkz., Savaş/ Yurtman/ Tölu, s. 55.

⁴⁷ Armutak, Altan, İslam Dini Kutsal Kitabında Hayvan Hakları, İstanbul Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C. 34, S. 1, 2008, s. 57-66, s. 58; Kılıç, s. 101-102. Ayrıca bkz., Doğan, s. 34 vd.

⁴⁸ Bilindiği gibi, tek tanrılı dinlerin en sonuncusu olarak kabul edilen İslâm dini, yedinci yüzyılda Arap Yarımadası'nda doğmuş, zaman içerisinde Ortadoğu ve Akdeniz yoluyla tüm dün-

iki büyük ilâhî din olan Yahudi ve Hristiyan dinlerine ait kutsal kitaptaki metinler incelenerek hayvanların önemi, hayvan haklarını içeren hükümler değerlendirilmeye çalışılmış, günümüz toplumlarındaki hayvan hakları ve hayvan refahı hareketlerinin bu dinlere ait kutsal kitaplardaki kökenleri ve bunun günümüze olan etkileri kısaca ele alınmıştır.

A) İSLÂM DİNİ BAKIMINDAN

İnsan merkezli dinlerden biri olan İslâm⁴⁹ dininin kutsal kitabı Kuran’da hayvana ve hayvan haklarına kayda değer bir önem verildiği vurgulanmalıdır⁵⁰. Zira, Kuran’ın genelinde hayvanlardan sıkça bahsedildiği, Kuran’da farklı hayvan türlerine yer verildiği⁵¹ ve prensip olarak hayvanları gözeten ve kollayan bir tutumun var olduğu görülür⁵². Her şeyden önce Kuran’da bulunan toplam 114 sûreden 7’sine hayvan adının verilmesi⁵³ gerek İslâmiyet’ten önceki gerekse İslâmiyet’ten sonraki Arap toplumlarında hayvanların yerinin ve öneminin bir göstergesi olarak kabul edilebilir. Buna ek olarak, toplam 114 sûreden 7’sinin dolaylı ya da doğrudan hayvanları konu edinmesi ve bunun

yaya yayılmıştır. Günümüz dünyasında bir buçuk milyara yakın bir kitle bu dinin mensubudur. İslam, üç ana ilahî dinden biri olarak dünyada en çok inanılan dinlerden biridir.

⁴⁹ “İslâm” kavramını daha iyi anlayabilmek için, bu kelimenin kök fiilinin hangi anlamlarda kullanıldığına bakmak gerekir. Bundan önce, İslâm’ın sadece bir inanış olmadığı, yabancı dilde kullanılan din anlamına gelen “religion” kavramının İslâm kavramını karşılamakta yetersiz kaldığı ifade edilmelidir. İslâm kelimesinin türediği “esleme” fiili, barışa girmek, barış yapmak; boyun eğmek, itaat etmek, kabullenmek; İslâm’ı din olarak seçmek, İslâm’a girmek; Allah’a teslim olmak, Allah’a bağlanmak; ihlâslı ve samimi olmak; selem alış verişi yapmak gibi anlamlara gelir. İslâm, “Müslüman (Allah’a teslim olmuş, O’na kulluk eden)” kelimesiyle de yakından ilgili olup aynı kökten türemiştir. Kısacası İslâm, inanmanın ötesinde teslimiyeti, barış ve güvenliği de beraberinde getiren ve insana mutlu olmanın yolunu gösteren son derece kapsamlı bir kavramdır. Bkz., Ece, Hüseyin K., İslam’ın Temel Kavramları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 308-309.

⁵⁰ **Armutak**, İslam Dini, s. 58. Ayrıca bkz., **Yiğit**, Yaşar, Hayvan Hakları, <http://www2.diyadinet.gov.tr/DinHizmetleriGenelMudurlugu/VaazProjeleri/Hayvan%20Haklar%C4%B1.pdf>, erişim tarihi: 02.11.2015.

⁵¹ Örneğin, Kur’an’da deve başta olmak üzere koyun, sığır (öküz, buzağı), keçi, domuz, maymun, at, köpek, eşek, bildircin, horoz, karga, kurbağa, balık, yılan, karınca, çekirge, örümcek, arı, sivrisinek gibi hayvanlar çok sık zikredilmiş ve ağırlıklı olarak yer bulmuştur. **Armutak**, İslam Dini, s. 58-59.

⁵² İslâm’da yaratılan her şeye merhamet nazarıyla bakmanın gereği üzerinde durulur ve zulmün, şiddet ve vahşetin yaratılan tüm canlılara karşı yasak olduğu belirtilir. Bkz., **Yiğit**, s. 1-2.

⁵³ Bu hayvan isimleri şöyle sıralanabilir: *Bakara (İnek), En’am (Davay), Nahl (Bal Arısı), Neml (Karınca), Ankebut (Örümcek), Âdiyât (Koşu Atları), Fil (Fil)*.

Kuran içerisinde % 6.14 gibi bir yüzdellik dilime⁵⁴ sahip olması ayrı bir anlam ifade etmektedir⁵⁵.

Her şeyden önce, Kuran’da, insanın yaratılışı ile hayvanın yaratılışının özdeş olduğu görülür⁵⁶. Yine, En’âm sûresi 38 inci âyette “*Ve yerde yürüyen hiçbir hayvan ve iki kanadı ile uçan kuşlardan ne varsa hepsi ancak sizin gibi ümmetlerdir. Biz kitapta hiçbir şeyi noksan bırakmadık, sonra Rab’lerinin huzuruna getirileceklerdir*” ifadesi hayvanların da insanlar gibi sosyal bir yapıya sahip olduklarına, insana çok benzediklerine ve onlara zarar vermenin onların sosyal yapısına da zarar verebileceğine dikkat çekmektedir. Kutsal kitapta hiçbir şeyin eksik bırakılmadığı, yaratanın sadece insanların değil hayvanların da Allah’ı olduğu özenle vurgulanmaktadır⁵⁷. Ayrıca, Kuran’ın çeşitli Sûrelerinde⁵⁸ yüce yaratan tarafından yaratılan hayvanların insanların ihtiyaçları için yaratıldığı belirtilmiş ve hayvanların tüketilmesi noktasında insanoğluna kaygısızca davranmaması ve ihtiyacından fazlasını tüketmemesi emredilmiştir.

Burada, üzerinde durulması gereken hassas konulardan biri de *kurban* meselesidir. Bugün, bazı çevrelerce vahşet olarak ifade edilen kurban ibadetine ilişkin olarak Kuran’daki düzenlemelerden ilki, Kevser Sûresi’nin 2 nci âyeti olup “*Sen de Rabbin için namaz kıl ve kurban kesiver*” şeklindedir. Diğer hükümler ise, Hac Suresinin 30, 34, 36 ve 37 inci âyetleridir. Bu âyetlere göre, “*...Size haram olduğu bildirilenden başka bütün hayvanlar helal kılınmıştır* (Hac Sûresi 30). “*Ve Biz, bütün ümmetler için (kurban konusunda aynı) usulleri tayin ettik ki onlara, (Allah’ın) rızık olarak verdiği (kurbanlık) hayvanlar üzerine Allah’ın İsmi’ni zikretsinsinler (Allah’ın İsmi ile kurbanları kessinsinler)*. (Hac Sûresi 34). “*Biz o kurbanlık deve ve sığırları sizin için*

⁵⁴ Bu oranın belirlenmesinde, Yunus Sûresi dikkate alınmamış, bu sûrenin adının Yûnus Peygamber’den geldiği düşünülerek bu sûre değerlendirme dışı bırakılmıştır. **Armutak**, İslam Dini, s. 59.

⁵⁵ **Armutak**, İslam Dini, s. 59.

⁵⁶ Nûr Sûresi 45 inci âyete göre, “*Allah bütün hayvanları sudan yarattı. Aralarında karnı üstünde sürünenler, iki ayaküstünde yürüyenler, dört ayaküstünde yürüyenler var. Allah dilediğini yaratır; çünkü her şeye gücü yeter*”. Nahl Sûresi’nin 4 üncü âyetinde ise insanın yaratılışının bir damla sudan olduğu ifade edilmiştir. Fûrkan Sûresi 54 üncü âyette ise “*Ve o Kerim yaratıcı insanı sudan yaratmıştır*” ifadeleriyle bu özdeş yaratılışa işaret edilmiştir. Bkz., http://www.kuranmeali.org/24/nur_suresi/45.ayet/kurani_kerim_mealleri.aspx; http://www.kuranmeali.org/16/nahl_suresi/4.ayet/kurani_kerim_mealleri.aspx; http://www.kuranmeali.org/25/furkan_suresi/54.ayet/kurani_kerim_mealleri.aspx, erişim tarihi: 27.3.2016.

⁵⁷ **Armutak**, İslam Dini, s. 59; **Savaş/ Yurtman/ Tölü**, s. 55.

⁵⁸ Bkz., Maide Sûresi 3 üncü âyet; Bakara Sûresi 173 üncü âyet ve E’nam Sûresi, 118, 119, 121, 142, 146 ncı âyetler (<http://www.kuranmeali.org/>, erişim tarihi: 27.3.2016).

Allah’ın alametlerinden kıldık. Sizin için onlarda hayır vardır. O halde, ön ayaklarının biri bağlı halde keserken üzerlerine Allah’ın adını anın. Yanları yere yaslandığı vakit de onlardan yiyin. Kanaat edip istemeyene de, isteyene de yedinin. Böylece onları sizin emrinize verdik ki şükredesiniz. (Hac Sûresi 36). “...Elbette onların ne etleri ne kanları Allah’a ermez” (Hac Sûresi 37)⁵⁹.

Bahsi geçen ayetlerde kurban kesmenin bir dinî ritüel olmadığı, batıl dinlerdeki gibi Allah’a bir hediye olarak değil hayvanın canını almaktan öte insanın beslenme ihtiyacı için belli kurallar çerçevesinde yapılması gereken bir ibadet olduğu görülmektedir. Yine, kurbanla ilgili olarak hac ibadeti boyunca avlanmak, yani hayvan canına kıymak yasaklanmıştır⁶⁰. Âyette, Hac’da iken avlanma kesin olarak yasaklanmıştır ve avlanarak hayvanın canına kıyanlara cezalar öngörülmüştür. Bu düzenleme, hac ibadetinin süresi ile sınırlı olsa da, hayvan hakları bakımından çok önemli bir korumadır⁶¹.

Hayvanlarla ilgili olarak Mü’minûn Sûresinin 21 ila 30 uncu âyetlerinde Nuh Tufanı’dan bahsedilmektedir. Bu âyetlerde, hayvanların, insanların gereksinimleri için yaratıldıkları ifade edilmektedir. Yine, Yasin Sûresinin 71, 72 ve 73 üncü âyetlerinde hayvanların insanlar için yaratıldığı bildirilmektedir⁶². Nahl sûresinde ise, insanların hayvanlardan yaralanması ve hayvanların insan için taşıdığı değerden bahsedilmektedir (Nahl Sûresi 80 inci âyet)⁶³. Keyf sûresi 18 ila 21 inci âyetlerde köpekten bahsedilmekte ve köpeğin sadık bir dost, iyi bir arkadaş olarak yüceltiildiği görülmektedir⁶⁴. Ayrıca, A’râf

⁵⁹ Bkz., <http://www.kuranmeali.org/kuran/hacc-suresi>, erişim tarihi: 27.3.2016.

⁶⁰ Bkz., Maide Sûresi 1 inci âyet, http://www.kuranmeali.org/5/maide_suresi/, erişim tarihi: 27.3.2016. Kurban konusunda ilk emir alan İbraniogulları, zaman içerisinde kurban geleneklerini terk etmişlerdir. Ancak, günümüzde, mezbahalardaki kesimlerde çoğunlukla yine eski yöntemleri kullanmaktadırlar. Son derece kanlı olan bu kesim yöntemine, Yahudi toplumundan bile eleştiriler gelmektedir. Hristiyan toplumlarında ise, Hz. İsa’nın kendisini insanlar için kanlı bir şekilde çarmıhta kurban etmesi, din adamlarınca başka kanlı kurban gerektirmediğine gerekçe gösterilmiş ve hayvan kurban etme geleneği tümüyle terkedilmiştir. Bkz., **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 53.

⁶¹ **Armutak**, İslam Dini, s. 61; **Kılıç**, s. 96-97.

⁶² <http://www.kuranmeali.org/kuran/muminun-suresi>; <http://www.kuranmeali.org/kuran/yasin-suresi>, erişim tarihi: 27.3.2016.

⁶³ <http://www.kuranmeali.org/kuran/nahl-suresi>; aynı yönde bkz., El En’âm Sûresi, 143, 144, 145 inci âyetler. Bkz., <http://www.kuranmeali.org/kuran/enam-suresi>, erişim tarihi: 27.3.2016.

⁶⁴ **Armutak**, İslam Dini, s. 62. Ancak, Kuran’da hayvanlardan her zaman iyi bahsedilmemektedir. Zaman zaman hayvanların iyi olduğu gibi kötü benzetmeler için araç olarak kullanıldığı âyetler de vardır. Bkz., Maide sûresi 60 inci âyet; Bakara sûresi 65 inci âyet; Lokman sûresi 19 uncu âyet; A’râf sûresi 177 inci âyet (<http://www.kuranmeali.org>, erişim tarihi: 27.3.2016). Benzer şekilde, Tevrat’ta, Zebur ve İncil’de yılanın kötülük simgesi olarak ifade

Sûresi 73-80, Hûd Sûresi 64-68 ile İsrâ Sûresi 59 uncu âyet, Allah'ın bir kavime mucize olarak gönderdiği ve kötülük edilmemesini emrettiği devenin öldürülüşü üzerine, o kavimin Allah tarafından cezalandırıldığı anlatıldığı âyetlerdir.

Kuran'da geçen hayvan hakları ile ilgili en önemli ifadelerden biri de Şems Sûresi 13 ila 15 inci âyetlerdir. Buna göre, "*Allah'ın peygamberi demişti ki: Allah'ın dışı devesini bırakın, su içmesine ilişmeyin. O'nu yalanladılar ve ayaklarını kesip deveyi öldürdüler. Rableri bu suçlarından dolayı onları helâk etti; orayı yerle bir etti. O, bu işin sonundan korkmaz*"⁶⁵. Tâhâ Sûresinin 18 inci âyetinde ise, Hz. Musa'nın çobanlık yapmasından ve koyunlarının karnını doyurma kaygısı duymasından bahsedilirken bir peygamberin hayvanları için endişelendiği ifade edilerek hayvana açıkça kıymet atfedilmektedir⁶⁶. Yine, Nahl Sûresinin 5, 6, 7 ve 8 inci âyetlerinde hayvanların insanların faydası için yaratıldığı izah edilmiş; aynı Sûrenin 66 ncı âyetinde aynı konu başka bir örnekle tekrarlanmıştır⁶⁷. Âdiyat Sûresi'nin 1 inci ve 2 inci âyetlerinde atların güzelliğinden bahsedilmekte Sâd Sûresinde de Süleyman Peygamberin hayvan sevgisi, "*Hani bir akşam O'na çok güzel atlar getirilmişti. Dedi ki ben bu güzel şeyleri Rabbimi anarak severim. Gün perdeleninceye kadar onları seyretmiş; çevirin onları demişti. Ve onların bacaklarını boyunlarını silip okşamaya başlamıştı*" ifadeleri ile vurgulanmaktadır. Son olarak Neml Sûresinin 27 inci âyetinde Süleyman Peygamberin karıncalarla ve kuşlarla aynı dili konuşabildiğinden bahsedilerek onlara olan yakınlığı anlatılmaktadır⁶⁸.

Özetle Allah, Kuran'da, tüm hayvanları, kendisine en yakın varlık olarak bildirdiği insanın çıkarı için yarattığını defalarca dile getirmiş; hayvan hakları ve hayvan refahı yönünden insanlara çeşitli mükellefiyetler yüklemiştir. Özellikle, Kuran'da hayvanların insanlar gibi sosyal topluluklar hâlinde yaşadıkları için nedensiz öldürülmelerini yasaklayan ifadeler dikkat çekicidir. Ayrıca, insana her alanda yardımcı oldukları bildirilen hayvanlara

edildiği; domuz, maymun gibi hayvanların kötü hayvanlar olarak anıldığı görülür. Bkz., **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 42-43, 49; **Kılıç**, s. 98-99.

⁶⁵ Aynı olay Şuarâ Sûresinin 155 inci âyetinde de ifade bulmaktadır. Bkz., <http://www.kuran-meali.org/kuran/suara-suresi>, erişim tarihi: 27.3.2016. Ayrıca bkz., **Armutak**, İslam Dini, s. 62.

⁶⁶ **Armutak**, İslam Dini, s. 62.

⁶⁷ Nâziat Suresi 33 üncü âyette de Allah'ın yeryüzünü insan ve onun hayvanlarının yararlanması için yarattığı ifade edilmektedir. Bkz., http://www.kuranmeali.org/79/naziat_suresi/33.ayet/kurani_kerim_mealleri.aspx, erişim tarihi: 27.3.2016.

⁶⁸ Bkz., <http://www.kuranmeali.org/kuran/neml-suresi/>, erişim tarihi: 27.3.2016.

karşı merhamet duyulması ve onlara acı çektirilmemesi çeşitli hükümlerle ortaya konulmuştur⁶⁹.

B) YAHUDİLİK VE HRİSTİYANLIK BAKIMINDAN

İslamiyet’ten farklı olarak Yahudilik ve Hristiyanlık, aynı coğrafyada ama farklı tarihi dönem ve koşullarda doğup büyüyen diğer büyük tek tanrılı dinlerdir. Bu dinler, Ortadoğu’da doğmuş ve zamanla tüm dünyaya yayılmışlardır. Birbirinin devamı olma özelliği gösteren bu dinlere bağlı olarak günümüz dünyasında yaklaşık iki milyara yakın insan yaşamaktadır. Kuran gibi Yahudi ve Hristiyan dininin kutsal kitapları olan Tevrat⁷⁰, Zebur ve İncil⁷¹’de farklı hayvan türlerinden oldukça fazla söz edildiği görülmektedir⁷².

Tevrat’ın Tekvin bölümünde en dikkate değer nokta, Allah’ın, insandan yeryüzünde hareket eden canlı her şeye hükmetmesini istemesi, insanlara sadece sebze ve meyve yemesini bildirmesi ve hayvanların insan için henüz bir besin kaynağı olarak önerilmemesidir. Ancak, Tekvin 9’da Nuh Tufanından sonra Allah, dünya üzerinde yer alan tüm canlıların, hayvan ya da bitkilerin tufandan sonra tümüyle insanın kontrolüne bırakıldığını, daha önce yalnızca meyve ve sebze tüketmesine izin verilen (vejetaryen) insanların, artık hareket eden her hayvanı besin maddesi olarak tüketebileceği belirtilmiştir. Ancak,

⁶⁹ **Armutak**, İslam Dini, s. 64. Ancak, Kuran’da hayvan ile insan arasındaki yaradılışla başlayan eşitlik ve hayvanları koruyan ve gözeten felsefe ne yazık ki, insan merkezci yaklaşımlar sebebiyle terk edilmiş, hayvanların sadece insan için yaratıldığı mantığıyla hayvanlar aleyhine değişmiştir. Bunun sonucu olarak, insanlar yaratılarda yaratana görmeyi, bu sebeple yaratılanı, koşulsuz sevmeleri ve onu korumaları gerektiğini unutmışlardır.

⁷⁰ Zebur’a kaynaklık eden tek tanrılı dinlere ait en eski kitap Yahudi dinine ait Tevrat (Tora)’tır. Tevrat’a *Eski Antlaşma* ya da *Ahd-i Atik* adı da verilir. Tevrat, *kanun* anlamına gelen İbranice “*Tora*” sözcüğünün Arapça hâlidir. Tevrat, üç bölümden oluşur. İlk bölüm Hz. Musa’nın beş kitabından şekillenmiştir ve gerçek Tevrat bu bölümlerden oluşmaktadır. Bu bölümler; Tekvin, Çıkış, Levililer, Sayılar ve Tensiye adlarını taşır. Eski Antlaşma’nın ikinci bölümü “Peygamberler’in Kitapları” olarak adlandırılır ve yirmi bir kitaptan oluşmuştur. Üçüncü bölüm olan “Ketubim” ise on iki kitaptan meydana gelir. Bunlardan biri de Hz. Davud’a indirilen Zebur (Mezmurlar)’dur. Bu on iki kitabın daha çok tarih, efsane, şiir ve atasözleri gibi metinlerden oluştuğu söylenebilir. Hz. Davud’a Allah tarafından gönderildiğine inanılan ve Eski Antlaşma’nın içinde yer alan Zebur (Mezmurlar) ise, 150 kutsal şiir (mezmur)’den oluşmuştur. Bkz., **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 40.

⁷¹ Hristiyanlığın kutsal kitabı olan İncil, *müjde* anlamına gelir. Altmış aşkın İncil varsa da Katolik Kilisesi bunlardan dördünü kabul etmiştir. Bunlar, *Matta*, *Markos*, *Luka* ve *Yuhanna*’dır. Bu İncillerin dördü birden “Evangile” adıyla anılır. Bu dört kitaba “Peygamberlerin İşleri” ile “Aziz Pavlus’a ait yirmi bir mektup ve “Aziz Yuhanna’nın Vahyi” bölümlerinin de eklenmesiyle kutsal kitap “Yeni Antlaşma” ya da “Ahd-i Cedid” adını alır ve toplam yirmi yedi kutsal metinden oluşur. Bkz., **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 40.

⁷² **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 39.

etin kandan arındırılarak tüketilmesi şarttır⁷³.

Hz. Davut'a inmiş olan kutsal kitap Zebur (Mezmurlar)'da ise Tevrat'ın aksine daha seyrek hayvan portreleriyle karşılaşılır. Zebur'da, dünyanın ve üzerindeki tüm canlıların, bu arada hayvanların da denetiminin insana bırakıldığına işaret edilmekte⁷⁴, belirli semboller yüklenen hayvanlar, aslında hayatın çeşitli tehlikelerini simgelemektedirler⁷⁵. Ayrıca, kurban edilecek hayvanlara Allah'ın hiçbir gereksinimi olmadığı belirtilerek insanların sadece kurban keserek kendilerini affettiremeyecekleri bildirilir⁷⁶.

İncil, Allah'ın insanları kendi suretinde yarattığını ve insanların, hayvanlar da dâhil, doğal kaynakları kendi amaçları için kullanmakta olduğunu vurgulamaktadır. Hristiyan düşünürler, hayvanların akıl yürütme yetisinden yoksun olduklarını ileri sürerek, hayvanları, insanlara göre daha alt seviyede görmüşlerdir. Hristiyan toplumu gibi Yahudi toplumunda da hayvanların insanlara göre daha alt seviyede olduğu kabul edilse de, Yahudi dini, hayvanlara verilen acının azaltılması veya en aza indirilmesi konusuna Hristiyanlardan daha çok önem vermektedir. Yahudi dinine göre Allah'ın bütün yarattıkları merhameti hak etmektedir⁷⁷.

Nihayet, en esaslı noktaları itibarıyla bu kitaplarda geçen hayvanlarla ilgili ifadeler şu şekilde özetlenebilir: Hayvanlar, insana, Allah tarafından verilen değeri gösterdikleri gibi aynı zamanda Allah'ın yaratıcı gücünün göstergesidirler. Hayvanlar belli kurallarla kurban ve besin materyalidirler. Hayvanlar saflık ve temizliği ifade ederler. Hayvanlar insanın yardımcısı ve dostudur. Buradan hareketle, Yahudiliğin ve Hristiyanlığın kutsal kitaplarında özetle vurgulanan, hayvanların farklı renk ve biçimlerde tür ve ırklar şeklinde yaratıldıkları, insan kadar olmasalar bile Allah tarafından sevildikleri ve Nuh Tufanı örneğinde olduğu gibi korunduklarıdır. Hayvanlar, insana, tarım,

⁷³ **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 43-44.

⁷⁴ Bkz., Zebur, Mezmurlar 8/7-8-9, (<http://incil.info/kitap/Mezmurlar/+8> , erişim tarihi: 4.4.2016).

⁷⁵ Bkz., Zebur, Mezmurlar 22/20-21 (<http://incil.info/kitap/psa/22>, erişim tarihi: 4.4.2016). Ayrıca bkz., **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 48.

⁷⁶ Bkz., Zebur, Mezmurlar 50/9-13 (<http://incil.info/kitap/psa/50>, erişim tarihi: 4.4.2016). Kurban meselesi, Mezmurlar 69/30-31'de yeniden ele alınır ve çok kurban kesen zengin insanlardan belki de hiç kurban kesemeyen, fakir ama kendisine şükran duyan insanlara çok daha yakın bir Allah'tan bahsedilmektedir. Bkz., <http://incil.info/kitap/psa/69>, erişim tarihi: 4.4.2016). **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 48.

⁷⁷ **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 53.

besin, av, savaş, bekçilik, taşımacılık konularında yardım ederek kaynak oluşturmaktadırlar ve insanın yönetimine bırakılmışlardır⁷⁸.

IV. HAYVAN HAKLARI FİKRİNİN DOĞUŞU VE GELİŞİMİ

İnsanlık tarihi açısından bakıldığında hayvan haklarının ve çevre bilincinin oluşması uzun bir zaman dilimine yayılarak çeşitli evrelerden geçmiştir. İnsanlık tarihinin ilk evresinde, insan, ancak çevresinin farkına varabilmiş, doğayı tanıma, doğaya ayak uydurma çabasında olmuştur. Bu ilk aşamada insan, doğanın bir parçası olarak doğayla uyum içinde yaşamak mecburiyetinde kalmıştır⁷⁹. İkinci evrede ise, insan ve çevre ilişkilerinin yıkıcı etkileri ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu evrede, insan, doğayı egemenlik altına alma ya da doğayı değiştirme çabasıdadır. Esasen, doğal çevrenin tahribatının köklerini, binlerce yıl öncesine giden bir geçmişte bulmak olanaklıdır. *Polis* adı verilen Antik Yunan kentlerindeki hava ve su kirliliği, çevre sorunlarına gösterilebilecek ilk örnekler arasındadır. Roma hamamlarında yakılan tonlarca odunun neden olduğu orman tahribatı ve zamanla orman varlığının azalmaya yüz tutması, insanlığın doğal çevreyle ilişkisinde ne denli düşüncesiz davrandığını göstermektedir. Antik Yunan ve Roma uygarlıklarında işgal edilen toprakların tuzlanarak tarım yapılmasının engellenmesi ise çevre ve insan ilişkilerindeki acımasızlığın geçmişteki boyutlarını ortaya koyuyor ve ilk bilinçli gerçekleştirilen çevre kirliliğinin örnekleri olarak anılıyor⁸⁰. Üçüncü evre, insanın kendisi ile çevre ilişkilerinde çevre sorunlarının ve bu sorunların neden olduğu yıkımın boyutlarının farkına vardığı aşamadır. Bu önemli evrede, insanlık çevre bilincini kazanmış ve çevrenin önemini farkına varmaya başlamıştır. 1972’de Stockholm’de yapılan “İnsan ve Çevre Konferansı”, çevre bilincinin evrensel tohumlarının atılması açısından en duyarlı toplantı olarak ifade edilebilir. Stockholm Konferansı’nın da

⁷⁸ **Armutak**, Yahudi ve Hristiyan Dini, s. 51-52.

⁷⁹ İnsanın, mağaralarda toplu olarak yaşama ya da vahşi hayvanlardan korunmak için toplu olarak dolaşma gibi davranışları, doğayı tanıma ve yaşamak için doğaya ayak uydurma aşamasında ortaya çıkmış kültürlerdir. Bkz., **Ertan**, s. 395.

⁸⁰ Bugün hâlâ kimilerinin inatla savunduğu “çevre insan içindir” anlayışı, insanın çevreyle ilişkilerinde geçirdiği ikinci evrenin günümüze yansımından başka bir şey değildir. İnsanın, doğal çevre ile kendi yarattığı yapay çevreyi ayırmaya başladığı ya da yapay çevrenin doğal olandan farklılaştığı bu evrede, insanın doğa ile onu kontrol altına almak için acımasızca savaştığı söylenebilir. **Ertan**, s. 395; **Özgür**, Makale 1, s. 10. Ancak bu dönemde bile, Babil’de, M.Ö. 1900’de ormanların ve Eski Mısır’da M.Ö. 1370’de doğal kaynakların korunmasına ilişkin hukukî düzenlemeler yapıldığı bilinmektedir. Bkz., **Abanoz**, Nejla, Çağdaş Toplumlar da Hayvan Hakları ve Refahı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, acikarsiv.atilim.edu.tr/browse/242/255.pdf, (erişim tarihi: 16.04.2015), s. 6.

katkılarıyla çevre bilinçlenmesi konusunda günümüze gelinceye kadar önemli adımların atıldığı görülmektedir. Bunlar arasında Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Komisyonu'nun "Sürdürülebilir Kalkınma Raporu" ile "Rio Zirvesi"nin de anılması gerekir⁸¹.

Dördüncü evre, çevre bilinçlenmesini izleyen ve bu bilincin oldukça geliştiği son evre olarak ifade edilebilir. Bu evre, daha çok çevre sorunlarının nedenlerinin aranmaya başlanması ve bunlara çözüm yolları bulmaya dönük çabaları içerir. Bu son aşamada, insanın çevrenin bir parçası olduğunun anlaşılması ve insan merkezci yaklaşımların terk edilmeye başlanması söz konusudur. Etik olarak ifade bulan düşüncelerin⁸² hukuksal düzenlemelere konu olmaya başlaması ile "çevre hukuku"⁸³, "çevre hakkı", "hayvan hakları" gibi yaklaşımların bu son aşamada ortaya çıktığı söylenebilir⁸⁴. İnsanların sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakları olduğuna ilişkin düşüncelerin sonucu olarak çevre hukuku gelişmiştir.

Çevre hakkını İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne dayandıran görüşlere göre ise çevre hakkı, Bildirge'nin *Giriş* bölümündeki "gereksinimleri karşılama özgürlüğü" ile "daha geniş bir özgürlük ortamında, insanların toplumsal gereksinimlerinin sağlanması ve daha iyi yaşam ölçünlerine kavuşturulması" gibi temel ilkelerden çıkarılabilir. Şüphesiz, belirli bir yaşanmışlığın kazanımı olan haklar, toplumsal gelişmeye paralel olarak boyut kazanacaklar, eskilerinin yanına veya yerine yeni kuşak haklar eklenecektir. Ayrıca bu gelişme, yeni kavramlara, hatta içerik değişikliklerine yol açacaktır. Bu çerçevede, yalnızca insanların değil, insan dışındaki canlı varlıkların ve özellikle hayvanların hakları olduğu savunulmaktadır. Bu görüşler doğrultusunda yeni yaklaşımlar, hukuksal düzenlemelerde yer bulmaya

⁸¹ Ertan, s. 395-396.

⁸² Singer, Practical Ethics, s. 1 vd.

⁸³ İnsan ve çevre ilişkilerinin son aşamasına gelindiğinde, hiç ifade bulmayan yeni etik değerlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu yeni etik değerler ve bu değerlerin hukuksal düzenlemelere konu olması ile insan ve çevre ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi gündeme gelmiştir. Bu son aşamada, insanın doğal ve yapay çevresini oluşturan bileşenleri koruyan, geliştiren ve hukuksal durumlarını düzenleyen bir hukuk dalı olarak çevre hukuku ortaya çıkmıştır. Bkz., Ertan, s. 396. Çevre hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Güneş, M. Ahmet, Çevre Hukuku, İstanbul 2015; Ertaş, Şeref, Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2012; Alca, Suzan Süheyla, Kent-Çevre-Hukuk, İstanbul 2011. Ayrıca bkz., Singer, Practical Ethics, s. 264 vd.

⁸⁴ Ertan, s. 396; Crowe, Jonathan, Levinasian Ethics And Animal Rights, Windsor Yearbook Of Access to Justice, Vol. 26, No. 2, 2008, pp. 313-328, 320 ff.

başlamıştır⁸⁵. Bu aşamada, insan merkezci ve ayırımçı bakış açısı terk edilmeye başlanmıştır. Artık beyazlar için siyahların, erkekler için kadınların yok sayılmayacağı gerçeği gibi insanlar için de hayvanların yok sayılmasından vazgeçilmesi gerektiği savunulur olmuştur. Bir insanın yaşaması, o insanın çıkarına olduğu için hak doğuruyorsa, hayvanın yaşaması da o hayvanın çıkarına olduğu için hak doğurmak zorundadır. Bir insanın yaşam isteği, bir hayvanın yaşam isteğinden farklı değildir⁸⁶. Hayvanlar dünya için çok önemli bir değere sahiptirler⁸⁷. Hayvanların dünya için olduğu kadar insanlar için de özel bir değeri olduğuna göre hayvan haklarının insan haklarının bir görünümü ve uzantısı olduğu savunulabilir⁸⁸. Hayvan hakları savunucularına göre, insan-hayvan ilişkilerini düzenleyerek insan-çevre ilişkilerinde yeni bir düzen kurmak gerekmektedir. Yeni bir düzen kurulmak isteniyorsa, doğal çevreye saygı ile hayvan hakları düşüncesi de, insan merkezli insan hakları düşüncesi gibi, pozitif hukuka yansıtılmalıdır⁸⁹. Bir insan için insan hakları ne kadar anlamlı ve gerekliyse, doğal dengeye ve insan-çevre ilişkilerinin yeniden düzenlenmesine gereksinimi olan bir hayvan için hayvan hakları da o kadar anlamlı ve gereklidir⁹⁰.

⁸⁵ Ertan, s. 396.

⁸⁶ Ertan, s. 402; Kılıç, s. 103-104; Özgür, Makale 1, 12. Hayvan haklarının varlık sebebi olan çıkar teorisi hakkında bilgi için bkz., Singer, Practical Ethics, s. 48 vd.; Regan, Tom, The Case for Animal Rights, Berkeley Los Angeles 2004, s. 13. Regan’a göre, “Acısız bile olsa hayvanları öldürmek yanlıştır, çünkü onlar yaşamın öznesidirler. Yani, hayvanları öldürmek onlara işkence etmek kadar yanlıştır, onlar yaşamın öznelere olarak aslı bir değere sahiptir. Hayvanlar bazı amaçları tatmin etmek için basit birer araç olarak görülemezler. Onların her türlü fayda düşüncesinin ötesinde bir değeri vardır”. Bkz., Doğan, s. 39; Charlton/ Coe/ Francione, <http://wetlands-preserve.org/?page=LeftAR>, erişim tarihi: 16.04.2015; Fufeld, p. 256. Ancak, Francione ve Regan’ın yalnızca bir yaşından büyük memeliler için hayvan hakları savunmasında bulunmalarının eleştirisi için bkz., Wise, p. 49-50.

⁸⁷ Kılıç, s. 105. Bu yüzden, insan, hayvanların mümkün olduğunca bilimsel bulgular neticesinde tanılanan biyolojilerinin öngördüğü şekilde yaşamlarını sürdürmelerini sağlama yükümlülüğü altındadır. Bkz., Savaş/ Yurtman/ Tölü, s. 56.

⁸⁸ İnsanlar gibi hayvanlar da saygıyı, itibar gösterilmesini hak ederler, menfaatleri doğrultusunda şekillenen haklara sahiptirler. Ancak, insan haklarının bir görünümü ve uzantısı olan hayvan hakları insan hakları ile özdeş değildir. Bkz., Deckha, Maneesha, Animal Justice, Cultural Justice: A Posthumanist Response To Cultural Rights In Animals, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 2, 2007, pp.189-229, p.194. Ayrıca bkz., Ertan, s. 401; Kılıç, s. 114 vd. Şüphesiz, hayvan haklarının mutlak olduğu iddia edilemez. Hayvan hakları, tıpkı insan hakları gibi sınırlıdır ve başka bir insan veya hayvanın çıkarlarıyla çatışabilir ve çatıştığı anda da kısıtlanabilir. Bkz., Özgür, Makale 1, s. 12.

⁸⁹ Kılıç, s. 119; Adams, p. 42.

⁹⁰ Ertan, s. 402; Kılıç, s. 105-106. Zira, Baker’e göre, “...bitkilere ve hayvanlara revâ görülen muamele, uygarlıklar düzleminde bakıldığında, insanlar arasındaki ilişkilerin de kriteridir.” Ulus Baker hakkında bkz., https://tr.wikipedia.org/wiki/Ulus_BakerUlus, erişim tarihi:

Hayvan haklarının gelişmesi ile bağlantılı bir kavram olarak burada zikredilmesi gereken hususlardan birisi de hayvan gönenci (refahı) dır. Zira, hayvan hakları hareketi, temelini hayvan gönencinden alır. Gerçekten, tarihsel süreçte hayvan haklarından önce hayvan gönencine ilişkin düzenlemeler dikkat çekmektedir⁹¹. Gönenc kelimesi, yabancı dildeki “welfare” kelimesinin karşılığı olarak “iyi halde olmak, mutlu olmak” anlamlarına gelir. Bu bakımdan hayvan gönenci, hayvanların sadece kendi doğal çevrelerinde uyum içerisinde tam bir zihinsel ve fiziksel sağlık durumunda bulunmaları⁹² olarak tanımlanabilir⁹³. 1960 sonrası bilimsel değerlendirmelerde, hayvanların

hi: 4.4.2016. Aynı şekilde, insanlar birbirlerine karşı olan şefkat ve sorumluluk duygularını hayvanları severek, onlara bakarak geliştirirler. Bir çocuk hayvanlara kötü muamele ederse, o büyüdüğünde muhtemelen insanlara da kötü muamele edecektir. Fakat hayvanlara karşı nazik davranmayı öğrenmiş bir çocuk, bir yetişkin olarak insanlara karşı da nazik olacaktır. Bkz., **Doğan**, s. 33.

⁹¹ Örneğin, Avrupa Birliği açısından hayvan gönenci büyük önem arz etmektedir. Amsterdam Antlaşması ile Avrupa Topluluklarını kuran antlaşmaya eklenen Hayvanların Korunması ve Hayvan Refahı Protokolü doğrultusunda Topluluk ve Üye Devletler, tarım, ulaştırma, araştırma, iç pazar gibi uygulama alanlarında hayvan refahı gerekliliklerinin gözetileceği konusunda mutabık kalmışlardır. **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım Ve Balıkçılık Bakanlığı**, Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı, Ankara 2011, s. 2. Ayrıca bkz., **Savaş/Yurtman/ Tölü**, s. 57 vd.; **Antalyalı**, Ahmet A., Avrupa Birliği ve Türkiye’de Hayvan Refahı Uygulamaları, <http://www.tarim.gov.tr/ABDGM/Belgeler/IDARI%20ISLER/uzmanlik%20Tezleri/AhmetAntalyali.pdf>, erişim tarihi:16.04.2015; **Abanoz**, s. 11-12; **Ergün**, Refah, s. 56 vd.

⁹² Hayvan gönencine aykırı olarak, yakın zamana kadar süt inekleri bağlı sistemde kapalı ve kalabalık ahırlarda barındırılmaktaydılar. Atlar haftanın altı günü yoğun tempoda çalıştırılmakta yedinci gününde kapalı bir ortamda bakılmaktaydılar. Ayrıca diğer çiftlik hayvanları da kış dönemi boyunca kötü hava şartlarında barındırılmakta ve ancak hayatta kalacak kadar yiyecek verilerek bakılmaktaydı. Hayvanat bahçelerindeki yabancı hayvanlar bakıcılar tarafından uygun olmayan kafeslerde tutulmaktaydı. Hayvanlar genellikle uygun olmayan sosyal çevrelerde bulunmakta, bazen çok geniş gruplarda, bazen çok küçük gruplarda yaşamak zorundaydılar. Tüm bunlar, hayvanlarda olumsuz davranışların ortaya çıkmasına ve gönence ilişkin tartışmaların yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Bkz., **Antalyalı**, s. 3-4.

⁹³ Duyguyu temele yerleştiren bir yaklaşımla hayvan gönenci acı, korku, açlık ve susuzluk gibi olumsuz durumlara indirgenebilir. Konfor, rahatlık ve sosyal etkilemeler gibi pozitif durumlarda düzeltilebileceği için bilimin görevi, hayvanların bu tür yaşamlarını araştırıp anlamak ve ona göre gönence uygun çözüm üretmek olmalıdır. 1970’lerde hayvanların davranış ve tercihlerini belirlemek amacıyla çeşitli ortamlarda yapılan araştırmalar da bunu doğrulamakta; hayvanların yaşamlarını daha korkusuz, sıkıntısız, az acı veren ortamlarda geçirmek istediklerini ortaya koymaktadır. Bilim adamları, bazı hayvanların duyguları yaşadığına; yaşam koşulları kötü ise acı ve ıstırap çektiğine, iyi koşullarda ise mutlu olduklarına inanmaktadır. Acı ve mutluluk, insan davranışları açısından ele alındığında etik kararların verilmesinde önemli kriterler olarak kabul edilebilir. Aynı şekilde hayvanların değerlendirilmesinde de acı ve mutluluk hayvanlarla ilgili etik değerlendirmelerde önemli kriterler olmalıdır. Bkz., **Yaşar, Aşkın/ Yerlikaya**, Halis, Hayvan Gönenci-Veteriner Hekimliği İlişkisi Ve Avrupa Birliğindeki Yasal Düzenlemeler Üzerine Bir Araştırma, Veteriner Bilimleri Dergisi, C. 20, S. 4, 2004, 17-24, s. 18, 19.

mutluluk ve acı kapasitelerinin onların gönençlerinde merkezî bir nokta olduğu kabul edilmiştir. Ne sağlık, ne stres ne de fiziksel çevre uygunluğu ya da yeterliliği hayvanların iyi bir gönençe sahip olduğu anlamına gelmez. Gönenç, hayvanın nasıl hissettiğine bağlıdır⁹⁴. Hayvan gönençi sorunu, 1960’lı yılların başından beri tartışılmış, bu tartışmaların olumlu etkisiyle “Hayvan Hakları Evrensel Bildirisi” kabul edilmiştir.

Sonuç olarak, insanın, yaratılanların en yücesi olarak yeryüzündeki bütün nimetlerden sınırsız biçimde yararlanması gerektiği yönündeki yaklaşımlar, zamanla bilimsel buluşlar ve gelişmeler ışığında geçerliliğini yitirmiştir. Son yıllardaki bu bilinçlenmenin bir sonucu olarak insan ve çevre ilişkilerinin yeniden tanımlanması bir mecburiyet hâline gelmiştir. Bu aşamada insan, çevre ile ilişkilerini yeniden ele almak ve hukuksal süreçleri yeniden düzenlemek zorunda kalmış, bu yeni etik yaklaşımların pozitif hukuk normlarına dönüştürülmesi zorunlu hâle gelmiştir⁹⁵.

⁹⁴ Yaşar/ Yerlikaya, s. 17-18; Özgür, Atilla, Hayvan Gönenci Açısından Türkiye’de Veteriner Hekimlik İle İlgili Mevzuatın Değerlendirilmesi, <http://www.veteriner.org.tr/files/dergi/cilt78sayi1/mevzuat.pdf>, erişim Tarihi: 30.10.2015, s. 45-46. Ayrıca bkz., **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım Ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 3 vd.; **Antalyalı**, s. 17 vd.

⁹⁵ 1970’de Amerikan Orman Yönetimi, Nevada Dağları’ndaki vadilerden birisinin imara açılması için Walt Disney şirketine izin vermiştir. Şirket, söz konusu yere milyonlarca dolarlık yatırım yaparak eğlence ve oyun merkezleri inşa etmek amacıyla. Bu inşaat sürecince vadideki ağaçların kesilmesi, doğal hayatın yok edilmesi söz konusu olunca, Orman Yönetimi’nin verdiği iznin iptali için dava açılır. Mahkeme, dava açan Sierra Kulübünün talebini, davada taraf görmediği için reddeder. Ancak, Sierra Kulübü, bu iptal girişimi üzerine, Profesör Christopher D. Stone’dan mahkemeye sunması için bir rapor hazırlamasını ister. Stone’un raporu, insan dışındaki varlıkların hakları konusunda yazılmış en kapsamlı çalışmalardan birisidir. Bu çalışması ile Stone, “canlı varlıkların hakları” düşüncesini savunan ilk hukukçu ve düşünürlerden birisi olmuştur. Dava kazanılamamış, ağaçların kesilmesi engellenememiştir. Ancak, Profesör Stone, pozitif hukuk alanında bir kazanım elde edememiş görünse de, zaman içinde Stone’un değerlendirmeleri ve yaklaşımları, hayvan hakları için ilk kıvılcım olarak kabul edilmektedir. Bkz., **Ertan**, s. 399. Ayrıca bkz., **Stone**, Christopher D., Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects, http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic498371.files/Stone.Trees_Standing.pdf, erişim tarihi: 19.3.2016. Türk Hukukunda bugün hayvanların hukukî statüsüne ilişkin özel bir düzenleme olmadığı gibi bitkilere ilişkin bir özel düzenleme de mevcut değildir. Bu bakımdan, hukuken bitkilerin eşya sayılacağı konusunda, hayvanlardaki tartışmanın aksine bir tereddüt yoktur. Toprağa bağlı olan bitkiler ayrı bir eşya olmayıp asıl olan taşınmazın bütünleyici parçası iken, toprağa bağlı olmayanlar ise taşınır eşya kabul edilirler. Bugünkü anlayış gereği durum böyle iken; ilerleyen zaman diliminde doğanın ayrı bir kanununun olacağı ve doğayı koruma kanunları çerçevesinde bitkiler için özel hükümlerin konacağı da ifade edilmektedir. Bkz., **Serozan**, Rona, Doğal Çevrenin Özel Hukukun Araçlarıyla Korunmasındaki Yetersizlikler, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s. 102-111. s. 109; **Aksoy Dursun**, s. 188.

V. HAYVAN HAKLARININ POZİTİF HUKUKTAKİ GÖRÜNÜMLERİ

A) İLK HUKUKİ DÜZENLEMELER

Hayvanları korumaya yönelik düzenlemelerin kökeni, Antik Çağ'a kadar uzanır⁹⁶. Pisagor⁹⁷, insan dışındaki canlılara da iyi davranmanın bir insanlık görevi olduğunu ifade etmiştir. Şair Bion⁹⁸ ise, “Çocuklar, oyun diye kurbağaya taş atarlar; oysa kurbağa ölür” ifadeleri ile çocuklar tarafından bile olsa hayvanların öldürülmesine karşı tepkisini dile getirmiştir. Kuzey Hindistan'da bulunan Maghada Kralı Budist Asoka, M.Ö. 3 üncü yüzyılda hayvan kesimini, kraliyet avcılığını, insan veya hayvanlara gölge veren ağaçların kesilmesini yasaklamıştır⁹⁹. Bunun dışında, bilinen en eski kanunlar, Mezopotamya kil tabletlerinde bulunmaktadır. Bunlar, Ur-Nammu Kanunları (M.Ö. 2100), Lipit-İştâr Kanunu (M.Ö. 900), Eshnunna Kanunları (M.Ö. 1920) ve Hammurabi Kanunları (M.Ö.1728)'dir¹⁰⁰. Roma arenalarındaki acımasız hayvan kıyımlarına karşı Romalılar da hayvanları korumak için çeşitli tepkiler göstermişlerdir. Büyük Pompeius'un düzenlediği fil kıyımının, bir halk ayaklanmasına yol açtığını ve Romalıların fili öldürten generali lanetledikleri rivayet edilmektedir¹⁰¹. Bu örnekler, hayvan sevgisi ve hayvanları koruma bilincinin insanlık tarihi kadar eski bir düşünce olduğuna işaretir.

Hayvanları korumaya yönelik tarihteki ilk kanun, 1641'de o zamanlar İngiliz toprağı iken, şu an Amerika'nın bir eyaleti olan Massachusetts

⁹⁶ **Menteş Güler**, Ayşe/ **Osmanağaoğlu**, Şule, Türkiye'de Hayvanları Koruma Kanununun Tarihsel Gelişimi, Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2009, s. 325-330, s. 323; **Kılıç**, s. 97-98.

⁹⁷ Pisagor, milattan önce, 570-495 yılları arasında yaşamış İyonyalı filozof, matematikçi, “Pisagorculuk” olarak bilinen akımın kurucusudur. Kendisini filozof, yani bilgeliğin dostu olarak adlandıran ilk kişiydi. Pisagor, düşüncelerini yazıya dökmediği için onun hakkında bilinenler öğrencilerinin yazılarında anlattıklarıyla sınırlıdır. Pisagor'a atfedilen birçok eser gerçekte onun öğrencilerinin olabilir. Bkz., <https://tr.wikipedia.org/wiki/Pisagor>, erişim tarihi: 30.3.2016. Ancak, Pisagor'a mal edilen şu ifadelere katılmamak mümkün değildir: “İnsanlar hayvanları öldürdüğüne birbirlerini öldürmeye devam edecekler. Gerçekten de cinayet ve ıstırap tohumları ekenler neşe ve sevgi biçemezler.” Bkz., <https://ecotopianetwork.wordpress.com/author/ecotopianetwork/page/9/>, erişim tarihi: 3.4.2016.

⁹⁸ Bion, İskenderiyeli bir şairdir. İzmir yakınlarında Philossa'da doğmuş olup, Theokritos'un çağdaşı ve taklitçisi olarak bilinir. Aşk ve tabiat şiirleriyle, özellikle, Adonis için yazdığı Epitaphios (Adonis'e Ağıt) adlı eseri ile tanınır. Bkz., <http://yunanmitolojisi.blogspot.com/2007/10/antik-yunan-ve-romal-airlyazarlar.html>, erişim tarihi: 30.3.2016.

⁹⁹ **Abanoz**, s. 5.

¹⁰⁰ **Menteş Güler/ Osmanağaoğlu**, s. 325; **Kılıç**, s. 95.

¹⁰¹ **Sungurbey**, s. 18-19; **Ertan**, s. 405.

kolonisinde çıkarılmıştır¹⁰². Bu kanundaki hayvanları koruyan hüküm, “Hiç kimse, genellikle insanların yararlandığı bir hayvana kötü davranmaz” şeklindedir¹⁰³. 1780’de Hollanda’da hayvanların sağlık ve refahını korumak için bir kanun çıkarılmış, Almanya’da ise, 1871 Ceza Kanunu ile hayvanlara işkence yapmak ve kötü davranmak yasaklanmıştır. 21 Mart 1933’de Hitler döneminde ise bayılmadan hayvan kesimi yasaklanmıştır¹⁰⁴.

İlk Hayvanları Koruma Derneği ise 1824’de İngiltere’de kurulmuştur¹⁰⁵. İngiliz Parlamenter William Miller tarafından 1853’de önerilen 4 Ekim Hayvanları Koruma Günü, Türkiye’de de 1936’da kabul edilmiştir. Hayvan hakları savunucusu San Francesco’nun ölüm tarihi olan 4 Ekim, UNESCO tarafından “Hayvanları Koruma Günü” olarak ilân edilmiştir. 20 inci yüzyılın başından itibaren pozitif hukuk düzenlemelerine konu olan hayvan hakları, 21 inci yüzyılda da, insan hakları felsefesi gibi ayrı bir düşünce ve hak sistematığı

¹⁰² İngiltere ve Galler’de ise hayvan hakları ve refahıyla ilgili yasaların düzenlenmesine 1800’lerde başlandı. Ancak, 1822’ye kadar herhangi bir ilerleme kaydedilemedi. 1822’de sığırlara ağır ve acı hissini uyandıracak uygulamaların yasaklanması şeklinde bir kanun çıkarılmıştır. Daha sonra, 1838’de Saksonya’da, 1850’de Fransa’da ve 1866’da New York’ta benzer ve daha güçlü koruma sağlayan kanunlar yürürlüğe girmiştir. Bkz., **Abanoz**, s. 6; **Kılıç**, s. 106; **Yılmaz**, s. 218.

¹⁰³ Hayvanların korunmasına ilişkin olarak İngiltere’de ilk kanun maddesi, parlamento üyesi Richard Martin’in önerisi ile 1822’de *Martin Kanunu* olarak da bilinen Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Bkz., [https://en.wikipedia.org/wiki/Richard_Martin_\(Irish_politician\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Richard_Martin_(Irish_politician)), erişim tarihi: 31.3.2016.

¹⁰⁴ **Sungurbey**, s. 18-19; **Ertan**, s. 407; **Yılmaz**, s. 218.

¹⁰⁵ 1863 yılında sivil girişimlerin birinci önceliği, hayvanların acı çekmesine engel olacak hukukî düzenlemelerin yapılması olmuştur. Bu çabaların bir sonucu olarak 1875 “The Victoria Street Society ve Frances Power Cobbe” adlı dernekler kurulmuştur. İngiltere’de başlayan bu girişimler başta ABD ve Almanya olmak üzere, diğer ülkeleri de etkilemiştir. 1875 tarihinde “Society for The Protection of Animal from Vivisection”, 1879 yılında ise “German League Against Scientific Animal Torture” ve 1883’te ise “American Antivivisection Society” gibi dernekler ortaya çıkmıştır. İngiltere’de, Royal Commission’un çalışmaları sayesinde Hayvanlara İnsancıl Davranma Kanunu çıkarılmıştır. **Kılıç**, s. 106; **Ergün**, Yusuf, Hayvan Deneylerinde Etik, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, C. 20, S. 1, 2010, s. 220-235, s. 223. Ayrıca bkz., **Başagaç Gül**, R. Tamay, Hasta Hakları Ve Veteriner Hekimlerin Yasal-Ahlaki Sorumlulukları, Veteriner Hekimler Derneği Dergisi, C. 78, S. 3, 2007, s. 58-62, s. 58. Ne yazık ki, bugün İngiltere’de, sokak hayvanlarıyla mücadeleye ilişkin 1878’de yürürlüğe konulan kanunla kayıt altına alma işlemi zorunlu tutulmuş, ancak uygulamada etkinliğin sağlanamaması nedeniyle bu zorunluluk 1988 yılında ortadan kaldırılmıştır. Son yıllarda benimsenen politikalar sayesinde sokak hayvanları sorunuyla mücadele kapsamında yeni düzenlemeler yapılmıştır. 2005 yılında çıkarılan Kanunla, sokak hayvanlarının toplanması, yerel otoritelerin sorumluluğuna verilmiştir. Toplanan hayvanlar yedi gün boyunca yerel otoriteler tarafından barınaklarda tutulmakta olup, bu süre sonunda sahiplendirilemeyen hayvanlar hayvan refahı kuruluşlarına gönderilmekte ya da bu hayvanlara ötenazi uygulanmaktadır. Ayrıca, sokak hayvanlarının sayısını kontrol altına almak için kısırlaştırma yöntemine başvurulmaktadır. **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım Ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 7.

olarak tartışılmaktadır. Bu tartışmaların, “hak” kavramının gelişimi ve hukukun dinamik niteliğiyle yakın ilgisi bulunmaktadır¹⁰⁶.

B) MODERN HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

1. GLOBAL ÖLÇEKTE

Modern hukuk anlamında Hayvanları Koruma Kanunlarının 1950'lere kadar giden bir geçmişi bulunmaktadır. 1950'lerde Avusturya eyaletlerinde (Kaernten, Öberösterreich ve Burgenland) hayvanları koruyan düzenlemeler olarak çeşitli kanunlar çıkarılmıştır. Ayrıca bu yıllarda, ABD¹⁰⁷, İsviçre¹⁰⁸,

¹⁰⁶ Ertan, s. 407.

¹⁰⁷ Hayvanları koruma hareketi Amerika'da 19 uncu yüzyılda atlara ve çiftlik hayvanlarına işkence sebebiyle ortaya çıkmıştır. Hayvanlarla ilgili ilk kanun çiftlik hayvanlarının taşınması sırasında su ve gıda temin edilmesi ve her yirmi dört saatte bir hayvanlara dört saatlik istirahat verilmesi için çıkarılmıştır. Bundan yaklaşık elli yıl sonra 1955'te ilk kez “İnsanî Kesim Kanunu Tasarısı” ABD Kongresi'ne sunulmuştur. Bkz., **Antalyalı**, s. 5. Yine, ABD'de yaşanan bir takım doğal felaketler evcil hayvanlar hakkında yeni kanunlar çıkarılmasına sebep olmuştur. Örneğin, ülkede yaşanan kasırgalarda insanlara, hayvanlarını evde bırakarak evlerini terk etmeleri söylenmiş, çoğu insan hayvanlarını terk ederek sığınaklarda hayatta kalmış, bir kısmı ise hayvanlarını yalnız bırakmayı reddettiği için trajik sonuçlarla karşılaşmıştır. Bu durum, sosyal ve politik diyaloglar kurulmasına sebebiyet vermiş, bunun sonucu olarak *Evcil Hayvanların Tahliyesi ve Transferi* adı altında yeni bir Kanun çıkarılmış, bu Kanun Başkan Bush tarafından imzalanarak 6 Ekim 2006'da yürürlüğe girmiştir. **Hessler**, p. 31-32.

¹⁰⁸ İsviçre'de bu konudaki düzenleme, sadece omurgalı hayvanların korunması bakımından idarî ve cezaî koruma getiren 16.12.2005 tarihine Hayvanları Koruma Kanunu (Tierschutzgesetz)'dur. Kanun metni için bkz., <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20022103/index.html>, erişim tarihi: 8.3.2016. Ayrıca bkz., **Ardemir**, s. 327.

Federal Almanya, Avusturya, Hollanda¹⁰⁹ ve İsveç¹¹⁰’te Hayvanları Koruma Kanunlarına rastlanmaktadır¹¹¹. Bunlardan başka, Avrupa Birliği üyesi ülkeler, 13 Aralık 1968 tarihli Uluslararası Tarımda Hayvanların Korunmasına İlişkin Avrupa Anlaşması’nı ve 10 Mayıs 1979 tarihli Kesim Hayvanlarının Korunmasına İlişkin Avrupa Anlaşması’nı imzalamışlardır¹¹². Ayrıca, Avrupa Birliği mevzuatında hayvanları koruyucu mevzuat düzenlemeleri, 1968 yılında imzaya açılan 65 no’lu Hayvanların Uluslararası Taşıma Sırasında Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 1979 yılında imzaya açılan 103 sayılı Ek Protokol, 1976 yılında imzaya açılan 87 no’lu Yetiştirme Amaçlarıyla Muhafaza Edilen Hayvanların Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesi, 1979 yılında imzaya açılan 102 no’lu Kesim Sırasında Hayvanların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 1986 yılında imzaya açılan 123 no’lu Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 1987 yılında imzaya açılan 125 no’lu Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Mayıs 1999’da yürürlüğe giren

¹⁰⁹ Hollanda’da ilk Hayvanları Koruma Kanunu, 1780 tarihli “*Hayvan Sağlığı ve Refahı Kanunu*” olup bu konuda tarihsel süreçte altı farklı kanun çıkarılmıştır ve bu kanunlardan en sonuncusu 1992 tarihli (aynı adı taşıyan) Kanundur. Tüm bu kanunlaşma süreçlerinde Hollanda Hayvanları Koruma Topluluğu (Dutch Society for the Protection of Animals)’nın büyük gayretleri söz konusudur. Topluluk, gönüllü bir hayvanları koruma organizasyonu olarak 1864’te kurulmuştur. Bugün topluluğun, 200.000’den fazla üyesi ve 65 daimi çalışması mevcuttur. Bkz., https://en.wikipedia.org/wiki/Dutch_Society_for_the_Protection_of_Animals, erişim tarihi: 31.3.2016. Gerçekten Hollanda, hayvan hakları konusunda oldukça iyi gelişme kaydetmiş bir Avrupa ülkesidir. Ülkede, hayvanların parlamentoda temsilini sağlamak ve hayvan haklarına ilgi çekmek üzere hiçbir politik kaygı gütmeyen, ancak diğer partileri bu bakımdan etkilemek isteyen Hayvan Partisi (Party for the Animals-Partij voor de Dieren) Ekim 2002’de kurulmuştur. Parti, şuan temsilciler meclisinde yüz elli koltuktan ikisine, senatodaki ise yetmiş beş koltuktan birine sahiptir. Bkz., https://en.wikipedia.org/wiki/Party_for_the_Animals, erişim tarihi: 31.3.2016. Şüphesiz, hayvanların korunması açısından toplumsal bilincin uyandırılmasını sağlamak sadece kanun yapma ile değil, özellikle hukuk, psikoloji, iktisat, işletme, tıp, fizyoloji ve etik açıdan eğitim almış aktivist kimselerin çabaları ile gerçekleşecektir. ABD’de bu bilincin uyandırılması çabasında olan *hayvan hakları savunma programları* için bkz., Sullivan, Diane M./ Vietzke, Holly/ Coyne, Michael L., Animal Rights Advocacy Programs: Champions For Animal Rights, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 173-193, p. 192-193.

¹¹⁰ İsveç’te Hayvanları Koruma Hukuku ve hareketi hakkında detaylı bilgi için bkz., Striwing, Helena, Animal Law And Animal Rights On The Move In Sweden, Animal Law, Vol. 8, 2002, pp. 93-106, p. 95 vd.

¹¹¹ Bkz., Abanoz, s. 17 vd.; Yılmaz, s. 218; Özgür, Makale 2, s. 32.

¹¹² Ertan, s. 408. Ayrıca bkz., Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım Ve Balıkçılık Bakanlığı, s. 3 vd.

Amsterdam Antlaşması¹¹³ olarak sıralanabilir¹¹⁴. Yukarıda sıralanan Avrupa Birliği Anlaşmalarının kapsamı dışında kalan tek konu ev ve sokak hayvanlarının korunmasıdır. Maalesef topluluk düzeyinde sokak hayvanlarına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 125 no'lu "Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi"ne on altı Avrupa Birliği Üye Devleti taraf olmuş, İtalya ve Hollanda ise sözleşmeyi imzalamakla birlikte henüz onay sürecini tamamlamamıştır¹¹⁵.

Uluslararası alanda Hayvanları Koruma Kanunları ile pozitif hukuk normları hâline gelen hayvan hakları konusunda en önemli uluslararası belge, Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi, Uluslararası Hayvan Hakları Birliği ve ona bağlı ulusal birlikler tarafından 21-23 Eylül 1977 tarihinde Londra'da hayvan hakları konusundaki Üçüncü Uluslararası Toplantıda kabul edilmiştir. Daha sonra Paris'de UNESCO Sarayında 15 Ekim 1978'de ilân edilmiştir¹¹⁶.

Bildirge on dört maddeden oluşmaktadır. Bildirge'nin *ilk maddesi*, bütün hayvanların eşit doğduklarını ve var olma hakkına sahip olduklarını; *ikinci maddesi* ise bütün hayvanların saygı görme hakkından ve insanca gözetilme, bakılma ve korunma hakkından bahsetmektedir. *Üçüncü madde*, hiçbir hayvana kötü davranılmayacağını, acımasız ve zalimce eylem yapılamayacağını düzenler. Aynı maddeye göre, bir hayvanın öldürülmesi zorunlu olursa, bu bir anda, acı çekirtmeden ve korkutmadan yapılmalıdır. *Dördüncü madde* gereğince, yabanî türden olan bütün hayvanlar, kendi özel doğal çevrelerinde karada, havada ve suda yaşama ve üreme hakkına sahiptir. Eğitim amaçlı olsa bile özgürlükten yoksun kılmanın her çeşidi bu hakka

¹¹³ Avrupa Birliği mevzuatı bakımından Avrupa Birliği kurucu anlaşması olan Roma Antlaşması, hayvan refahı ile ilgili özel hükümler içermekteydi. Anlaşma, çeşitli zamanlarda ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla güncellenmiş ve böylece 1999 yılında Amsterdam Antlaşması ortaya çıkmıştır. Bkz., **Antalyalı**, s. 10.

¹¹⁴ Ayrıca bkz., **Antalyalı**, s. 29 vd.; **Abanoz**, s. 20 vd.; **Yılmaz**, s. 219; **Aygün Eşitli**, s. 17; **Özgür**, e-makale, s. 46. Bu Sözleşmelerin bazılarının imzaya açılma tarihinde, doğrudan bu konuların ele alındığı hükümler, Avrupa topluluklarını kuran anlaşmaların içerisinde bulunmasa da, üye devletlerin bu alanlardaki hukukî düzenlemelerinin birbirinden farklılık arz edebileceği, bunun da rekabet ve iç pazarın düzgün işlemesi açısından sorun yaratacağı göz önüne alınarak, bu sözleşmelere bazı üye devletlerin yanı sıra, Avrupa Birliği de taraf olmuştur. Bkz., **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 1.

¹¹⁵ **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 2.

¹¹⁶ Bkz., **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1703; **Ertan**, s. 408; **Ergün**, Etik, s. 223; **Başagaç Gül**, s. 59; **Antalyalı**, s. 8; **Yılmaz**, s. 216; **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 1; https://tr.wikipedia.org/wiki/Hayvan_Haklar%C4%B1_Evrensel_Beyanamesi, erişim tarihi: 31.3.2016.

aykırıdır¹¹⁷. *Beşinci madde*, geleneksel olarak insanların çevresinde yaşayan belirli bir türden olan bütün hayvanların uyumlu bir biçimde türüne özgü yaşam koşullarında, özgürlük içinde yaşama ve üreme hakkından bahseder. *Altıncı madde*, insanların yanlarına aldıkları bütün hayvanlara doğal ömürleri boyunca uygun sürece bakmak zoruna olduklarını ve bir hayvanı terk etmenin acımasız bir davranış olduğunu vurgulamaktadır. *Yedinci madde* uyarınca, bütün çalışan hayvanlar, iş süresi ve yoğunluğunun sınırlandırılması ve güçlerini artırıcı bir beslenme ve dinlenme hakkına sahiptir.

Sekizinci madde hayvan deneyleri ile ilgilidir¹¹⁸. Hükme göre, hayvanlara fizikî ya da psikolojik bir acı çektiren deneyler yapmak hayvan haklarına aykırıdır¹¹⁹. Tıbbî, bilimsel, ticarî amaçlı yapılan deneyler gibi başkaca laboratuvar çalışmaları¹²⁰ için de durum böyledir. *Dokuzuncu maddeye* göre,

¹¹⁷ Hayvanların özgürleşmesinin, insanların özgürleşmesi anlamında geldiği yönünde bkz., **Charlton/Coe/Francione**, <http://wetlands-preserve.org/?page=LeftAR>, erişim tarihi: 16.04.2015.

¹¹⁸ Hayvan deneylerinin de yer aldığı deneysel, karşılaştırmalı yaklaşımlar M.Ö. 4-3. yüzyılda başlamış ve canlı üzerinde (*in-vivo*) yapılan deneysel çalışmalar daha da benimsenerek zaman içerisinde yaygınlaşmıştır. Hayvan deneylerinin yaygınlaşmasından itibaren günümüze kadar gelen süreçte bilim adamları bu denemelerin gerekliliğini savunurken, İngiltere’de 19. yüzyılda sonlarında gelişmeye başlayan anti-viviseksiyonist (canlıları parçalama karşıtı) hareket ile deneylerde hayvan kullanımının gereksizliği savunulmuş ve bu süreçte hayvan deneyleri sebebiyle hayvanları koruma kanunları yürürlüğe girmiştir. Bkz., **Yiğit, Ali/ Sinmez, Çağrı Çağlar/ Aslım, Gökhan**, Türkiye’de Deneysel Hayvanı Kullanmaya Yetkili Kişilerin Hayvan Kullanımına Yönelik Tutumları, Kafkas Üniversitesi, Veterinerlik Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 6, 2015, s. 885-892, s. 886; **Ergün**, Etik, s. 221; **Kılıç**, s. 106; **Başagaç Gül**, s. 58. Ayrıca bkz., **Aygün Eşitli**, s. 16-24; **Çoşkun**, Ayşe Seda/ **Elibol, Pelin/ Çoşkun, Mümin/ Çalışkan, Emrah/ Tükenmez, Mehmet Akif/ Yeğen, Berrak Ç.**, Hekimlerin ve Veteriner Hekimlerin Araştırmalarda Deneysel Hayvanı Kullanımına Bakış Açıkları, Cerrahpaşa Tıp Dergisi, S. 38, 2007, s.146-151, s. 146; **Ögenler**, Oya, Tıbbi Deneylerde Hayvan Kullanımı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, Çukurova Medical Journal, C. 40, S. 4, 2015, s. 637-641, s. 639; **Gericke**, Corina, Hayvan Deneyleri-Sorunsala Giriş, (Çeviren: Sertan Batur), <http://www.oocities.org/tfpsikoloji/gericke/01.htm>, erişim tarihi: 30.10.2015).

¹¹⁹ “3R prensibi” (replacement, reduction, refinement) ile hayvan kullanımını ve hayvanlara acı çektirilmesini en aza indirmek için neler yapılması gerektiği ortaya konulmuş, bu prensip, dünyada olduğu gibi Türkiye’de de hayvan gönenci ile ilgili yasal düzenlemelerin temelini oluşturmuştur. Türkiye’de 3A (Alternatif arama, azaltma ve arındırma) olarak telaffuz edilen bu prensip, deney hayvanları kullanımında mümkünse alternatif metodların kullanılmasını; kullanılacak hayvanların sayısını en aza indirmeyi ve maruz kalacakları/ kalabilecekleri olumsuz koşullardan arındırılmasını amaçlamaktadır. Bkz., **Yiğit/ Sinmez/ Aslım**, s. 886; **Ergün**, Refah, s. 55; **Ergün**, Etik, s. 230-234. Maalesef, hayvanların kullanıldığı deneylerden tamamen vazgeçmek pek mümkün görünmemektedir. Zira, Nobel ödüllerinin üçte ikisini kazanan çalışmalar, hayvan deneylerine dayalı araştırmalardan oluşmaktadır. Bkz., **Çoşkun/ Elibol/ Çoşkun/ Çalışkan/ Tükenmez/ Yeğen**, s. 146.

¹²⁰ Bugün ABD’de, bir takım suçların aydınlatılması bakımından hayvanlar üzerinde de tıpkı insanlar gibi DNA testleri yapılmaktadır. Bkz., **Marsh**, Antoniette E., Paw And Order: Using

hayvan beslemek için yetiştirilmişse de bakılmalı, barındırılmalı, taşınmalıdır. Hayvanın ölümü de acı çektirmeden ve korkutmadan olmalıdır. *Onuncu maddeye* göre, hayvanlardan insanların eğlencesi olsun diye yararlanılmaz, hayvanların seyrettirilmesi ve hayvanlardan yararlanılan gösteriler hayvan onuruna aykırıdır. *On birinci madde* ise, zorunluluk olmadıkça bir hayvanın öldürülmesinin yaşama karşı suç olduğunu; *on ikinci madde*, çok sayıda yabanî hayvanın öldürülmesi anlamına gelen olan her davranışı, soykırım ve suç olarak tanımlar. *On üçüncü madde*, hayvanın öldürüldüğü şiddet sahnelerinin sinema ve televizyonda yasaklanması gerektiğini düzenlerken son madde olan *on dördüncü madde* ise, hayvanları koruma ve savunma kurallarının hükümet düzeyinde temsil olunmasını ve hayvan haklarının da insan hakları gibi kanunla korunması gerektiğini hükme bağlamıştır¹²¹.

Avrupa’da, özellikle Fransa¹²², Belçika, Danimarka, Almanya, Hollanda ve İsveç gibi ülkelerde, genel olarak hayvan hakları, özelde sokak hayvanlarının kontrolüne ilişkin oldukça etkili bir kanunî zemin bulunmaktadır. İlgili mevzuatın uygulanmasından yerel otoriteler sorumlu tutulmuştur. Bu ülkelerde sokak hayvanlarına yönelik zorunlu kayıt sistemi uygulanmakta olup, köpeklerin kalıcı olarak tanımlanmasında mikroçip veya dövme yaygın olarak kullanılmaktadır. Ayrıca, Norveç ve İsviçre’de hayvan nüfusunu kontrol altına almak adına yerel düzeyde eğitim programları düzenlenmektedir. Sokak hayvanlarıyla mücadele noktasında, hayvanlar barınaklara yerleştirilmekte, Almanya dışındaki yukarıda bahse konu ülkelerde, barınaklara yerleştirilemeyen köpekler ötenazi işlemine tâbi tutulabilmektedir¹²³. İspanya,

Animal DNA As Forensic Evidence-Not Yet Ready For Prime Time, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 53-83.

¹²¹ Bkz., https://en.wikipedia.org/wiki/Universal_Declaration_on_Animal_Welfare, erişim tarihi: 31.3.2016.

¹²² Ancak, kırsal alanlarda sokak hayvanlarının sayılarında kontrolsüz bir şekilde artış görülen Fransa’da, tanımlama ve kayıt altına alma işlemlerinin gerçekleştirilmesi bir zorunluluk olmasına rağmen, uygulamada önemli sorunlarla karşılaşmaktadır. Kaybolan veya terk edilen sokak hayvanları sadece geçici bir süre için barınaklarda tutulmaktadır. Bu süre zarfında sahibi bulunamayan ya da yeniden sahiplendirilemeyen hayvanlara, veteriner hekimler gözetiminde ötenazi uygulanabilmektedir. Bu durum, hayvanların sağlıklı ve genç olup olmadığına bakılmaksızın itlaf edilmesi sonucunu doğurması nedeniyle hayvan hakları savunucuları tarafından şiddetle eleştirilmektedir. Zira, Fransız Hukukunda hayvanlar, yaşayan eşyalar olarak değerlendirilmektedir. Bkz., **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım Ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 7. Ayrıca bkz., **Koçhisarlı/Söğütlü Erişgin**, s. 1708.

¹²³ Ayrıca bkz., **Striving**, s. 105-106. Türk Hukukunda, hayvan hakları açısından mevzuattaki en dikkat çekici başlıklardan birini de “hayvanların öldürülmesi” teriminin tercih edildiği “ötenazi” oluşturmaktadır. Mevzuat gereği, bir yandan zorunlu durumlar dışında itlafın infazında bulunması ya da bu sırada tıbbî hizmet vermesi açıkça yasaklanan veteriner hekimlere,

Portekiz gibi Avrupa Birliği’ne yeni üye olan devletlerde ise sokak hayvanları ciddi bir problem teşkil etmeyi sürdürmektedir. Bu ülkelerde, diğer Avrupa Birliği üye devletlerinde olduğu gibi, sokak hayvanlarının kontrolüne ilişkin kapsamlı kanunî düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak, mevzuatın uygulanması noktasında önemli derecede aksaklıklar görülmektedir¹²⁴.

2.TÜRKİYE’DE

Türkiye’de¹²⁵, hayvan haklarının pozitif hukuka yansıtılması bakımından birçok düzenleme olmakla birlikte ülkemizdeki mevzuatın bugün modern dünyada kabul edilen hayvan hakları bakımından yeterli seviyede olduğu söylenemez. Türkiye’de çeşitli pozitif hukuk metinlerinde dolaylı şekilde hayvanları koruyan hükümler bulunsa da bu konudaki en temel düzenleme 24.6.2004 tarihinde kabul edilen ve 17.7.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Hayvanları Koruma Kanunu’dur. Ayrıca, Hayvanları Koruma Kanunu hükümlerine uyulup uyulmadığının denetlenmesini sağlamak için o dönemde Orman ve Çevre Bakanlığınca çıkarılmış olan *Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği*¹²⁶ de yürürlüktedir. Hayvanları Koruma Kanununa yapılan eleştiriler karşısında Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin bir Kanun Tasarısı¹²⁷ da Mecliste kanunlaşmayı beklemektedir.

Bu Kanununun ve bu Kanunda değişiklik yapılmasına dair Kanun Tasarısının değerlendirilmesinden önce Türk Hukukunda hayvanları koruma amacı güden çeşitli mevzuat hükümleri ele alınacak, daha sonra Hayvanları Koruma Kanunu ve bu kanunda değişiklikler öngören Kanun Tasarısı üzerinde durulacaktır.

diğer yandan hayvanlara ötenazi uygulama yetkisi tanınmıştır (HKK.m.13; Yönetmelik m. 31-33). Bkz., **Başağaç Gül**, s. 61.

¹²⁴ **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım Ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 6 vd.

¹²⁵ Aslında, tarihi süreçte Türklerin hayvanlara büyük değer verdiği söylenebilir. Kartal, geyik ve kurt gibi hayvanlar Türk boylarının simgesi olmuştur. Ölen atlar için mezar taşları ve kitabeler yaptırılmıştır. Kaya resimleri ve kilimlerde hayvan figürleri çoğunluktadır. Edebiyatta, türkülerde hayvan sevgisi hissedilir derecede vurgulanmıştır. Bu sevgi, Osmanlı döneminde de devam etmiştir. Hayvanları sevmek dinin de bir gereğidir. İslâm dininde bütün mahlûkata şefkatle muamele yapılması emir olunur. Hayvanlara zulmün cezası ağırdır. Çünkü hayvanların Allah’tan başka koruyucusu yoktur. Hayvanlar riayet edilmesi gereken haklara sahiptir. Hayvanlar, bu dönemde, Türkler tarafından el üstünde tutulurken özellikle Rönesans dönemindeki Avrupa’da aşağılanmakta, insan ve aklı en yüce değer olarak görülmekteydi. Bkz., **Abanoz**, s. 8. Ayrıca bkz., **Menteş/ Osmanoğlu**, s. 326-328; **Kılıç**, s. 99; **Armutak**, İslam Dini, s. 53.

¹²⁶ RG., 12.5.2006, S. 26166.

¹²⁷ Bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss614.pdf>, erişim tarihi:1.3.2016.

a) Çeşitli Mevzuat Hükümleri

Türkiye’de hayvan hakları ile ilgili olarak çeşitli mevzuat hükümlerinden bir kısmı doğrudan, bir kısmı ise dolaylı koruma sağlamaktadır. Bu düzenlemeler arasında, Anayasa, Kanunlar ve Kanun Hükmünde Kararnameler olduğu gibi, iç hukuk açısından kanun gücünde olan Uluslararası Sözleşmeler¹²⁸ de bulunmaktadır. Şüphesiz, ülkemizde hayvanları ve diğer canlı varlıkları korumaya dönük düzenlemelerin başında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası gelir. Doğrudan bir düzenleme olmasa da Anayasanın 56 ncı maddesine göre, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir (Fıkra 1). Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir (Fıkra 2)”. Sağlıklı ve dengeli bir çevre yaratmaya yönelik bu düzenleme, dolaylı olarak hayvanların korunmasına yöneliktir. Sağlıklı ve dengeli bir çevre, insanlar için olduğu kadar, hayvanlar için de bir koruma sağlar. Yine, Anayasa’nın 169 uncu maddesi, orman varlığının ve bu doğrultuda ormanlık alanlarda yaşayan hayvanların korunması açısından önemli bir düzenlemedir¹²⁹.

Türk Hukukunda, hayvanların korunması ile dolaylı kanunî düzenlemelerden ilkinde, Türk Ceza Kanununda rastlamak mümkündür. Bu hükümlerin doğrudan hayvanları korumak amacı gütmedikleri, malikin mülkiyet hakkını ya da çevreyi korurken hayvanları da dolaylı olarak koruma kapsamına aldıkları ifade edilmelidir. Gerçekten, Türk Ceza Kanununda özel bir hayvan tanımı yapılmamış olup hayvanlar esasen mülkiyet konusu

¹²⁸ Türkiye, bu sözleşmelerden 125 No’lu Ev Hayvanlarının Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesini 18 Kasım 1999 tarihinde imzalamış, 28 Kasım 2003 tarihinde ise onaylamıştır. 123 No’lu Deney ve Diğer Bilimsel Amaçlarla Kullanılan Omurgalıların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’ni 5 Eylül 1986 tarihinde imzalamıştır. 87 No’lu Yetiştirme Amaçlarıyla Muhafaza Edilen Hayvanların Korunması Hakkındaki Avrupa Sözleşmesi’ni 6 Haziran 2007 tarihinde imzalamıştır. 65 No’lu Hayvanların Uluslararası Taşıma Sırasında Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve 103 sayılı Ek Protokolüne sırasıyla 19 Aralık 1975 ve 19 Mayıs 1989 tarihlerinde onaylamıştır. 102 nolu Kesim Sırasında Hayvanların Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, 17 Eylül 2007 tarihinde imzalamıştır.

¹²⁹ Ertan, s. 409; Yılmaz, s. 220. Şüphesiz, devletin kuruluşunu ve teşkilatını düzenleyen Anayasa’da hayvan hakları ve hayvanların korunması konusunda doğrudan bir düzenleme bulunmaması, Türk Hukuku açısından önemli bir eksikliktir. Örneğin, Alman Anayasa’nın 20 inci maddesine göre, “Devlet, gelecek nesiller yararına doğal hayatı ve hayvanları korumak sorumluluğundadır”. Bu maddeyle Almanya, hayvanların korunmasına anayasal bir temel kazandırmıştır. Bkz., Aygün Eşitli, s. 18. Ülkemizde yapılması beklenen hayvan hakları reformu bağlamında Anayasa’ya devletin hayvan haklarını ve hayvanları koruyucu görevine vurgu yapan bir hüküm eklenmesi isabetli olacaktır. Bu bağlamda, yapılması tasarlanan yeni Anayasa’da bugünkü Anayasamızın ikinci maddesine bir ekleme yapılarak böyle bir hükme yer verilmesi isabetli olabilir.

eşya (mal) kapsamında değerlendirilmiştir¹³⁰. Bu itibarla hayvanlarla ilgili olsa da genellikle suç ile korunan hukukî yarar, hayvana ait değil (bilimsel deneylerin konusu olması TCK.m.90/b.2; mal olarak hırsızlığın konusu olması TCK.m.142/g.2; tehlike doğuracak şekilde serbest bırakılmalarından doğan cezaî sorumluluk TCK.m.177 gibi), hayvanın malikine, zilyedine veya üçüncü bir kişiye ait olarak düzenlenmiştir¹³¹. Ancak, Türk Ceza Kanununun “Çevreye Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Bölümünde hayvanlar, suçun korunan hukukî yararı hâline gelmiştir ve hayvanların sağlıklı bir ortamda yaşama ve nesillerini sürdürme hakları ile doğal özelliklerini sürdürme hakları koruma altına alınmıştır. Yani, Türk Ceza Kanunu anlamından hayvanlar, eşya ve çevresel bir değer olmak üzere iki başlık altında değerlendirilmiştir¹³².

TCK.m.142/2, (g) bendi “*Hırsızlık suçunun barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan küçükbaş hayvan hakkında işlenmesi halinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına*” hükmedileceği düzenlenmiş, TCK.m.151/2 de, “*Haklı bir neden olmaksızın, sahipli hayvanı öldüren, işe yaramayacak hale getiren veya değerinin azalmasına neden olan kişi mağdurun şikâyeti üzerine dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” şeklindedir. Esasında, iki hükümde de korunan hayvanın yaşama hakkı değil, bireyin mülkiyet hakkı olsa da hayvanların dolaylı olarak korunduğu söylenebilir. Benzer şekilde, TCK.m.177’de “*Hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması*” bir başka suç

¹³⁰ Türk Ceza Kanununun, hayvanları, “hakkın konusu” olarak değerlendirilmesi ve insanların sahip olduğu bir eşya olarak kabul etmesi, hayvan haklarının temel felsefesi ile çelişmektedir. Benzer bir hüküm, Türk Borçlar Kanununun 68 inci maddesinin ilk fıkrasında bulunmaktadır. Hükme göre, “*Bir kişinin hayvanı, başkasının taşınmazı üzerinde bir zarar verdiği takdirde, taşınmazın zilyedi, o hayvanı yakalayabilir, zararı giderilinceye kadar alıkoymalı; hatta durum ve koşullar haklı gösteriyorsa hayvanı diğer yollarla etkisiz hâle getirebilir.*” Bkz., **Ertan**, s. 409. Aynı yönde bkz., **Yılmaz**, s. 222-223. Hayvan hakları açısından bir mevzuat güncellemesine gidildiğinde mutlak suretle bu gibi hükümlerin yeniden kaleme alınması gerekir. ABD’de de ceza kanunları anlamında hayvanların eşya olarak görüldüğü söylenebilir. Zira, hırsızlık iddiasıyla mahkemeye yansıyan bir olayda, komşusunun köpeğini zincire bağlı olarak çamur içinde bayılmış şekilde yatarken gören biri durumu yetkililere bildirmek ister, ancak hiçbir muhatap bulamaz. Olayı, hayvan hakları aktivisti *Tammy Grimes* öğrenir. Grimes, hayvanı zincirinden kurtarıp, veterinerine götürür ve tedavisini üstlenir. Ancak, iyileşen hayvanı eski sahiplerine teslim etmek istemez. Olayın mahkemeye intikal etmesi ile Grimes’e hırsızlık ve çalınan eşyayı alıkoyma suçlarından bir yıl denetimli serbestlik cezası ile 300 gün kamu hizmeti cezası verilir. Bu olay üzerine, bazı eyaletlerde hayvanlara karşı zulmü önleyici eylemlere ceza verilmemesi yönünde Kanunlar çıkartılır. Bkz., **Ellison**, Penny Conly, Time To Give Anticruelty Laws Some Teeth-Bridging The Enforcement Gap, *Journal Of Animal Law & Ethics*, Vol. 3, 2009, pp.1-6, p. 2-3.

¹³¹ **Dönmez**, s. 905-906; **Yılmaz**, s. 220-221.

¹³² **Dönmez**, s. 905.

olarak düzenlenmiştir. Yine, burada düzenlenen suç tipi, hayvana yönelik bir tehlikeden değil, hayvanın yaratacağı tehlikeden kaynaklanmaktadır¹³³.

Türk Ceza Kanununda gerçek anlamda hayvanları koruyan hüküm 181 inci maddesinde, çevrenin kasten kirletilmesi bakımından yer almaktadır. Hükümün 1 inci ve 2 inci fıkrası “İlgili kanunlarla belirlenen teknik usullere aykırı olarak ve çevreye zarar verecek şekilde, atık veya artıkları toprağa, suya veya havaya kasten veren kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (fıkra 1). Atık veya artıkları izinsiz olarak ülkeye sokan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (fıkra 2).” şeklindedir. Asıl koruyucu hüküm ise 4 üncü fıkradadır. Hükme göre, “Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan fiillerin, insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi halinde, beş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına ve bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur”¹³⁴. Türk Ceza Kanununda hayvanları korumaya yönelik düzenlenmiş olan en önemli suç tipi bu maddede düzenlenmiştir¹³⁵.

Türk Ceza Kanununda hayvanları korumaya yönelik diğer bir düzenleme ise Kanunun 226 ncı maddesinin 4 üncü fıkrasında “Müstehcenlik” başlığı ile yer almaktadır. Hükme göre, “Şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde veya doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulandıran kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”. Hayvanlar üzerinde sadece şiddet uygulamak bu madde kapsamında değerlendirilmeyecek, eğer sadece hayvana yönelik şiddet varsa

¹³³ Dönmez, s. 908.

¹³⁴ Çevrenin taksirle kirletilmesini düzenleyen TCK.m.182'nin ilk fıkrasında 181 inci maddede geçen suçun taksirle işlenmesine ilişkin yaptırım düzenledikten sonra ikinci fıkrada, 181/1, b.4'teki suçun taksirle işlenmesi durumunda söz konusu olacak yaptırımdan bahsedilmiştir. Yani, Kanun, suçun kasten işlenmesini de taksirle işlenmesini de yaptırıma bağlayarak isabetli bir düzenlemeye yer vermiştir.

¹³⁵ Yılmaz, s. 222. TCK.m.181'de yapılan düzenleme yeni bir düzenleme olmasına rağmen çevrenin ve hayvanların korunması bakımından yeterli değildir. Zira, çevreye karşı işlenebilecek suçlar sadece metinde yazılı olanlarla sınırlı olmadığı gibi hayvanlara yönelik işlenen suçlar bakımından da madde metnindeki koruma oldukça sınırlıdır. Ayrıca, maddede geçen yaptırımlar yeterli değildir. Karşılaştırmalı hukukta adli para cezası ve hapis cezası yaptırımlarının dışında başkaca yaptırımların da söz konusu olduğu, örneğin kirletilen yerlerin temizlenmesi gibi yaptırımlara da yer verildiği görülmektedir. Bkz., Dönmez, s. 912.

bununla ilgili tek yaptırım olarak Hayvanları Koruma Kanunundaki idarî para cezası gündeme gelecektir (HKK.m.14/1, (j) bendi; 28/1, (k) bendi). Bu madde kapsamındaki suçtan bahsetmek için şiddet içeren eylemin mutlaka cinsel nitelik taşıması gerekecektir¹³⁶.

Türk Hukukunda, hayvanlarla doğrudan ilgili hukukî düzenlemelerden biri de 4915 Sayılı Kara Avcılığı Kanunudur¹³⁷. Kanunun amacını içeren 1 inci maddesinde hayvanları koruyucu düzenleme, “Sürdürülebilir av ve yaban hayatı yönetimi için av ve yaban hayvanlarının doğal yaşam ortamları ile birlikte korunmalarını, geliştirilmelerini, avlanmalarının kontrol altına alınmasını, avcılığın düzenlenmesini, av kaynaklarının millî ekonomi açısından faydalı olacak şekilde değerlendirilmesini ve ilgili kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile işbirliğini sağlamaktır” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı hükmün 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanunun 505 maddesi ile değişik ikinci fıkrasına göre, ise “*Bu Kanun av ve yaban hayvanlarını ve yaşama ortamlarını, bunların korunmasını ve geliştirilmesini, av ve yaban hayatı yönetimini, avlakların kurulması, işletilmesi ve işlettilmesini, avcılığın, av turizminin, yaban hayvanlarının üretiminin, ticaretinin düzenlenmesini, toplumun bilinçlendirilmesini, avcuların eğitimini, av ve yaban hayatına ilişkin suç ve kabahatler ile bunların takibi ve cezalarını kapsar.*”

Ülkemizde, hayvanların korunması açısından anılması gereken bir diğer Kanun ise 2872 Sayılı Çevre Kanunudur¹³⁸. Kanunun amacı, “*Bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamaktır*”. Kanunun 9 uncu maddesinin (f) bendine göre, “*Biyolojik çeşitliliğin sürdürülebilirliğinin*

¹³⁶ Hükümde hayvana karşı cinsel içerikli olmayan şiddet suç olarak görülmediği gibi hayvanlarla insanların cinsel ilişkiye girmesi (hayvana tecavüz edilmesi) suç olarak düzenlenmemiştir. Bu düzenleme ile hayvanın korunması değil, hayvanlarla yapılan bir kısım cinsel davranışların topluma yayılmasının önlenmesi hedeflenmiştir. Bkz., **Dönmez**, s. 914. Şüphesiz, hayvanla cinsel ilişkiyi görüntüleme eylemini suç olarak düzenlerken, hayvana yapılan cinsel içerikli olsun olmasın her türlü saldırıyı suç olarak düzenlememenin, bunu Hayvanları Koruma Kanunu ile kabahat olarak düzenlemenin izah edilir bir tarafı bulunmamaktadır. Esasen, bu suçun düzenlenmesindeki kaygının hayvanı korumaktan çok toplumsal ahlâkı korumak olduğu ifade edilmelidir. Belki, burada Hayvanları Koruma Kanununda bir cezaî düzenleme olduğu için Ceza Kanununda ayrıca bir düzenlemeye daha gidilmediği savunulabilirse de, en azından yürürlükteki mevzuat bakımından hayvana karşı cinsel içerik taşıyan taşınırın her türlü saldırının (ayrı suçlar olarak) Ceza Kanununda düzenlenmesi isabetli olabilirdi. Zira, ileride de tekrar değinileceği gibi Hayvanları Koruma Kanununda yer alan cezalar, sadece idarî para cezası niteliğindedir. Aynı yönde bkz., **Özgür**, Makale 2, s. 33.

¹³⁷ RG., 11.7.2003, S. 25165.

¹³⁸ RG., 11.8.1983, S.18132.

sağlanması bakımından nesli tehdit veya tehlike altında olanlar ile nadir bitki ve hayvan türlerinin korunması esas olup, mevzuata aykırı biçimde ticarete konu edilmeleri yasaktır". Hükümde her ne nadir ve nesli tükenen ya da tükenme tehlikesinde olan hayvanlara yönelik bir koruma söz konusu olsa da hüküm, hayvanların yaşama haklarının güvence altına alınmasına dönük bir pozitif hukuk düzenlemesidir. Benzer şekilde, 2873 Sayılı Milli Parklar Kanununda¹³⁹, milli park statüsünde bulunan alanlarda yaban yaşamının tahrip edilemeyeceği ve doğal dengeyi bozacak her türlü orman ürünlerinin üretiminin, avlanmasının ve otlatmanın yapılamayacağı, öngörülmüştür (Madde 14). Bu hüküm de milli park alanlarındaki yaban yaşamı ve hayvanların korunmasına ilişkin önemli bir diğer düzenlemedir¹⁴⁰.

b) Hayvanları Koruma Kanunu

Hayvanları Koruma Kanunun amacı, hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır (HKK.m.1). Hayvan Hakları Evrensel Beyannamesinden esinlenerek hazırlanan hayvanların korunmasına ve refahına ilişkin temel ilkeler Kanunun 4 üncü maddesinde yer almaktadır. Bunlardan, hayvanların korunmasına ilişkin temel ilkeler, "bütün hayvanların eşit doğduğunu" ve "türüne özgü hayat şartları içinde yaşama hakkına sahip olduğunu" içeren dördüncü maddenin (a) ve (b) bentleridir. Ayrıca, Kanunda, gerçek ve tüzel kişilere, hayvanların korunmaları, gözetilmeleri, bakımları ve kötü muameleden uzak tutulmaları için maddî kazanç ve menfaat amacı gütmeksizin sadece insanî ve vicdanî sorumluluklar çerçevesinde olmak kaydıyla teşvik sağlanacağı, ifade edilmektedir (HKK.m.4, bent d). Kanunda, nesli yok olma tehlikesi altında bulunan tür ve bunların yaşama ortamlarının korunmasının esas olduğu da açıkça öngörülmüştür (HKK.m.4, bent e). Ayrıca, "Sahipsiz ve Güçten Düşmüş Hayvanların Korunması" başlığı ile sahipsiz ya da güçten düşmüş hayvanların öldürülmesi yasaklanmıştır. Hükme göre, sahipsiz veya güçten düşmüş hayvanların en hızlı şekilde yerel yönetimlerce kurulan veya izin verilen hayvan bakımevlerine götürülmesi zorunludur. Bu hayvanların öncelikle söz konusu merkezlerde oluşturulacak müşahede yerlerinde tutulması sağlanır. Müşahede yerlerinde kısırlaştırılan, aşılana ve rehabilite edilen hayvanların kaydedildikten sonra öncelikle alındıkları ortama bırakılmaları esastır (HKK.m.6/3).

¹³⁹ RG., 11.8.1983, S. 18132.

¹⁴⁰ Ertan, s. 410.

Kanunun en önemli düzenlemelerinden biri de hayvanların bilimsel deneylerde kullanılmaları ile ilgili olan ve “Hayvan Deneyleri” başlığını taşıyan dokuzuncu maddesidir. Hükmün birinci fıkrasında, hayvanların, bilimsel olmayan teşhis, tedavi ve deneylerde kullanılmayacağı vurgulandıktan sonra hükmün ikinci fıkrası, tıbbî ve bilimsel deneylerin uygulanması ve deneylerin hayvanları koruyacak şekilde yapılması ve deneylerde kullanılacak hayvanların uygun biçimde bakılması ile barındırılmasını emretmektedir. Hayvanların deneylerde kullanılmasındaki esas, başkaca bir seçeneğin olmamasıdır (HKK.m.9/3). Ayrıca, hayvan deneyi yapan kurum ve kuruluşlarda, bu deneylerin yapılmasına kendi bünyelerinde kurulmuş ve kurulacak etik kurullar¹⁴¹ yoluyla izin verileceği düzenlenerek etik ilkelere aykırı deney yapılmasının önüne geçilmek istenmiş, böylece hayvanların korunması sağlanmaya çalışılmıştır (HKK.m.9/4). Yine, Tasarı ile Hayvanları Koruma Kanunu 9 uncu maddeye dördüncü bir fıkra eklenerek hayvanlar üzerinde yapılacak deneysel çalışmaların, etik kurullarınca düzenlenen eğitim programlarına katılarak deney hayvanı kullanım sertifikası alan araştırmacılar tarafından yapılması arzu edilmektedir (Tasarı m. 4)¹⁴².

Kanunun 14 üncü maddesi, hayvanlarla ilgili yaptırıma bağlanmış yasakları 11 bentte saymıştır¹⁴³. Hayvanları Koruma Kanununun, 23.1.2008

¹⁴¹ Türkiye’de hayvan deneylerini içeren bilimsel araştırmaları denetlemek üzere oluşturulan araştırma etik kurulu, ilk olarak 1986 yılında Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi bünyesinde oluşturulmuş; aynı yıl Gülhane Askeri Tıp Akademisi (GATA)’nde oluşturulan “*Bilim Kurulu*” da benzer görevi yürütmüştür. Daha sonra 1996 yılında Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Deney Hayvanı Etik Kurulu, 1998 yılında Ankara Üniversitesi Veteriner Fakültesi Etik Kurulu, 1999 yılında GATA Hayvan Deneyleri Etik Kurulu kurulmuştur. Türkiye’de 2012 verilerine göre, bir adet hayvan deneyleri merkezi etik kurulu, çeşitli enstitü ve üniversitelerde toplam 94 adet hayvan deneyleri yerel etik kurulu mevcuttur. Bkz., **Yiğit/ Sinmez/ Aslım**, s. 886.

¹⁴² Hayvan deneyleri konusunda Avrupa ülkeleri mevzuatları hakkında bkz., **Abanoz**, s. 29 vd.; **Aygün Eşitli**, s. 17-18. Avrupa ülkeleri dışındaki ülke mevzuatları için ayrıca bkz., **Abanoz**, s. 38 vd.

¹⁴³ Hükme göre, “*Hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövmek, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek, hayvanları, gücünü aştığı açıkça görülen fiillere zorlamak, hayvan bakımı eğitimi almamış kişilerce ev ve süs hayvanı satmak, ev ve süs hayvanlarını on altı yaşından küçüklere satmak, hayvanların kesin olarak öldüğü anlaşılmadan, vücutlarına müdahalelerde bulunmak, kesim hayvanları ve 4915 sayılı Kanun çerçevesinde avlanmasına ve özel üretim çiftliklerinde kesim hayvanı olarak üretimine izin verilen av hayvanları ile ticarete konu yabani hayvanlar dışındaki hayvanları, et ihtiyacı amacıyla kesip ya da öldürüp piyasaya sürmek, kesim için yetiştirilmiş hayvanlar dışındaki hayvanları ödül, ikramiye ya da prim olarak dağıtmak, tıbbî gerekçeler hariç hayvanlara ya da onların ana karnundaki yavrularına veya hayvan üretimi hariç yumurtalarına zarar verebilecek suni müdahaleler yapmak, yabancı maddeler vermek, hayvanları hasta, gebelik süresinin*

tarihinde 5728 sayılı Kanunun 553 ncu maddesi ile değişik 28 inci madde hükmünde, bu yasaklara aykırı davranılması durumunda yalnızca idarî para cezaları öngörülmüş, başkaca hiçbir yaptırım öngörülmemiştir. Yani, bu Kanundaki yasaklara aykırı eylemler suç olarak değil, kabahat¹⁴⁴ şeklinde düzenlenmiştir¹⁴⁵. Diğer bir ifade ile bu eylemler suç oluşturmadıkları için eylemlerin denetimi ve cezalandırılması yetkisi Bakanlığa¹⁴⁶ aittir. Bu yetki, Bakanlıkça mahallin en büyük mülki amirine yetki devri suretiyle verilir. Yerel yönetimler, ev ve süs hayvanları ile sahipsiz hayvanların kayıt altına alınmasına yönelik işlemleri yapmakla yükümlü tutulmuşlardır (HKK.m.17).

Hayvanları Koruma Kanununun uygulanmasında bugüne kadar karşılaşılan sorunların giderilmesi amacıyla söz konusu Kanunda değişiklik yapılması ihtiyacı doğmuştur. Bu konuda bir Tasarı hazırlanma sebebi, başta hayvanlara tecavüz edilmesi, tehlikeli köpek ırklarının sahiplenilmesi ve hayvanlara işkence yapılarak ölümüne sebebiyet verilmesi gibi hayvan hakları ihlalleridir. Söz konusu ihlaller caydırıcı olması amacıyla kabahat kapsamından çıkarılmış, bu ihlâl durumlarında uygulanmak üzere adlî para cezaları ve hapis cezaları öngörülmüş, diğer idarî para cezalarının miktarı artırılmıştır. Ayrıca Tasarıda; sokak hayvanlarının rehabilitasyonu, ev ve süs hayvanı satışı yapan yerlerde yırtıcı, saldırgan ve zehirli hayvanların satışının engellenmesi ve meskenlerde hayvan barındırılması ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır¹⁴⁷.

2/3'ünü tamamlamış gebe ve yeni ana iken çalıştırmak, uygun olmayan koşullarda barındırmak, hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak, hayvana işkence yapmak, sağlık nedenleri ile gerekli olmadıkça bir hayvana zor kullanarak yem yedirmek, acı, ıstırap ya da zarar veren yiyecekler ile alkollü içki, sigara, uyuşturucu ve bunun gibi bağımlılık yapan yiyecek veya içecekler vermek, Pitbull Terrier, Japanese Tosa gibi tehlike arz eden hayvanları üretmek; sahiplendirilmesini, ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak; takas etmek, sergilemek ve hediye etmek", yasaktır.

¹⁴⁴ Gerçekten, Kabahatler Kanunu m. 2' de yer alan kabahat tanımına göre, kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında idarî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır.

¹⁴⁵ **Dönmez**, s. 17; **Koçhisarlı/ Söğütlü Erişgin**, s. 1711; **Aygün Eşitli**, s. 22; **Özgür**, Makale 2, s. 32; **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım Ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 10. Avrupa ülkelerinde cezaî yaptırımlar hakkında bkz., **Avrupa Birliği Bakanlığı Tarım Ve Balıkçılık Bakanlığı**, s. 8-9.

¹⁴⁶ Bu Bakanlık, Kanunun ilk hâline göre, Çevre ve Orman Bakanlığı' dır (HKK.m.3, bent o). Bu Bakanlık, 1 Nisan 2003 tarihinde kabul edilen ve 8 Nisan 2003 tarih ve 25102 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 4856 Sayılı Kanun ile belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde, Çevre ve Orman Bakanlıklarının birleştirilmesi suretiyle kurulmuştu. Ancak, Bakanlığın adı, 29 Haziran 2011 tarihinde Orman ve Su İşleri Bakanlığı olarak değiştirilmiştir. Bu sebeple, takip yetkisi, Orman ve Su İşleri Bakanlığındadır. Tasarının 1 inci maddesi ile de Bakanlık-tan, Orman ve Su İşleri Bakanlığının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.

¹⁴⁷ Bkz., 5199 sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarının Genel Gerekeçesi.

Gerçekten, Tasarısının 9 uncu maddesi ile 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’nun 28 inci maddesinin başlığının “*Cezalar*” şeklinde değiştirilmesi uygun bulunmuştur. Caydırıcılığı artırılması için 14 üncü maddenin (j) bendine aykırı davranışlar olan hayvanlarla cinsel ilişkide bulunan veya hayvana işkence yapanlara bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken¹⁴⁸, Kanunun (l) bendinde düzenlenen *Pitbull Terrier, Japanese Tosa* gibi tehlike arz eden hayvanları üretmek; sahiplendirilmesini, ülkeye girişini, satışını ve reklamını yapmak; takas etmek, sergilemek ve hediye etmek yasağını ihlal edenlere iki yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Tasarıda, ayrıca 14 üncü maddenin birinci fıkrasının (o) bendine aykırı davranışlara da iki yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Ancak, Hayvanları Koruma Kanunu’nun 14 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (o) bendi bulunmamaktadır¹⁴⁹.

Yukarıdaki izahattan anlaşılacağı üzere, dünyada ve ülkemizde pozitif hukuk düzenlemeleri içinde, doğrudan ya da dolaylı olarak da olsa, hayvanların korunmasına ilişkin pek çok hukukî düzenlemeden bahsetmek mümkündür. Ancak, bu düzenlemeler, güncel hayvan hakları ilkelerini hayata geçirmek bakımından yeterli değildir. Bu yetersizliğe karşın, ülkemizde eksiklikleri de olsa hayvan haklarının pozitif hukuk düzenlemelerine konu olması, hayvanları koruma olgusunun bir hukuk prensibi olarak kabul edilmesi, pratikte hayvanları gerçekten koruyan bir hukuk sisteminin tesisi bakımından önemli aşamalardır¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Şüphesiz, tasarıdaki düzenlemenin yeterli olduğu söylenemez. Zira, Tasarıda, hayvanlarla cinsel ilişki kurmak veya hayvana işkence yapmak fiillerinin cezası bir yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüş iken; üretilmesi yasak hayvanların üretilmesi, ülkeye sokulması, satışı veya reklamı gibi fiiller iki yıla kadar hapis cezası ile daha ağır şekilde cezalandırılmıştır. Ayrıca, hayvanlarla cinsel ilişki suçunun ispatında yaşanacak sıkıntılar düşünüldüğünde, bu eylemlerin kabahat olmaktan çıkarılıp suç hâline getirilmesinin pratikte bir faydası olmayacaktır. Bu, ispatlansa dahi, fiil bir yıla kadar hapis cezasını gerektirdiği için ya hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı verilecek ya da cezanın ertelenmesi söz konusu olacak veya son olarak cezanın adli para cezasına çevrilmesi gündeme gelecektir. Her halükarda, suçun karşılığı olan ceza etkisiz kalacak ve caydırıcı olmayacaktır. Bu şekilde yapılacak bir düzenleme en fazla suçun tekrür etmesini engelleyici bir nitelik taşıyacaktır. İspata ilişkin sorunlar ise belki de hükmü uygulanamaz hâle getirecektir. Özellikle, hayvanla cinsel ilişki kurmak ulu orta yapılacak bir eylem olmadığından ayrıca hayvanların kendilerine yapılan bu çirkin saldırıları konuşarak dillendirmesinin de mümkün olmamasından, yapılan eylem çoğu zaman cezasız kalacaktır. Sonuç olarak, bu tür eylemleri suç olarak düzenlemenin tek başına caydırıcı olmadığı sonucuna varılmalıdır. Bkz., **Ertaş**, Çevre, s. 485; **Dönmez**, s. 916. Aynı yönde bkz., **Özgür**, Makale 2, s. 33. **Cumalioglu**, Emre, Hayvanları Koruma Kanunu Tasarısı Hakkında, Bilimsel Temyiz Dergisi, S. 2, 2012, s. 186-187, s.186.

¹⁴⁹ **Dönmez**, s. 915.

¹⁵⁰ **Ertan**, s. 413.

VI. SONUÇ

Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi (Universal Declaration on Animal Welfare), hayvanların da insanlar gibi birer canlı olduğunu, hissedebildiklerini, bazı duyguları insanlar gibi yaşayabildiklerini, hayvanların kısmen de olsa insanlar gibi bilinçli canlılar olduklarını, en önemlisi hayvanların da hakları olduğunu belirten ilk uluslararası belgedir. Bu bildirme, uluslararası düzeyde pek çok ülke tarafından benimsenerek hayvanlara zulmü önlemek ve onların yaşam kalitesini artırmak için hazırlanmış hükümetler arası bir anlaşmadır. Söz konusu metni kabul eden Türkiye, 24.6.2004 tarihli Hayvanları Koruma Kanunu ile Bildirgenin, hayvanların yaşama hakkına sahip olduğuna ilişkin 4 üncü maddesi ile hayvan haklarının da insan hakları gibi yasayla korunmasını düzenleyen 14 üncü maddesini hayata geçirmiştir. Ancak, bu düzenlemelere ve öğretilerdeki karşı görüşe rağmen, Türk Eşya Hukuku anlamında eşya kavramının hayvanları da kapsadığı ve bu bakımdan bildirgenin 4 üncü maddesindeki yaşam hakkının yeterince mevzuata yansıtılmadığı ifade edilmelidir. Bu durum, her zaman modern hukuktaki gelişmeleri yakından takip eden ve ulusal mevzuatına yansıtan Türkiye açısından bir eksiklik olarak dile getirilmelidir.

Alman, İsviçre ve Avusturya Medenî Kanunlarında olduğu gibi Türk Medenî Kanununun “Eşya Hukuku” kitabının “Mülkiyet”e ilişkin genel hükümler kısmına hayvanların eşya olmadığına ilişkin bir hükmün eklenmesi gereklidir. Bu hükmün devamında hayvanları korumak adına özel düzenlemelerin ilgili kanunla yapılmış olduğu eklenmeli, yine hakkında özel düzenleme bulunmayan durumlarda hayvanların taşınır eşyalara ilişkin hükümlere tâbi olduğu da hükme bağlanmalıdır. Yine, Türk Medenî Kanununa göre özel bir düzenleme olan yeni Hayvanları Koruma Kanununda da hayvanların eşya olmadığını benimseyen ilkeyi destekler nitelikte bir hükme yer verilmesi uygun olacaktır. Böylece, hayvanların eşya olmadığı açıkça kabul edilmiş olacak, hayvanlar üzerinde mülkiyet ve diğer aynî haklar bakımından hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmasının oluşması ihtimâli de ortadan kaldırılacaktır. Üstelik, aynı düzenleme ile hayvanlar alelade bir eşyadan farklılaştırılarak aynî hak sahibinin hayvanlar üzerinde hayvanı yok etmeye ya da hayvana işkence yapmaya varacak düzeyde sınırsız bir hâkimiyet kurmasının önüne geçilmiş olacaktır. Zira, özel kanun hükmü ile hayvanlar eşya hükümlerine tâbi olsalar da malikine karşı hukuk düzeni tarafından korunmuş olacaklardır. Aynı şekilde, Türk Borçlar Kanununa da İsviçre mehazı gibi hayvanın ölmesi ya da ağır yaralanması gibi durumlarda

hayvanın evcil veya yabanî olmasına bakılmaksızın hayvana duygusal yakınlık duyan, hayvanın maliki gibi kişilerin, kusurlu zarar verenden manevî tazminat istenmesine imkân veren bir hükmün eklenmesi de önerilebilir. Önerilen düzenlemenin BK.m.56’da yer alan haksız fiilde manevî tazminatı düzenleyen hükme ek bir cümle olarak “*Aynı hüküm bünyesine uygun düştüğü ölçüde hayvanlar için de uygulanabilir*” şeklinde ya da müstakil üçüncü fıkra olarak eklenmesi uygun olabilir.

Gündemde, Hayvanları Koruma Kanunu değişikliği öngören bir Kanun Tasarısı varsa da Tasarının mevcut hâliyle Meclisten geçmesi, var olan durumda kayda değer bir değişiklik yaratmayacaktır. Zira, Tasarının genel gerekçesinden açıkça anlaşılacağı üzere, Tasarı ile arzulan hayvanlara karşı işlenen bazı suçları ağırlaştırarak caydırıcılık sağlamaktır. Yoksa geniş çaplı bir mevzuat güncellemesi ya da yeni bir Hayvanları Koruma Kanunu gündemde değildir. Ancak, çağın oldukça gerisinde bir koruma sistemi sunan 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun ilga edilerek yerine çağın gereksinimlerine uygun, geniş kapsamlı koruma sağlayan, ihlaller konusunda Tasarıda var olandan çok daha ciddî, alternatif yaptırımlarla desteklenmiş yeni bir Hayvanları Koruma Kanununun mevzuata kazandırılması zorunludur. Aslında, yeni bir Hayvanları Koruma Kanunu kadar Anayasal düzeyde bir değişikliğe de gidilmesi önerilebilir. Bugünlerde yapılması tasarlanan yeni Anayasa’ya hayvanları ve doğal çevreyi koruyan devlet vurgusunun yapılması adına bir hüküm eklenmesi isabetli olabilir. Aslında, Türkiye Cumhuriyetinin hayvan haklarına ve çevreye saygısını ifade etmek bakımından Anayasa’da özel ve ayrı bir hükme yer vermeye bile gerek yoktur. Zira, 1982 Anayasasının 2. maddesine, “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan ve hayvan haklarına, çevreye saygılı...” şeklinde eklenecek bir ifadeyle dahi arzulan amaca ulaşılabilir.

Türk Ceza Kanunu anlamında hayvanları dolaylı koruyan hükümlerin, doğrudan hayvanları koruma odaklı düzenlenmesi de bir başka mevzuat güncellemesi olarak önerilebilir. Eğer Hayvanları Koruma Kanunu ile suç olarak düzenlenmesi ve güçlü bir yaptırıma bağlanması mümkün olmazsa Türk Ceza Kanununda hayvana işkence ve tecavüzün suç teşkil etmesine ilişkin bir kanun değişikliği zorunludur. Şüphesiz, Hayvanları Koruma Kanununa bu yönde güçlü bir yaptırım getirilirse bir Ceza Kanunu düzenlemesine gerek kalmayabilir.

Bugün, Müslüman topluluklarda uygulanan kurban ve klasik kesim yöntemlerine, hem İslâmî kesimden hem de diğer duyarlı çevrelerden gelen haklı eleştirilere kulak verilerek, bu konularda yapılan yanlışlar elbette Kuran’daki

aslına bağlı kalınarak sonlandırılmalıdır. Bu eleştirilerden kurban kesimlerde hijyen şartlarından uzak ve hayvanlara acı çektirilerek yapılan kesimlerin sona erdirilmesi, kesimlerin mutlaka konunun uzmanları nezaretinde profesyonel kesimler şeklinde yapılması, yetkisiz ve ehil olmayan kişilerin özellikle kırsal alanlarda kesim yapmasının önüne geçilmesi, hayvanlara mümkün olduğunca az acı verilerek kesimlerin gerçekleştirilmesi sağlanmalıdır. Kurban kesiminin kan akıtılan bir dini ritüel olmaktan çok sosyo-ekonomik bir yardım aracı olduğunun kamuoyuna anlatılması zorunludur. Bu bakımdan, konunun, başta Diyanet İşleri Başkanlığı olmak üzere, hayvan hakları dernekleri gibi bir takım sivil toplum kuruluşları ile diğer duyarlı çevrelerin de çabasıyla görsel ve işitsel medyada gündeme taşınarak hayvan hakları ve hayvan refahı yönünden ele alınması gerekmektedir.

Bunun dışında, hayvanların sadece ekonomik menfaatler için kullanıldığı, yunus parkları, hayvanlı sirkler gibi ticarethanelerin hayvan refahı bakımından sık sık kontrollerinin yapılması ve gerekliyse kapatılması, hayvan deneylerine tamamen karşı olmak mümkün değilse de, hayvan deneylerinin kısıtlanarak sokak hayvanlarının rastgele deneylerde kullanılmasının engellenmesi, hayvanat bahçelerinin yeterli altyapı imkânları oluşturuluncaya dek kapatılması, bu tesislerde türlü fiziksel ve psikolojik travmalara maruz kalan, esaret altında yaşayan hayvanların doğal yaradılışlarına uygun yaşam haklarının güvence altına alınması diğer öneriler olarak ifade edilebilir.

Günümüzde, besin kaynağı olarak hayvanları öldürmenin ya da onların yaşam alanlarını sınırlamanın akla uygun bir tarafı da kalmamıştır. Eskiden hayatta kalabilmek için insanların ihtiyaçları kadar avladığı hayvanların, bugün kolaylıkla beslenme zincirinden çıkarılabileceği, en azından sınırlı tüketilebileceği ifade edilmelidir. Hatta bunu yapmak yakın zamanda insanlığın geleceği için kaçınılmaz olacaktır. Hayvancılığın daraltılması, tüm dünyada insanları daha iyi beslenmesini sağlayacaktır. Bilimsel verilere göre, 1 kg hayvansal protein üretebilmek için bir danaya 21 kg protein yedirilmesi gibi akıldışı bir yol izlenmekteyken et tüketiminin sadece % 10 azaltılması halinde 60 milyon insanı besleyebilecek seviyede bir tahıl tasarrufu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bugün dünyayı tehdit eden küresel ısınma ve iklim değişikliğine neden olan gazların başında gelen metan gazının üretiminde çiftlik hayvanlarının önemli payının yanında insanların et ihtiyacının karşılanması amacıyla artan hayvancılık, meraları ve orman alanlarını da sürekli olarak tehdit etmektedir. Hayvancılık nedeniyle karbon deposu olan ormanlar yok olmakta hem de hayvanların beslenmesi nedeniyle daha çok sera gazı üretilmektedir. Üstelik,

çiftliklerde yetiştirilen hayvanların beslenmesinden dışkısına kadar birçok atık madde toprağın kirlenmesine yol açmaktadır¹⁵¹.

Hayvan hakları düşüncesi, ilk telaffuz edildiğinde pek çok çevre ve hükümet tarafından ciddiye alınmayan bir düşünce iken, bugün pozitif hukuk düzenlemelerinde mutlaka yer alan temel bir prensip hâline gelmiştir. Zaman içinde, hayvan hakları gibi diğer tüm canlılarla birlikte doğal hayatın korunması düşüncesinin pozitif hukuka hâkim temel ilkelerden biri olarak değerlendirileceğine şüphe yoktur. Kuşkusuz, hayvanları korumak, kanunlar çıkarmak veya mevcut kanunları ya da diğer mevzuat hükümlerini değiştirmekle sağlanabilecek kadar kolay bir şey değildir. Bugün, dünyanın neresinde olursa olsun insan haklarının bile gerçek anlamda yaşanması ve yaşatılması mümkün değilken hayvan hakları konusunda sıkıntılar yaşanması gayet doğaldır. Ancak, hayvanı ve çevreyi korumak, her şeyden önce bireylere başta insan, hayvan ve doğa sevgisini aşlamakla, toplumda diğerinin yaşama hakkına saygı kültürünü geliştirmekle başlar. İnsan olarak her birimizin görevi, hayvanların, bilimsel bulgular neticesinde tanılanan biyolojilerinin öngördüğü şekilde yaşamlarını sürdürmelerini sağlamaktır. Doğal çevreyi ve hayvanları korumanın bir yandan da insanı ve insanlığı korumak olduğu unutulmamalıdır.

¹⁵¹ Singer, Hayvanların Özgürleşmesi, s. 232-233, 237.

KAYNAKLAR¹⁵²

ABANOZ, Nejla: Çağdaş Toplumlarda Hayvan Hakları ve Refahı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, acikarsiv.atilim.edu.tr/browse/242/255.pdf (Erişim Tarihi: 16.04.2015).

ADAMS, Wendy A.: Human Subjects And Animal Objects: Animals As “Other” In Law, *Journal Of Animal Law & Ethics*, Vol. 3, 2009, pp. 29-51.

AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, Ankara 2009.

AKSOY DURSUN, Sanem: Eşya Kavramı, İstanbul 2012.

ALICA, Suzan Süheyla: Kent-Çevre-Hukuk, İstanbul 2011.

ANTALYALI, Ahmet A.: Avrupa Birliği ve Türkiye’de Hayvan Refahı Uygulamaları, <http://www.tarim.gov.tr/ABDGM/Belgeler/İDARİ%20İŞLER/uzmanlık%20Tezleri/AhmetAntalyali.pdf> (Erişim Tarihi: 16.04.2015).

ARIDEMİR, Arzu Genç: Hayvanların Hukukî Durumlarının İyileştirilmesi Amacıyla İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu’nda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. I, İstanbul 2009, s. 327-348.

ARMUTAK, Altan: İslam Dini Kutsal Kitabında Hayvan Hakları, İstanbul Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C. 34, S. 1, 2008, s. 57-66.

ARMUTAK, Altan: Yahudi ve Hristiyan Dini Kutsal Kitaplarında Hayvan Hakları, İstanbul Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C. 34, S. 1, 2008, s. 39-55.

AVRUPA BİRLİĞİ BAKANLIĞI TARIM VE BALIKÇILIK BAŞKANLIĞI: Hayvan Hakları, Hayvanların Korunması ve Refahı, Ankara 2011.

AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 11. Baskı, Konya 2014.

AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 16-24.

BAŞAĞAÇ GÜL, R. Tamay: Hasta Hakları Ve Veteriner Hekimlerin Yasal - Ahlâki Sorumlulukları, Veteriner Hekimler Derneği Dergisi, C. 78, S.

¹⁵² Aynı soyadı taşıyan yazarlar ile aynı yazarın farklı eserlerini birbirinden ayırmak için kullanılan kısaltmalar, ilgili eserlerin sonunda parantez içinde belirtilmiştir.

3, 2007, s. 58-62.

BAŞPINAR, Veysel: Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, İstanbul 2007, s. 191-215.

CHARLTON, Anna E./ **COE**, Sue/ **FRANCIONE**, Gary L.: “The American Left Should Support Animal Rights: A Manifesto” <http://wetlands-preserve.org/?page=LeftAR> (Erişim Tarihi: 16.04.2015).

COLEMAN, Phyllis G.: Note To Athletes, NFL, And NBA: Dog Fighting Is A Crime, Not A Sport, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 85-119.

ÇOŞKUN, Ayşe Seda/ **ELİBOL**, Pelin/ **ÇOŞKUN**, Mümin/ **ÇALIŞKAN**, Emrah/ **TÜKENMEZ**, Mehmet Akif/ **YEĞEN**, Berrak Ç.: Hekimlerin ve Veteriner Hekimlerin Araştırmalarda Deney Hayvanı Kullanımına Bakış Açılıarı, Cerrahpaşa Tıp Dergisi, S. 38, 2007, s. 146-151.

CROWE, Jonathan: Levinasian Ethics And Animal Rights, Windsor Yearbook Of Access to Justice, Vol. 26, No. 2, 2008, pp. 313-328.

CUMALIOĞLU, Emre: “Hayvanları Koruma Kanunu Tasarısı Hakkında”, Bilimsel Temyiz Dergisi, S. 2, 2012, s. 186-187.

DECKHA, Maneesha: Animal Justice, Cultural Justice: A Posthumanist Response to Cultural Rights in Animals, Journal of Animal Law & Ethics, Vol. 2, 2007, pp.189-229.

DOĞAN, Aysel: Hayvan Hakları Sorununa Biyosantrik Bir Yaklaşım, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, 2006, s. 33-43.

DÖNMEZ Burcu: Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 903-926.

DUCKLER, Geordie: Between Price And Pricelessness: Calculating The Specific Monetary Value of A Dog Intentionally Harmed By Another, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 121-140.

ECE, Hüseyin K.: İslam’ın Temel Kavramları, 2. Baskı, İstanbul 2013.

ELLISON, Penny Conly: Time To Give Anticruelty Laws Some Teeth-Bridging The Enforcement Gap, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3,

2009, pp.1-6.

ERGÜN, Yusuf: Deney Hayvanı Refahı, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, C. 20, S. 1, 2010, s. 55-68 (Ergün, Refah).

ERGÜN, Yusuf: Hayvan Deneylelerinde Etik, Arşiv Kaynak Tarama Dergisi, C. 20, S. 1, 2010, s. 220-235 (Ergün, Etik).

ERTAN, Birol: Hayvan Hakları ve Türkiye, Cevat Geray Armağanı, Ankara 2001, s. 401-416.

ERTAŞ, Şeref: Çevre Hukuku ve Hayvan Hakları Hukuku, 2. Baskı, İzmir 2012 (Ertaş, Çevre).

ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, 12. Baskı, İzmir 2015. (Ertaş, Eşya).

FRANCIONE, Gary L.: Introduction to Animal Rights, Your Child Or The Dog?, Philadelphia 2000.

FUSFELD, Leila: Sterilization in an Animal Rights Paradigm, Journal of Animal Law & Ethics, Vol. 2, 2007, pp. 255-262.

GERICKE, Corina: Hayvan Deneyleleri- Sorunsala Giriş, (Çeviren: Sertan Batur), <http://www.oocities.org/tfpsikoloji/gericke/01.htm> (Erişim Tarihi: 30.10.2015).

GÜNEŞ, M. Ahmet: Çevre Hukuku, İstanbul 2015.

HESSLER, Kathy: Mediating Animal Law Matters, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 2, 2007, pp. 21-75.

HONSELL, Heinrich / **VOGT**, Nedim Peter / **GEISER**, Thomas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Zivilgesetzbuch II, Art. 457 – 977 ZGB, 2. Auflage, Basel-Genf-München 2003.

KILIÇ, Selim: Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 6, S. 22, s. 91-121.

KOÇİSARLI, Cengiz/ **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, Özlem: Hayvanın Hukukî Konumu, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi Özel Sayısı, C. 2, 2013, s.1691-1723.

MARSH, Antoniette E.: Paw and Order: Using Animal DNA as Forensic Evidence-Not Yet Ready For Prime Time, Journal of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 53-83.

MENTEŞ GÜRLER, Ayşe/ **OSMANAĞAOĞLU**, Şule: Türkiye’de Hayvanları Koruma Kanununun Tarihsel Gelişimi, Kafkas Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2009, s. 325-330.

ÖĞUZMAN, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.

ORAL, Tuğçe: Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 16, 2014, s. 319-336.

ÖGENLER, Oya: Tıbbi Deneylerde Hayvan Kullanımı Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, Çukurova Medical Journal, C. 40, S. 4, 2015, s. 637-641.

ÖZGÜR, Atilla: Hayvan Gönenci Açısından Türkiye’de Veteriner Hekimlik İle İlgili Mevzuatın Değerlendirilmesi, <http://www.veteriner.org.tr/files/dergi/cilt78sayi1/mevzuat.pdf> (Erişim Tarihi: 30.10.2015) (Özgür, e-makale)

ÖZGÜR, Atilla: Hayvanlarla Yaşamı Paylaşmak, Veteriner Hekimler Derneği Dergisi, C. 81, S. 2, 2010, s. 9-13. (Özgür, Makale 1).

ÖZGÜR, Atilla: Türk Hukuk Sisteminde Hayvanlar, Veteriner Hekimler Derneği Dergisi, C. 81, S. 2, 2010, s. 31-34 (Özgür, Makale 2).

REGAN, Tom: The Case for Animal Rights, Berkeley Los Angeles 2004.

ROUKAS, Marcella S.: Determining the Value of Companion Animals in Wrongful Harm or Death Claims: A Survey of U.S. Decisions and Legislative Proposal in Florida to Authorize Recovery for Loss of Companionship, https://www.animallaw.info/sites/default/files/jouranimallawvol3_p45.pdf, erişim tarihi: 3.4.2016.

SARITAŞ, Ezgi: İnsan Dışı Hayvanlar Ve Adalet, <http://viraverita.org/sites/default/files/edergi-yazilari/insan-disi-hayvanlar-ve-adalet-ezgi-saritas.pdf> (Erişim Tarihi: 2.11.2015).

SAVAŞ, Türker/ **YURTMAN**, İsmail Yaman/ **TÖLÜ**, Cemil: Hayvan Hakları ve Hayvan Refahı: Felsefi Bakış-Nesnel Arayışlar, Hayvansal Üretim, C. 50, S. 1, 2009, s. 54-61.

SEROZAN, Rona: Doğal Çevrenin Özel Hukukun Araçlarıyla Korunmasındaki Yetersizlikler, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s. 102-111 (Serozan, Yetersizlikler).

SEROZAN, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2007 (Serozan, Eşya).

SINGER, Peter: Practical Ethics, 2nd Edition, New York 1999 (Singer, Practical Ethics).

SINGER, Peter: Hayvan Özgürleşmesi, İstanbul 2005 (Singer, Hayvan Özgürleşmesi).

SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.

STONE, Christopher D.: Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects, http://sites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic498371.files/Stone.Trees_Standing.pdf.

STRIWING, Helena: Animal Law And Animal Rights On The Move In Sweden, Animal Law, Vol. 8, 2002, pp. 93-106.

STROH, Heidi: Puppy Love: Providing For The Legal Protection Of Animals When Their Owners Get Divorced, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 2, 2007, pp. 231-253.

STUDER, Josef: Sachenrecht, Zürich 2004.

SULLIVAN, Diane M./ **VIETZKE**, Holly/ **COYNE**, Michael L.: Animal Rights Advocacy Programs: Champions For Animal Rights, Journal Of Animal Law & Ethics, Vol. 3, 2009, pp. 173-193.

SUNGURBEY, İsmet: Hayvan Hakları, Bir insanlık Kitabı, İstanbul 1992.

ÜNAL, Mehmet/ **BAŞPINAR**, Veysel: Şekli Eşya Hukuku: Giriş, Zilyetlik, Tapu Sicili, 6. Baskı, An-kara 2012.

WESTERMANN, Harm Peter: BGB Sachenrecht, 11. Auflage, Heidelberg 2005.

WIELING, Hans Josef: Sachenrecht, 2nd Auflage, Berlin 1994.

WISE, Steven M.: Thunder Without Rain: A Review/ Commentary Of Gary L. Francione's Rain Without Thunder: The Ideology Of The Animal Rights Movement, Animal Law, Vol. 1, 1997, pp. 45-59.

YAŞAR, Aşkın/ **YERLİKAYA**, Halis: Hayvan Gönenci - Veteriner Hekimliği İlişkisi Ve Avrupa Birliğindeki Yasal Düzenlemeler Üzerine Bir Araştırma, Veteriner Bilimleri Dergisi, C. 20, S. 4, 2004, 17-24.

YILMAZ, Halil: Hayvan Haklarına Bakış, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 62, 2006, s. 212-229.

YİĞİT, Ali/ **SİNMEZ**, Çağrı Çağlar/ **ASLIM**, Gökhan: Türkiye’de Deneysel Hayvanı Kullanmaya Yetkili Kişilerin Hayvan Kullanımına Yönelik Tutumları, Kafkas Üniversitesi, Veterinerlik Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 6, 2015, s. 885-892.

YİĞİT, Yaşar: Hayvan Hakları, <http://www2.diyaret.gov.tr/DinHizmetleriGenelMudurlugu/VaazProjeleri/Hayvan%20Haklar%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 02.11.2015).

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

**“ULUSLARARASI SUYOLLARININ ULAŞIM DIŞI AMAÇLARLA
KULLANILMASI HUKUKUNA İLİŞKİN SÖZLEŞME”
UYGULAMASINDA “DANIŞMA YÖNTEMİ”**

Selcen ERDAL*

ÖZET

Kimi faaliyetler, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış da olsa, birtakım zararlar ortaya çıkarma potansiyeline sahiptir. Uluslararası suyollarından ulaşım dışı amaçlarla yararlanma da bu faaliyet alanlarından biridir. Uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış olmakla birlikte, bu faaliyetler diğer devletleri; tüketme, yoksun bırakma, suların niteliğini değiştirme, kirletme gibi sonuçlarla karşı karşıya bırakabilir. Bu durum, bu alanda uluslararası düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmış; “Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme”, 21.5.1997 tarihinde kabul edilmiş, 17.8.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1997 Sözleşmesi, ulaşım dışı kullanıma yönelik olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek için ise, “Danışma” yöntemini benimsemiş ve belirli hallerde bir yükümlülük olarak belirlemiştir. Sözleşmede düzenlenen danışma yükümlülüğünün temel amacı; uluslararası su yolu üzerinde kıyıdaş devletlerin girişecekleri, zarara neden olabilecek faaliyetler konusunda bilgi alışverişinde bulunup, zararın ve buna dayalı bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasını engellemektir.

***Anahtar Kelimeler:** Danışma, Suyolları, 1997 Sözleşmesi, Uyuşmazlık, Ulaşım-Dışı Kullanım.*

**“THE CONSULTATION PROCESS” IN THE APPLICATION OF THE
“CONVENTION ON THE LAW OF THE NON-NAVIGATIONAL USES OF
INTERNATIONAL WATERCOURSES”**

ABSTRACT

Although have a potential to make some damages, some activities not banned by international law. Non-navigational uses of international watercourses are among these activities. Beside non prohibition by international law, these activities can face states with demolition, divestment, changing quality of water and pollution. This situation enforced some international regulations to be made in this area: Therefore “Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses” accepted on 21st of May in 1997 and entered into force on 17th of August in 2014.

* Yrd. Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, selcenkocaman@hotmail.com.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18.04.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 04.10.2016

1997 Convention adopted the consultation process to avoid conflicts related to non-navigational use and in some cases it is accepted as an obligation. The main objective of the consultation obligation in the Convention is; to maintain information change between the littoral states on international watercourses and to prevent possible damages and related conflicts during their activities.

Keywords: *Consultation, Watercourses, 1997 Convention, Conflicts, Non-Navigational Uses.*

GİRİŞ

Günümüzde, bilhassa az gelişmiş veya gelişmekte olan devletlerdeki hızlı nüfus artışı, suya olan ihtiyacı artırmakta; bu ihtiyaç, su kaynaklarının tükenmesi ve kalitesinin düşmesi nedeniyle, uyuşmazlıkların doğmasına yol açmaktadır. Esasen, bu uyuşmazlıkların temel nedeni, kıyıdaş devletlerin suyollarından optimum düzeyde yararlanma istekleri olarak karşımıza çıkmaktadır¹.

Uluslararası suyollarının yolcu ve yük taşınması amacıyla kullanılması, ilgili devletlerin birbirleriyle yapacakları anlaşmalara bağlıdır. Uluslararası suyolları ile ilgili en önemli sorunlar, bunların ulaşım dışı amaçlarla kullanılmasından doğmaktadır. Zira bu kullanımlar, bazen suyun niteliğini değiştirmekte, bazen de miktarını azaltmaktadır. Bu da, suyun çok taraflı kullanımına ilişkin kavramların açık olarak tanımlanmasının ve ilgili tarafların haklarının kesin bir şekilde belirlenmesinin gerekliliğini ortaya koymaktadır. Başka bir ifadeyle, bir taraftan suyun verimli kullanımının sağlanması, diğer taraftan da su kaynaklarının bir uyuşmazlık nedeni olmasının önlenmesi ve çok taraflı yarar sağlayacak uluslararası işbirliği alanlarının genişletilmesi bir zorunluluk olarak kendisini göstermektedir².

Suyollarından yararlanma; planlama aşamasından uygulamaya kadar, pek çok tartışmalı yönü bulunan, ülkelerin bütün ekonomik sektörleri ve

¹ **BOZKURT Enver**, “Ulaşım Elverişli Olmayan Akarsuların Hukuki Rejimi İle İlgili Görüşler ve Uluslararası Hukuk Komisyonu 1994 Taslağı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 202.

² **BENVENISTI Eyal**, “Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law”, *The American Journal of International Law*, Vol. 90, No. 3 (Jul., 1996), s. 384; **SERT Mahmut / OPAN Mücahit**, “Sınırtaş Sularda İşbirliğini Artıracak Koşullar”, TMMOB Su Politikaları Kongresi, Ankara 2002, s. 550.

faaliyet alanları ile etkileşen bir süreçtir³. Devletlerin bu süreci hakkaniyete uygun bir biçimde yönetebilmeleri için hayata geçirdikleri düzenlemelerden biri, 17.8.2014 tarihinde yürürlüğe giren “Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme”dir. Uluslararası suyollarının kullanılması, geliştirilmesi, korunması ve yönetilmesi ile günümüz ve gelecekteki nesiller için optimal ve sürdürülebilir kullanımın geliştirilmesini güvence altına almayı amaç edinen Sözleşme, hem ayrıntılı düzenlemeler içermekte hem de muhtemel uyuşmazlıkların doğmasını engellemeye yönelmektedir.

I. GENEL OLARAK

Günümüzde, kara ülkesi içinde yer alan akarsular, göller, kanallar, yer altı suları ve buzullar, genel olarak, “suyolları” altında ele alınmaktadır⁴. Suyolları; bütünüyle tek bir devletin ülkesinde yer alabileceği gibi, iki ya da daha çok devletin ülkesinden geçebilmekte veya aralarında sınır oluşturabilmektedir. Bütünüyle tek bir devletin ülkesinde yer alan suyolları, devletin iç sularını oluşturmakta ve ülke devletinin münhasır yetkisi altında bulunmaktadır. Suyollarının iki ya da daha çok devletin ülkesinden geçmesi veya aralarında sınır oluşturması durumunda ise, “uluslararası suyolları” ya da 1992 Uluslararası Göller ve Sınırtaşan Suyollarının Korunması ve Kullanılması Hakkında Sözleşme’deki (Helsinki Sözleşmesi)⁵ ifadeyle “sınırtaşan sular” kavramı ile karşılaşılmaktadır⁶.

Tüm bunların yanında, bazı akarsular ve kanallar, tek bir devletin ülkesinde bulunmalarına rağmen, uluslararası ulaşım açısından taşıdıkları önem nedeniyle, uluslararası su yolu rejimine tabi tutulabilmektedirler⁷.

³ SERT / OPAN, s. 550.

⁴ 1997 Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme ve 1992 Uluslararası Göller ve Sınırtaşan Suyollarının Korunması ve Kullanılması Hakkında Sözleşme de bu kavramı benimsemektedir.

⁵ Sözleşme metni için bkz.

http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2013/wat/ECE_MP.WAT_41.pdf (18.11.2015).

⁶ Esas itibarıyla birbirinden çok da farklı olmayan bu kavramlar, ilgili devletlerin menfaatleri doğrultusunda tartışılmaktadır. “Uluslararası” ifadesi sadece söz konusu su yolunun birden çok devleti ilgilendirdiğini belirtmek amacıyla kullanılmaktadır. Oysa bu kavram, alt kıyıdaş devletler tarafından, “uluslararasılaştırma” olarak algılanmakta ve ilgili su yoluna ilişkin düzenlemeler yapılırken su yolunun kıyıdaş devletler arasında neredeyse ortak egemenliğe konu olması gerektiğini ileri sürülmektedir. Bkz. **KILIÇ Seyfi**, “Sınırtaşan Sulardan Faydalanmalara İlişkin Temel Yaklaşımlar”, (Sınırtaşan Sular), Ortadoğu Analiz, C. 5, S. 53, Mayıs 2013, s. 16.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKİPEK Ömer İlhan**, Devletler Hukuku, İkinci Kitap (Devletler

Sözü edilen uluslararası suyollarının kullanılması ve/veya bunlardan yararlanılması konusundaki kurallar incelenirken, bunların ulaşımaya yönelik olup olmadığı temelinden hareket etmek gerekmektedir.

Uygulanan uluslararası hukuk, uluslararası suyollarının ulaşım amacıyla kullanılmasına ilişkin olarak, yalnızca uluslararası akarsulara ve kanallara yönelik düzenlemeler getirmektedir. Ancak, bu konudaki verilerin istikrarlı olduğundan söz etmek; dolayısıyla, geçiş rejimi konusunda genel bir yapılageliş kuralının varlığını iddia etmek mümkün görünmemektedir. Bu sebeple, her bir akarsuyun ve kanalın rejimi, varsa düzenleyici andlaşması çerçevesinde⁸ ve ulaşım rejiminin kendi özellikleri göz önüne alınarak değerlendirilmelidir⁹.

II. ULUSLARARASI SUYOLLARININ ULAŞIM DIŞI AMAÇLARLA KULLANILMASI

Uluslararası suyollarından, ulaşım dışı amaçlarla, üç farklı biçimde yararlanıldığı görülmektedir:

- balıkçılık ve canlı kaynak avcılığı;
- tarımsal yararlanma;
- endüstriyel yararlanma.

Suyollarından balıkçılık ve canlı kaynak avcılığı bakımından yararlanma konusunda kabul edilen genel kural, her kıyıdaş devletin uluslararası suyollarının kendi ülkesi içinde yer alan bölümü üzerinde tam egemenliğe sahip olmasıdır¹⁰. Bunun yanında, gerekli görülen hallerde, komşu devletlerin ikili andlaşmalar yaparak, suyolunun kendi ülkelerinde bulunan bölümünde, birbirlerinin yurttaşlarının balık avlamasına izin verdikleri ve / veya bazı avlanma türlerini yasakladıkları düzenlemelere de rastlanmaktadır¹¹.

Hukukunun Şahıslarından Devlet), Ankara 1965, s. 53; **McCAFFREY Stephen C.**, "The International Law Commission Adopts Draft Articles on International Watercourses", *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 2 (Apr., 1995), s. 398; **MERAY Seha L.**, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. 1, Ankara 1968, s. 473; **TİRYAKİ Orhan**, *Sınır Aşan Sular ve Ortadoğu'da Su Sorunu*, 2. Baskı, İstanbul, s. 236.

⁸ Örneğin, Süveyş Kanalı'ndan geçiş rejimi 1988 İstanbul Sözleşmesi ile, Panama Kanalı'ndan geçiş rejimi 1903 Hay Bunau Varilla Sözleşmesi ile, Kiel Kanalı'ndan geçiş rejimi 1919 Versailles Andlaşması ile düzenlenmiştir.

⁹ **PAZARCI Hüseyin**, *Uluslararası Hukuk*, 13. Baskı, Ankara 2014, s. 243-244.

¹⁰ **PAZARCI**, s. 245.

¹¹ **PAZARCI**, s. 245-246.

Suyollarından, sulama biçiminde gerçekleşen tarımsal amaçlarla yararlanma yanında, endüstriyel amaçlarla yararlanma iki biçimde söz konusu olmaktadır:

- enerji üretimi;
- endüstriyel yıkama ya da üretilen ürüne dâhil edilmek üzere gerçekleştirilen kullanım.

Yukarıda belirtilen kullanım biçimlerinde, iki tür olumsuz sonuçla karşılaşılabilir:

- tüketme ya da yoksun bırakma;
- suların niteliğini değiştirme ya da kirletme.

Gerçekten, tarihsel süreçte, örneğin uluslararası akarsuların ulaşım dışı amaçlarla kullanımı konusunda, alt kıyıdaş devletler tarıma elverişli toprakları nedeniyle hep avantajlı durumda bulunmuşlardır. Ancak, teknolojik ilerlemenin etkisiyle, barajların kurulması ve benzeri yöntemlerle, üst kıyıdaş devletler de suların kullanımına ortak olmuşlardır. Böylece, alt kıyıdaş devlete akan suların hem miktarı azalmış hem de kalitesi düşmüştür. Sonuç olarak, alt kıyıdaş devletler bu sulara müdahale edildiği ve bunun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla bu ortaklığa itiraz ederken; üst kıyıdaş devletler de suların kendi topraklarından doğduğunu ve bunu diledikleri gibi kullanmaya hakları olduğunu ileri sürmüşlerdir¹².

¹² Devletlerin, yukarıda belirtilen biçimlerde suyollarından yararlanması kabul edildiğinde ve aynı suyollarına kıyıdaş olan iki ya da daha fazla devletin varlığı durumunda nasıl bir tavır takınılacağı konusunda, “Harmon Doktrini” olarak adlandırılan ve günümüz uygulanan uluslararası hukukunda herhangi bir değere sahip olmayan bir görüş karşımıza çıkmaktadır. Harmon Doktrini, örneğin bir akarsu ile ilgili olarak, üst kıyıdaş devleti mutlak egemen kabul etmekte, yararlanma hakkını fiilen yalnızca üst kıyıdaş devlete tanımaktadır. “Mutlak Ülke Egemenliği Kuramı” da denilen bu görüşe göre, ülke topraklarının egemen gücü olarak devlet, ülke sınırları içindeki suları, diğer devletleri dikkate almaksızın, istediği şekilde kullanabilecektir. “Mutlak Ülke Bütünlüğü Kuramı” olarak adlandırılan bir diğer görüş ise, alt kıyıdaş devletlere bir akarsuyun doğal mecrasında akmasını üst kıyıdaş devletten talep etme hakkını vermekte ve üst kıyıdaş devletin kullanım hakkını önemli ölçüde sınırlamaktadır. Bkz. **ACER Yücel / KAYA İbrahim**, Uluslararası Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2014, s. 143-144; **BENVENISTI**, s. 396; **İNAN Yüksel**, “Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları (Fırat-Dicle)”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 49, Ocak-Haziran 1994, s. 249; **KAPAN İsmail**, Türkiye ile Suriye ve Irak Arasında Su Anlaşmazlığı (Ve Türkiye’nin Çözüm İçin Sunduğu “Üç Aşamalı Plan”ın Su Hukuku Çerçevesinde İncelenmesi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2006, s. 45-59; **KILIÇ**, Sınırtaş Sular, s. 14-21; **RÜŞTÜ İlgar / SALEM Khalef**, “Türkiye’nin Sınırtaş Akarsu Anlaşmalarına Coğrafi Açından Bir Bakış”, Marmara Coğrafya Dergisi, S. 10, Temmuz 2004, s. 58-61; **TİRYAKİ**, s. 24-43.

Elbette, devletlerin suyollarından yararlanma haklarının var olduğu kabul edildiğinde, bu hak aynı suyollarına kıyıdaş bütün devletler için geçerli olmalıdır. Dolayısıyla, belirli sınırlamaların veya paylaşım ilişkisi birtakım kuralların, yani karşılıklı yararlanmanın esaslarının belirlenmesi ve kabul edilmesi zorunlu hale gelmektedir. Başka bir ifadeyle, bir devletten doğan ve orada bir süre aktıktan sonra, gerek sınır oluşturan gerekse bir diğer devletin topraklarına geçen suyollarına ilişkin olarak, bunların topraklarında aktıkları devletlerin bu suların miktarları ve niteliklerinde değişiklik yapma haklarına yönelik kuralları ortaya koymak gerekmektedir¹³.

Uluslararası suyollarından yararlanma, kıyıdaş devletler arasında yapılan anlaşmalarla düzenlenebilmektedir. Yapılan anlaşmalarda, ilgili devletlerin suları miktar olarak paylaşma ya da suları coğrafi bölgelere ayırarak kendisine ayrılan kesimdeki suların münhasır olarak yararlanma yolunu seçtikleri; anlaşma yapma yoluna gidilmemişse, uygulanan uluslararası hukukta “hakça ve makul kullanım ilkesi”nin yaygın olarak benimsendiği görülmektedir¹⁴.

Bu ilke uyarınca, her devlet kendi ülkesinin kıyıdaşı olduğu suları kullanmaya ilişkin egemen haklara sahiptir. Bununla birlikte, devletlerin bu hakları, diğer kıyıdaş devletlerin haklarıyla sınırlı olmak zorundadır. Başka bir ifadeyle, her kıyıdaş devletin kullanım hakkı, diğer devletlerin hakça kullanımlarını olumsuz etkilemeyecek veya zarara uğratmayacak biçimde gerçekleşecektir. Bu noktada önemli bir ilke ile daha karşılaşılmaktadır: “kayda değer (önemli) zarar vermeme ilkesi”. Bu ilkeye göre, kıyıdaş devletler suyollarından yararlanırken diğer kıyıdaş devletlere önemli zarar vermeme ve gereken tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır.

Yine de, uluslararası suyollarının ulaşım dışı amaçlarla kullanımına yönelik olarak pek çok sorunla karşılaşılması mümkündür.

Uluslararası suyollarından yararlanma hakkı konusunda karşılaşılan sorunlardan biri, yararlanmaya konu olacak su alanının belirlenmesidir. Örneğin, bir uluslararası akarsuyun ulusal kollarının da yararlanmaya konu oluşturulan alana dâhil kabul edilip edilemeyeceği konusunda, devletlerin uygulamalarının paralel olmadığı görülmektedir. Uluslararası yargı ve hakemlik organlarının kararları incelendiğinde ise, ulusal kolların ana akarsu

¹³ ACER / KAYA, s. 143.

¹⁴ PAZARCI, s. 247.

rejimine tabi tutulması yönünde hükümlerin varlığı dikkat çekmektedir¹⁵.

Yararlanılacak su alanının belirlenmesi konusunda karşılaşılan bir diğer sorun, aynı bölgede yer alan (akarsular, göller, kanallar gibi) değişik türden birçok suyolunun bir bütün oluşturup oluşturmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, 1997 Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme’de (m. 2/a), su yolu kavramının şu şekilde tanımlandığı görülmektedir:

“Suyolu, fiziki ilişkilerinden dolayı bölünmez bir bütün teşkil eden ve normal olarak ortak bir (noktaya) son durağa akan yer altı suları ve yer üstü suları sistemi demektir.”

Yapılan bu tanım çerçevesinde, Sözleşme’nin birbirleriyle bağlantılı suları bir bütün olarak kabul ettiğini tespit etmek mümkün görünmektedir. Uluslararası yargı ve hakemlik kararları da bu görüşü doğrular niteliktedir. Örneğin, Lanoux Gölü Davası’nda hakemlik mahkemesi, *“her akarsu havzasının fiziki coğrafya açısından bir bütün oluşturduğunu”* açıkça kabul etmektedir¹⁶.

Uygulamada, uluslararası suyollarının kullanımına ilişkin olarak karşılaşılan bir diğer sorun, bir suyolunun önceden kullanılmış olmasının kazanılmış haklar sağlayıp sağlamadığına ilişkindir. “Ön Kullanımın Üstünlüğü Kuramı” adını taşıyan bu iddia, uluslararası uygulamada kabul görmemiştir¹⁷.

¹⁵ Örneğin, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı, Oder Uluslararası Komisyonunun Yetkisi Davası’na ilişkin 10.09.1929 tarihli kararında, “genel olarak uluslararası akarsu hukukunu düzenleyen ilkeler” ışığında, Polonya ülkesinde yer alan ulusal kolları da Oder ana akarsuyunun rejimine bağlı saymıştır. Bkz. Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, (1929), Permanent Court of International Justice, Ser. A, No 23. (<http://www.internationalwaterlaw.org/cases/river-oder.html>-18.11.2015)

¹⁶ Lake Lanoux Arbitration, United Nations, Reports of International Arbitral Awards, Vol. 12, s. 281. Ayrıca Lanoux Gölü Hakem Mahkemesi kararı (16.11.1957) ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **SAR Cem**, Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel Ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara 1970, s. 161-163, 233-234; **TÜTÜNCÜ Ayşe Nur**, “Lanoux Gölü Hakem Mahkemesi Kararı: Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 56, S. 1-4, 1998, s. 299-316.

¹⁷ Ön Kullanımın Üstünlüğü Kuramı, herhangi bir kıyıdaşın diğer bir kıyıdaştan önce başladığı faydalanmalara mutlak bir üstünlük tanımakta; kıyıdaş devletlerden faydalanma eylemine daha önce başlayanlar, kazanılmış hak elde etmektedirler. Devletlerin bir suyolunu daha önce kullanmaya başlamış olması, o devletin bu kullanımlarına kazanılmış hak gözüyle bakarak, mutlak dokunulmazlık istemesi kabul edilmemektedir. **ACER / KAYA**, s. 145; **KILIÇ**, Sınıraşan Sular, s. 19; **PAZARCI**, s. 248.

Bir kıyıdaş devletin, uluslararası suyolunun doğal düzenini ve fiziki koşullarını değiştirme yetkisinin bulunup bulunmaması, uluslararası suyollarından yararlanma konusunda karşılaşılabilecek bir diğer sorundur. Uygulanan uluslararası hukuk bu konuda kesin bir yasak getirmemektedir. Dolayısıyla, her bir somut durum için ayrı değerlendirme yapma gerekliliği kendisini göstermektedir.

Son olarak, belli bir suyolu üzerinde baraj ve benzeri faaliyetler gerçekleştirecek olan kıyıdaş devletin, diğer kıyıdaş devlete bildirimde bulunmasının ya da ondan izin almasının zorunlu olup olmadığı, açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer meseledir. Bu konuda uygulanan uluslararası hukukta yaygınlaşan ölçüt, önemli bir zararın doğması olasılığıdır. Örneğin, 1997 Sözleşmesi “önemli olumsuz etki” ihtimaline karşı bildirim yükümlülüğü öngörmektedir.

III. SÖZLEŞMENİN KAPSAMI

Su, insan ve toplum hayatında vazgeçilmez bir yere sahiptir. Dolayısıyla, kaynakların sınırlı olması ve dünya nüfusundaki artışa paralel olarak, suyollarına ilişkin uyuşmazlıkların doğması kaçınılmaz olmuştur¹⁸. Birden fazla devletin hak iddiasında bulunduğu suyolları, öncelikle ulaşımaya yönelik düzenlemelere tabi tutulmuş; ilerleyen zaman devletleri, teknolojik gelişmelerin de etkisiyle, ulaşım dışı kullanımlara da yöneltmiştir.

Uluslararası suyollarının ulaşım dışı amaçlarla kullanımına yönelik geniş katılımlı bir andlaşmanın ortaya çıkması, 21.5.1997 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 51/229 sayılı kararıyla söz konusu olmuştur. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu, 1970’li yıllardan itibaren üzerinde çalıştığı taslağı 21.5.1997 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na sunmuş; 103 kabul¹⁹, 27 çekimser ve 3 red oyu²⁰ (Çin, Burundi ve

¹⁸ Lanoux Gölü (Fransa-İspanya), Columbia Nehri (Uruguay-Arjantin), İndus Nehri (Hindistan-Pakistan), Colorado ve Tijuana Nehirleri (ABD-Meksika) uyuşmazlıkları, verilebilecek örneklerden birkaçıdır.

¹⁹ Bu ülkeler arasında 23 ada devleti bulunmaktadır. Bu ülkeler herhangi bir uluslararası suyoluna kıyıdaş olmamalarına rağmen oylamaya katılmışlardır. Bkz. **RLEU-CLARKE Allstar / MOYNIHAN Ruby / MAGSIG Oliver**, UN Watercourses Convention (User’s Guide), United Kingdom 2012, s. 37.

²⁰ Sözleşmeyi reddeden ve çekimser kalan devletlerin genellikle üst kıyıdaş konumunda oldukları görülmektedir. Sözleşmenin oylanmasında üst ve alt kıyıdaş devletler arasında ortaya çıkan bu farklılık, sözleşmenin alt kıyıdaş devletler lehine düzenlemeler içerdiği iddiasından kaynaklanmaktadır. Bkz. **CONCA Ken / WU Fengshi / MEI Ciqi**, “Global Regime Formation or Complex Institution Building? The Principled Content of International River Agreements”, International Studies Quarterly, Vol. 50, No. 2 (Jun., 2006), s. 267; **KI-**

Türkiye) ile Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanılması Hukukuna İlişkin Sözleşme kabul edilmiş ve 17.8.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir²¹. Uluslararası suyollarının kullanılması, geliştirilmesi, korunması ve yönetilmesi ile günümüz ve gelecekteki nesiller için optimal ve sürdürülebilir kullanımın geliştirilmesini güvence altına almayı amaç edinen Sözleşme, 37 maddeyi içeren 7 bölümden oluşmaktadır.

Sözleşmenin hazırlık sürecinde, devletlere yol gösterici nitelik taşıyan ve genel ilkeleri belirleyen bir içerik oluşturulması yönündeki görüşler ağırlıklı olmuştur. Bu çerçevede getirilen ilke ve kurallar, su yolu devletlerini konuya ilişkin anlaşmalar yapmaya teşvik edecek ve özel bir anlaşmanın bulunmaması durumunda devletlere rehberlik edecek bir prensipler çatısı kuracaktır²². Nitekim, Sözleşmenin Giriş kısmında da bu nitelik vurgulanmakta; ancak kabul edilen haliyle, çerçeve sözleşme niteliğinin dışına taşımakta ve amacına aykırı olarak, planlanan projeler (önlemler) için oldukça detaylı bir mekanizma öngörülmektedir²³.

Sözleşmenin 2. maddesinde, kavramların tanımına yer verildiği görülmektedir. 2. maddenin 1. fıkrasında su yolu, “fiziki ilişkilerinden dolayı bölünmez bir bütün teşkil eden ve normal olarak ortak bir (noktaya) son durağa akan yer altı suları ve yer üstü suları” olarak tanımlanmıştır²⁴. Aynı

LIÇ Seyfi, “Uluslararası Suyollarının Ulaşım-Dışı Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve 2012 Değerlendirmesi, (Uluslararası Suyolları), Ortadoğu Analiz, C. 5, S. 49, Ocak 2013, s. 117; Uluslararası Hukuk Komisyonunun konuya ilişkin çalışmalarının ayrıntıları için bkz. **McCAFFREY**, s. 395-404; **SALMAN M. A.**, “The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later: Why Has its Entry into Force Proven Difficult?”, International Water Recourses Association, Water International, Vol. 32, No. 1 (March, 2007), s. 3-4.

²¹ Sözleşme, kabul edildiği 21.5.1997 tarihinden 20.5.2000 tarihine kadar devletlerin imzasına açık tutulmuş; bu süreçte 16 devlet sözleşmeyi imzalamış, 6 devlet ise onaylamıştır. Sözleşmenin, 35. onay belgesinin depo edilmesini izleyen 90. gün yürürlüğe girmesi kararlaştırılmış; 19.5.2014 tarihinde Vietnam’ın sözleşmeyi onaylamasıyla birlikte sayı 35’e ulaşmıştır. Sözleşme metni için bkz. **BOZKURT Enver**, Milletlerarası Hukuk Mevzuatı, Ankara 2014, s. 212-231.

²² **CONCA / WU / MEI**, s. 266; **CROOK John R. / McCAFFREY Stephen C.**, “The United Nations Starts Work on a Watercourses Convention”, The American Journal of International Law, Vol. 91, No. 2 (Apr., 1997), s. 374; **KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif**, Milletlerarası Akarsuların Kirlenmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya 1998, s. 31.

²³ Türkiye, oylama sırasında Genel Kurul tutanaklarına geçmesi talebi ile bu hususu gündeme getirmiştir. Bkz. **AKÇA Çağatay**, Sınırşan Sularla İlgili Uluslararası Hukuki Metinlerin Değerlendirilmesi, Orman ve Su İşleri Bakanlığı (Uzmanlık Tezi), Ankara 2014, s. 83; **KILIÇ**, Uluslararası Suyolları, s. 116.

²⁴ 1997 Sözleşmesi, yüzey sularıyla bir bütün oluşturan ve ortak bir varış yerine akan yer

maddenin 2. fıkrasına göre, uluslararası su yolu “parçaları farklı devletlerin içinde bulunan bir su yolu” olarak belirlenmiş; 3. fıkrada su yolu devleti şu şekilde tanımlamıştır: “topraklarında bir uluslararası su yolunun parçası bulunan ve mevcut sözleşmeye taraf olan bir devlet veya bir bölgesel ekonomik entegrasyon örgütü olan ve bu örgütün bir ya da daha fazla üye devletinin topraklarında bir uluslararası su yolunun parçası bulunan bir taraf demektir”

Sözleşmenin 3. maddesinde, “aksine bir andlaşma yoksa, mevcut sözleşmedeki hiçbir şey, bir su yolu devletinin bu sözleşmeye taraf olduğu tarihe kadar kendisi için yürürlükte olan andlaşmalardan kaynaklanan haklarını ve yükümlülüklerini etkilemeyecektir” ifadelerine yer verilmek suretiyle, su yolu devletinin yürürlükteki andlaşmalarından doğan hak ve yükümlülüklerinin değişmeyeceği hükme bağlanmış; 4. maddede ise, su yolu andlaşmalarının tarafları ile ilgili düzenleme yapılmıştır.

“Hakça ve Makul Kullanım ve Katılım” başlığını taşıyan 5. maddenin 1. fıkrasına göre, su yolu devletleri kendi ülkelerinden geçen suyu hakça, makul, optimal ve sürdürülebilir bir biçimde kullanmak durumundadır. Bu genel ilkenin içeriği; su yolu devletleri tarafından, su yolunun özel koşulları göz önüne alınarak değerlendirilecektir. Bu maddede su yolları ile ilgili bir paylaşım söz konusu değildir; vurgulanmak istenen hakça ve makul kullanımdır. Maddede yer alan “optimal kullanım” ifadesi, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından özellikle seçilmiştir. Kullanıma getirilen sınırlamaya işaret eden bu ifadeye, suyun en fazla yarar sağlayacak şekilde değil, su yolunun korunması ve geliştirilmesi gözetilerek kullanılmasını ifade etmek üzere yer verilmiştir²⁵.

Aynı maddenin 2. fıkrasında, su yolu devletlerinin su yolunun kullanımına, geliştirilmesine ve korunmasına hakça ve makul şekilde iştirak edecekleri, bunun için ilgili devletlerin işbirliği yapma görevinin bulunduğu ifade edilmektedir.

Sözleşmenin 6. maddesinde, hakça ve makul kullanımın unsurları; başka bir ifadeyle, bu kullanımın tespitinde hangi esasların göz önünde

altı sularını da su yolu kavramı içine dâhil etmiş; böylece, uluslararası bir sınır tarafından bölünüp yüzey sularıyla bağlantılı olmayan yer altı suları sözleşmenin kapsamı dışında kalmıştır. **McCAFFREY Stephen C. / SINJELA Mpazi**, “The 1997 United Nations Convention on International Watercourses”, The American Journal of International Law, Vol. 92, No. 1 (Jan., 1998), s. 97; **SALMAN**, s. 5.

²⁵ **AKÇA**, s. 87; **KAYA İbrahim**, “1997 Uluslararası Akarsular Anlaşması: Genel Bakış ve Değerlendirmeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1-2, 1998, s. 617; **McCAFFREY / SINJELA**, s. 99.

tutulacağı, sınırlı sayıda olmayacak biçimde belirlenmiştir. Bunlar;

- coğrafi, hidrografik, hidrolojik, iklimsel, ekolojik ve öteki doğal koşullar,

- ilgili su yolu devletlerinin toplumsal ve ekonomik gereksinimleri,

- her bir su yolu devletinin su yoluna bağımlı nüfusu,

- bir su yolu devletinin kullanımının diğerlerine etkisi,

- su yolunun devam eden ve ilerideki kullanımları,

- su yolunun su kaynaklarının korunması, geliştirilmesi ve tasarrufu ile bunlara bağlı alınacak önlemlerin mahiyeti,

- planlanan ya da var olan kullanımlara seçenek oluşturacak olanaklardır²⁶.

Bu faktörlerin nasıl ve kim tarafından belirleneceği konusu Sözleşmede açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte; ilgili devletlerin işbirliği anlayışı içinde, iyi niyetle ve sözleşmenin ruhuna uygun bir biçimde çözümlenmelerinin önerildiği görülmektedir. Belirtilen faktörlerden herhangi birinin diğerine üstünlüğünün söz konusu olup olmayacağı meselesi de aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlemeye tabi tutulmuştur. Buna göre, her bir faktöre verilecek ağırlık, onun diğer faktörlere kıyasla önemine göre belirlenecek; kullanımın hakkaniyete uygun ve makul olup olmadığının belirlenmesinde, ilgili bütün faktörler birlikte değerlendirilecek ve bütünü üzerinden bir sonuca ulaşılabacaktır.

Sözleşmenin 7. maddesinde “önemli zarara yol açmama ilkesi / ödevi” düzenlenmiştir. Hem su miktarı hem de suyun kalitesi ve çevresel sorunlar açısından oldukça önemli olan bu ilke, 7. maddenin 1. fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir:

“su yolu devletleri, kendi ülkelerindeki bir uluslararası su yolunu kullanırlarken, diğer su yolu devletlerine önemli zarara neden olmayı önlemek için her türlü uygun tedbirleri almalıdırlar”.

Bu ilkenin asıl amacı, alt kıyıdaş devleti, kendisine nazaran daha avantajlı durumda bulunan üst kıyıdaş devletin tek taraflı işlemlerinden

²⁶ Türkiye bu maddenin (a) bendine toprak kalitesi anlamına gelen “pedoloji” teriminin eklenmesini istemiş; ancak bu isteği reddedilmiştir. Yine aynı bende, “her havza devletinin su yoluna yaptığı su katkısı” ifadesinin eklenmesi talebi de aynı şekilde reddedilmiştir. Bkz. KILIÇ, Uluslararası Suyolları, s. 120.

kaynaklanabilecek zararlara karşı korumaktır²⁷. Ayrıca, bu fıkrada kullanılan “önemli zarar” kavramı ile, objektif verilerle doğrulanabilen ve kullanımı gerçekten kısıtlayan etkiler kastedilmektedir²⁸.

Sözleşmenin 8. ve 9. maddelerinde, işbirliği ve bilgi alışverişi konuları düzenlenmektedir. 8. maddeye göre, suyolu devletleri uluslararası suyollarının optimal kullanımı ve korunması amacıyla egemen eşitlik, toprak bütünlüğü, karşılıklı yarar ve iyi niyet ilkeleri temelinde işbirliği yapacaklardır. Bunun için ilgili devletler, karma kuruluşlar ve komisyonlar oluşturabileceklerdir.

Sözleşmenin “düzenli bilgi ve verilerin değişimi” başlığını taşıyan 9. maddesine göre, suyolu devletleri, suyoluna ilişkin olarak; özellikle hidrolojik, meteorolojik, hidrojeolojik, ekolojik ve suyun kalitesi gibi konularda veri ve bilgi değişimini düzenli olarak yapacaklar²⁹; istenilen bilgi veya veri hâlihazırda mevcut değilse, bilgi istenen devlet bu bilgiyi sağlamada elinden gelen çabayı gösterecektir. Ancak, istekte bulunan devlet, bu bilgilerin ve verilerin toplanması ve değerlendirilmesinden doğan masrafları ödeyecektir.

Sözleşmenin 10. maddesi, farklı kullanım şekilleri arasındaki ilişkiyi düzenlemekte; andlaşma ve aksine bir örf ve âdetin bulunmaması durumunda, uluslararası bir suyolunun hiçbir kullanımının diğer kullanımlar üzerinde üstünlüğe sahip olmayacağını belirtmektedir. Aynı maddenin 2. fıkrasında, uluslararası bir suyolunun kullanım şekilleri arasında bir ihtilafın ortaya çıkması halinde, bu ihtilafın, hayati insan ihtiyaçlarına özel bir önem verilerek 5., 6. ve 7. maddelere göre çözüleceği düzenlenmektedir.

Suyolunun kullanımı ile ilgili olarak, yeni girişim projeleri/planlanan önlemler ve bunlarla ilgili düzenlemeler Sözleşmenin III. Bölümünde (m. 11-19) yer almakta; Sözleşmenin IV. Bölümünde; “Koruma, Muhafaza ve Yönetim”, V. Bölümde “Zararlı Şartlar ve Acil Durumlar”a dair hususlar düzenlenmektedir.

²⁷ SALMAN, s. 5-6. Türkiye; kıyıdaş devletlerin suyu hakça ve makul olarak kullandıkları takdirde, diğer kıyıdaş devletlere zarar vermeme ilkesinin de yerine geleceği görüşünü dile getirerek bu maddeye itiraz etmiştir. Sözleşmede önemli zarar vermeme ilkesine yönelik herhangi bir ölçüt bulunmadığından, alt kıyıdaş devletin itirazları doğrultusunda, üst kıyıdaş devletin gerçekleştirmeyi planladığı projelerin engellenebileceği ve dolayısıyla ekonomik durum olumsuz etkilenebileceği de belirtilmiştir. Bkz. KILIÇ, Uluslararası Suyolları, s. 120.

²⁸ AKÇA, s. 90

²⁹ Maddedeki bilgi alışverişi yükümlülüğünü, sözleşmenin 3. maddesiyle birlikte değerlendirmek yerinde olacaktır. Şöyle ki, herhangi bir uluslararası suyolu için kıyıdaş devletler arasında bir andlaşma yapılmış ve burada bilgi alışverişi düzenlenmişse, bu andlaşmadan doğan yükümlülükler saklı kalacaktır. Eğer o andlaşmadaki düzenleme ihtiyacı karşılamıyorsa, 9. maddeden kaynaklanan yükümlülüklerle başvurulabilecektir.

“Çeşitli Hükümler” başlığını taşıyan VI. Bölümde, Uyuşmazlıkların Çözümü (m. 33), bir çerçeve sözleşme için ayrıntılı denilebilecek düzenlemeler içermektedir. Taraflar arasında, Sözleşmenin yorumuna ve uygulanmasına yönelik olarak herhangi bir uyuşmazlığın doğması halinde, başvurabilecekleri bir andlaşmanın da bulunmaması durumunda, bu madde hükmüne uygun olarak çözüm yollarına başvuracaklardır.

Maddenin 1. ve 2. fıkralarında, görüşme, dostça girişim, arabuluculuk ve uzlaştırma gibi diplomatik yollardan söz edilmiş; tarafların söz konusu uyuşmazlığı hakeme³⁰ ya da Uluslararası Adalet Divanı’na götürülebileceklerinin de altı çizilmiştir. Maddenin 3. fıkrasına göre, uyuşmazlığın tarafları altı ay içinde görüşme veya diğer yöntemlerle bir sonuca ulaşamazlarsa, uyuşmazlık, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, taraflardan herhangi birinin isteği üzerine soruşturma komisyonuna götürülecektir.

10. paragraf, hakemliğe ve Uluslararası Adalet Divanı’na müracaata ilişkindir. Buna göre, uyuşmazlık 2. paragrafta belirlenen şekillerde çözülemiyorsa, taraf devlet, aynı yükümlülüğü kabul eden bir diğer taraf devlet karşısında, ipso facto ve andlaşma olmaksızın,

- uyuşmazlığın Uluslararası Adalet Divanı’na götürülmesini ve/veya
- hakemlik mahkemesine başvurmayı kabul ettiği bildiriminde bulunabilecektir.

Son hükümler ise, imzaya açılma, onaylanma, yürürlüğe girme ve andlaşmanın dili gibi konulara ilişkindir.

IV. DANIŞMA YÖNTEMİ

Kimi faaliyetler, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış da olsa, birtakım zararlar ortaya çıkarma potansiyeline sahiptir. Uluslararası uygulamada ve yapılan andlaşmalar çerçevesinde, bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların önlenmesi için birtakım yöntemler geliştirilmiştir³¹. Geliştirilen bu yöntemlerin uygulanacağı faaliyet alanlarının temel özelliği, başka devletlerin ülkelerinde zararlı sonuçlar ortaya çıkarma ihtimalini taşımalarıdır³².

³⁰ Hakemliğe ilişkin usul, Sözleşmenin ekinde 14 madde halinde düzenlenmiştir.

³¹ Bu yöntemlere, haber verme (notification), bilgilendirme (information), işbirliği (cooperation) ve danışma (consultation) örnek gösterilebilir.

³² **BOZKURT Enver / KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif / POYRAZ Yasin**, Devletler Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 246.

Uluslararası hukukun izin verdiği ve fakat sınıraşan zarar yaratan faaliyetlerin sıklığı, bilimsel ilerleme, bu faaliyetlerin verdikleri zararın kapsamı ve çevrede neden oldukları kirlenmenin boyutları birlikte değerlendirildiğinde, bu alanda uluslararası düzenlemeler yapılması bir zorunluluk olarak belirmektedir³³. Uluslararası suyollarından ulaşım dışı amaçlarla yararlanma da bu faaliyet alanlarından biridir. Uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış olmakla birlikte, bu faaliyetler diğer devletlere tüketme, yoksun bırakma, suların niteliğini değiştirme, kirlenme ve benzeri biçimlerde yansıyabilir. İşte bu sebeple 1997 Sözleşmesi, “Danışma” yöntemini benimsemiş ve belirli hallerde bir yükümlülük olarak belirlemiştir.

A. İLGİLİ HÜKÜMLER

Suyollarının ulaşım dışı amaçlarla kullanımı ile ilgili olarak, yeni girişim projeleri / planlanan önlemler ve bunlarla ilgili düzenlemeler Sözleşmenin III. Bölümünde (m. 11-19) yer almaktadır. Bu bölümde Sözleşme; bilgi değişimi ve bildirimde bulunmayı içeren, yapılan bildirimde cevap için 6 aylık bir bekleme süresi öngören ve bu esnada bildirimde bulunan devletin, bildirimde bulunulan devletin rızası olmadan planladığı faaliyetleri yürütemeyeceği bir usul evresi kurmaktadır³⁴. Bu çerçevede ilgili maddeler; yapılan bildirimde cevabı, danışmaları, görüşmeleri ve bildirim veya cevabın yokluğunda veya bazı faaliyetlerin acil yürütülmesi gerektiğinde takip edilecek usulleri planlamaktadır.

Sözleşmenin, “Planlanan Önlemlerle İlgili Bilgi” başlıklı 11. maddesinde, uluslararası su yolu üzerinde bir projeye girişmeden önce, devletlerin bilgi alışverişinde bulunmaları, danışmaları ve gerektiğinde muhtemel etkileri müzakere etmeleri şu ifadelerle emredilmektedir:

“Suyolu devletleri, bilgi alışverişinde bulunurlar ve birbirlerine danışırlar ve gerekliyse, planlanan önlemlerin uluslararası bir su yolunun durumu üzerindeki muhtemel etkileri hakkında müzakere ederler.”

³³ TÖTÜNCÜ, s. 299.

³⁴ McCAFFREY, s. 401; KÜTÜKÇÜ, s. 31. Türkiye'nin Sözleşme'ye ilişkin belki en belirgin itirazı, III. Bölümüne ilişkin olmuştur. Bu bölümde genel yaklaşım, bir üst kıyıdaş devletin, alt kıyıdaş devletin onayını almadan herhangi bir su kaynakları geliştirme faaliyetine girişmemesi durumudur. Türkiye, bir üst kıyıdaş devletin Sözleşme'nin hükümlerine bağlı olarak, su yolu üzerinde geliştireceği bir projede alt kıyıdaş devlete bilgi verme zorunluluğu bulunduğu ve buna bağlı olarak devletler arasında uzlaşma için de uzun bir süre gerektiği iddialarıyla itirazda bulunmuştur. Aynı yönde görüş için bkz. AKÇA, s. 98; KAPAN, s. 71. Farklı yönde görüş için bkz. AKTAŞ ACABEY Münevver, Sınıraşan Sular, İstanbul 2006, s. 216.

Aynı çerçevede, 12. maddede, bir devletin, uluslararası su yolu üzerinde önemli zararları olabilecek bir projeye girişmeden önce, diğer devletleri zamanında bilgilendirmesi yükümlülüğü düzenlenmektedir³⁵. Böyle bir bilgilendirme, devletlerin muhtemel etkileri değerlendirmelerine olanak verecek; çevresel etki değerlendirmesi sonuçlarını da kapsayan teknik bilgi ve veriler eşliğinde yapılacaktır. Görüldüğü gibi, diğer kıyıdaşlara önemli ölçüde zarar verme ihtimali bulunmayan projeler bakımından, bunları gerçekleştirecek kıyıdaş devletin bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Projeyi uygulayacak olan devlet, etkilerin zararlı olma ihtimalini bizzat değerlendirmektedir.

Aksi kararlaştırılmadıkça, bildirimde bulunan devlet, diğer su yolu devletlerine planlanan önlemlerin muhtemel etkilerini değerlendirmeleri için 6 aylık bir süre tanıyacak; bu süre, bildirimde bulunan devletlerin isteği üzerine 6 ay daha uzatılabilecektir (m. 13). Belirlenen süre boyunca bildirimde bulunan devlet, doğru bir değerlendirme için işbirliği yapacak ve bildirimde bulunan devletlerin rızasını almadan planlanan önlemleri uygulamayacak ya da uygulanmasına izin vermeyecektir (m. 14).

Bildirimde bulunan devletler, ulaştıkları sonuçları mümkün olan en kısa sürede bildirimde bulunan devlete nakledecek; planlanan önlemlerin 5., 6. ve 7. madde hükümleriyle bağdaşmadığı kanaatine ulaşırsa, bu bulgunun nedenlerini de ortaya koyacaktır (m. 15). Bildirimde bulunan devletten süresi içinde cevap gelmemesi durumunda ise, bildirimde bulunan devlet, 5., 6. ve 7. maddelerde yer alan yükümlülüklerle bağlı kalarak, planlanan önlemleri uygulayabilecektir (m. 16).

Danışma yöntemine ilişkin en önemli veriler ile, Sözleşmenin “Planlanan Önlemler İle İlgili Müzakereler ve Danışmalar” başlığını taşıyan 17. maddesinde karşılaşılmaktadır. 17. maddenin 1. fıkrasında; bildirimde bulunan devletlerin planlanan önlemlere, 5., 6. ve 7. maddelere dayanarak karşı çıkmaları halinde izlenecek yol şu ifadelerle belirlenmektedir:

“15. madde uyarınca planlanan önlemlerin 5., 6. ve 7. maddelerin hükümleriyle uyumsuz olabileceği yolunda bir bildirim yapıldıysa, bildirimde bulunan devlet ve cevap veren devlet duruma hakkaniyete uygun bir çözüm bulmak niyetiyle danışmaya ve gerekirse görüşmelere girişeceklerdir.”

³⁵ Bilgi vermenin şekli, zamanı ve kapsamı konusunu düzenleyen bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamaktadır. Her bir durumun özellikleri dikkate alınarak, yapılan bildirim amaca hizmet etmesinin sağlanması, bir formaliteden ibaret olmaması gerekir. Bkz. AKTAŞ ACA-BEY, s. 225; TİRYAKİ, s. 238.

Görüldüğü gibi, planlanan önlemlerin uygulanmasının 5., 6. ve 7. maddelerdeki düzenlemeler ile uyumsuz olabileceği yönünde bir bilgi alışverişi olmuşsa, ilgili devletler karşılıklı olarak birbirlerine danışacaklar ve gerekli görürlerse görüşmeler yapacaklardır. Bildirimde bulunulan devletin karşı çıkışı; 5. maddede düzenlenen “hakça ve makul kullanım ilkesi” ile, hakça ve makul kullanımın 6. maddede belirlenen unsurları ile ve 7. maddede düzenlenen “önemli zarar vermeme yükümlülüğü” ile uyumsuzluk temeline dayanacaktır.

Sözleşmede düzenlenen bilgi verme yükümlülüğünün bir diğer işlevi, danışma yöntemine başvurulmasına gerek olup olmadığını tespit etmektir. Zira bilgi verme neticesinde, öncelikle bu faaliyetin hakça ve makul kullanım ve önemli zarar vermeme ilkelerine aykırılığı konusunda bir fikir ayrılığı yaşanacak; bu durumda, danışma ve görüşmelere başvurulacaktır.

17. maddenin 2. fıkrasında; danışma ve görüşmelerin her bir devletin bir diğerinin haklarını ve meşru çıkarlarını gözetecek şekilde, iyi niyet temeli üzerinde yürütüleceği belirtilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise; danışma ve görüşmelerin yürütülmesi sırasında önlemleri planlayan devletin, bildirimde bulunulan devletin istemi üzerine, önlemleri uygulamaktan veya uygulanmasına izin vermekten, aksi kararlaştırılmadıkça, 6 aylık bir dönem için kaçınacağı düzenlenmektedir.

18. maddede ise, bildirim yokluğunda / bilgi vermeme durumunda izlenecek yöntemler düzenlenmiştir. Buna göre, bir devlet, diğer bir devletin kendisine önemli zarar verecek bir önlemleri planladığına inanmak için makul gerekçelere sahipse, gerekçeli olarak diğer devletten 12. maddenin hükümlerine başvurmasını talep edebilir (m. 18/1). Önlemleri planlayan devlet, 12. madde çerçevesinde bildirimde bulunma yükümlülüğü olmadığı inancındaysa, bunu gerekçeli olarak diğer devlete bildirir. Bu gerekçeler diğer devleti tatmin etmezse, ilgili devletler 17. maddenin 1. ve 2. fıkraları çerçevesinde danışma ve görüşmelerde bulunurlar (m. 18/2).

Sözleşmenin 19. maddesi “planlanan önlemlerin acil uygulanması” başlığını taşımaktadır. Buna göre; planlanan önlemlerin uygulanmasının, kamu sağlığının ve kamu düzeninin veya eş değerdeki çıkarların korunması için son derece acil olması durumunda, 5. ve 7. maddeler gözetilerek, 14. maddenin ve 17. maddenin 3. fıkrasının hükümlerine dayanmadan derhal devam edebilir (m. 19/1). Böyle bir durumda, 12. maddede belirtilen devletlere resmi bir bildirim, ilgili veri ve bilgilerle birlikte sunulacaktır (m. 19/2). Önlemleri

planlayan devlet, 2. paragrafta belirtilen devletlerle, istek üzerine, danışma ve görüşmelerde bulunacaktır (m. 19/2).

B. DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Yukarıda belirtildiği gibi, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmamış bazı faaliyetlerin diğer devletlere zarar vermesi ihtimal dâhilindedir. Bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek zararların ve dolayısıyla uyuşmazlıkların önlenmesi için geliştirilen yöntemlerden biri de “danışma”dır. 1997 Sözleşmesi’nde bu yöntem yer verilerek, devletlerin girişecekleri faaliyetlerin neden olabileceği sınıraşan zararlara yönelik önlem alınması amaçlanmaktadır.

Sözleşmede düzenlenen danışma yükümlülüğünün temel amacı; uluslararası su yolu üzerinde kıyıdaş devletlerin girişecekleri, zarara neden olma potansiyeline sahip faaliyetler konusunda bilgi alışverişinde bulunup, zararın ve buna dayalı bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasını engellemektir. Bu çerçevede Sözleşmede, uyuşmazlığın doğması ve onun çözümü için çaba harcanması yerine, böyle bir uyuşmazlığın doğmasını önlemeye yönelik tedbirler alınması tercih edilmiştir³⁶.

Danışma yöntemine, Lanoux Gölü Kararında da yer verildiği ve 1997 Sözleşmesinin bu kararda yer verilen danışmaların yürütülmesiyle ilgili prensipleri takip ettiği görülmektedir. Nitekim Lanoux Gölü Kararı, uluslararası hukukun izin verdiği ve fakat sınıraşan zararlar doğuran faaliyetlerin önlenmesi konusunda önemli etkileri olan verileri içeren bir karardır³⁷. Bu kararda mahkeme; danışmanın iyi niyetle yerine getirilmesi ve bir formaliteden ibaret olmaması gerektiğine vurgu yapmaktadır.

Danışma yükümlülüğüne göre, sınıraşan çevresel zararlara neden olma potansiyeline sahip bir faaliyeti planlayan devlet, bu faaliyetten etkilenmesi muhtemel devletlerin menfaatlerini de dikkate almak suretiyle, bilgi alışverişini sağlamak durumundadır. Bu yükümlülük, hakça ve makul paylaşım ilkesiyle uyumlu ve devletlerin menfaatlerini korumak için zorunludur.

Şunu da belirtmek gerekir ki, bilgi verme ve bunun sonucu olan danışma, hem üst kıyıdaş hem de alt kıyıdaş devletler bakımından geçerlidir. Başka bir ifadeyle, alt kıyıdaş devlet de, suyun kullanımına yönelik planlarının

³⁶ AKTAŞ ACABEY, s. 215; CROOK / McCAFFREY, s. 377.

³⁷ TÜTÜNCÜ, s. 306.

üst kıyıdaş devleti olumsuz olarak etkileyebileceği ihtimalinde, bildirimde ve gerekirse danışmalarda bulunma yükümlülüğü altındadır³⁸.

Bu noktada, danışma yükümlülüğü / yöntemi ile uyuşmazlıkların barışçı çözüm yollarından biri olan “görüşme (negotiation)”nin³⁹ eşdeğer kavramlar olmadığı belirtilmelidir.

Görüşmeler, yalnızca uyuşmazlığın tarafları arasında gerçekleştirilmekte; genellikle bu devletlerin diplomatik kanalları aracılığıyla yürütülmektedir⁴⁰. Diplomatik görüşmelerde birtakım protokol kuralları dışında, uygulanması zorunlu olan uluslararası hukuk kuralları söz konusu değildir. Görüşmeler sözlü olabileceği gibi, yazılı olarak da yapılabilir. Dolayısıyla, basit ve işlevsel olması, tarafların iddialarının doğrudan ele alınması suretiyle uyuşmazlık hakkında ortak bir platformun tesis edilebilmesi açısından yaygın olarak başvurulan bir yöntemdir⁴¹. Uyuşmazlığın tarafları bu yöntemi kullanırken, iddialarının doğrudan ele alınmasının yanı sıra, aralarındaki meselelerin geniş bir yelpaze içinde, herhangi bir sınırlama olmaksızın değerlendirilmesi avantajlarına da sahip olabilmektedirler. Öte yandan, görüşme yönteminin en avantajlı yönü; tarafların uyuşmazlık hakkında “doğrudan doğruya” görüş alışverişinde bulunmaları, karşılıklı iyi niyet ve hassasiyetle hareket ederek ve sansasyonel kırılmalara yol açmadan çatışan iddialarını yaklaştırarak optimum bir çıkış yolunun bulunmasını sağlayabilmeleridir⁴².

Yukarıda verilen bilgilerde de görüldüğü gibi, danışma, uyuşmazlıkların diplomatik çözüm yollarından biri olan “görüşme”den farklı özelliklere sahiptir. Görüşmenin amacı, uyuşmazlığın taraflarının fikir alışverişinde bulunup uyuşmazlığı kesin ve barışçı bir çözüme kavuşturmak iken; danışma, genel anlamıyla diğer tarafın görüşünün alınmasına yönelik bir yöntemdir.

³⁸ AKTAŞ ACABEY, s. 216.

³⁹ Uluslararası uyuşmazlıkların çözümünün öncelikle görüşme yoluyla aranması yönündeki görüş, özellikle 19. yüzyılın sonlarında gelişmiştir. 1899 ve 1907 La Haye Konferanslarında kabul edilen Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözümü Konusunda Sözleşme’de, hakemliğin, “diplomasi yoluyla çözülemeyen” uyuşmazlıkların çözülmesi için en etkin yol olduğu belirtilmiştir. Milletler Cemiyeti Misakının 13. maddesinin 1. fıkrasında, “anlaşmazlık diplomasi yoluyla doyurucu bir biçimde çözülemese”, sorunun hakemliğe ya da yargı yoluna götürülmesi öngörülmüştür. Aynı çerçevede, Birleşmiş Milletler Andlaşmasının 33. maddesinde de, uyuşmazlığın....., “her şeyden önce görüşme yoluyla” aranması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. MERAY, s. 324.

⁴⁰ AKSAR Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, 2. Cilt, Ankara 2013, s. 219.

⁴¹ CAŞIN Mesut Hakkı, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, İstanbul 2013, s. 1161.

⁴² CAŞIN, s. 1162.

Dolayısıyla, uluslararası hukuktaki teknik anlamları itibariyle görüşme ve danışma eş anlamlı kavramlar değildir. Danışma yönteminde, muhtemel bir uyuşmazlık kaynağında çözülmek istenmekte; uyuşmazlık doğmadan müdahale edilmesi planlanmaktadır. Bu yol ile, doğması muhtemel bir uyuşmazlığın tarafları, belirli alanlarda yürüttükleri faaliyetlerini veya belirli bir düzeyi aşan işlemlerini karşı tarafa bildirme ve onun görüşünü alma yükümlülüğü altına girmektedir⁴³.

Danışma yöntemine henüz bir uyuşmazlık doğmamışken, bir işlem tesis eden veya bir eylem gerçekleştiren / bir işlem tesis edecek veya bir eylemde bulunacak devletin diğer devletlere haber verip görüşünü alması biçiminde başvurulabilir. Bunun yanı sıra, herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra, bu uyuşmazlığa ilişkin işlemler, eylemler ve durumlar hakkında uyarıda bulunmak da bu yöntemin kapsamına dâhildir⁴⁴.

Bilgi verme ve danışma yükümlülüğünün temel işlevi, zararlar sonuflanacak durumların doğmasına yönelik kullanımların engellenmesidir. Bu çerçevede, bu yöntemler, sözleşmenin 5. maddesinde düzenlenen “hakça ve makul kullanım” ve 7. maddesinde düzenlenen “önemli zarara yol açmama ilkesi” kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira, ancak bu yöntemle bir devletin hakça ve makul kullanım ve zarar verme yasağı gibi genel kurallara uygun davranıp davranmadığı anlaşılabilir. Dolayısıyla bilgi verme ve danışma yükümlülüğü, hakça ve makul kullanım ilkesinin işlerlik kazanması amacıyla hizmet etmektedir.

Bu çerçevede, hakça ve makul kullanım ile ilgili faktörlerin belirlendiği 6. maddenin 2. fıkrasında, “5. maddenin veya bu maddenin 1. paragrafının uygulanmasında, ilgili su yolu devletleri, ihtiyaç ortaya çıktığı zaman, bir işbirliği ruhu içinde danışmalar yapar” ifadelerine yer verilmek suretiyle, danışmanın temel amacı ve işlevi tekrar ortaya konmuş olmaktadır. Yine, “Önemli Zarar Vermeme Yükümlülüğü” başlıklı 7. maddenin 2. fıkrasında danışma yöntemine şu ifadelerle tekrar yer verildiği görülmektedir:

“Buna rağmen bir başka su yolu devletine önemli zarar ortaya çıkarsa, kullanımı böyle bir zarara neden olan devletler, bu tür kullanma için bir anlaşmanın olmaması halinde, 5. ve 6. madde hükümlerine riayeti esas alarak, etkilenen devlet ile danışarak, bu tür zararı bertaraf etmek ve azaltmak için, uygun olması halinde, tazminat sorununu görüşmek için, uygun her türlü önlemi almalıdırlar.”

⁴³ BOZKURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ, s. 246.

⁴⁴ BOZKURT / KÜTÜKÇÜ / POYRAZ, s. 246.

Dolayısıyla, danışmalarda bulunma, farklı kullanımlar arasında hakça bir denge sağlanması için önem taşımaktadır ve iki durumda yapılması gereklidir. Bunlardan ilki, devletin danışmaların uluslararası suyolunun hakça ve makul kullanımının sağlanması veya bunun sürdürülebilmesi için gerekli olduğuna inanması; ikincisi, devletin, bir diğer devlette planlanan tedbirlerin uygulanmasının, bu devletin suları hakça ve makul kullanma ve önemli zarar vermeme yükümlülükleriyle uyumlu olmadığına inanmasıdır⁴⁵.

Bu iki durumda projeyi planlayan devlet, uluslararası suyolunu hakça ve makul kullanmak adına ve kendi kullanımının diğer kıyıdaş veya kıyıdaşlara zarar vermesi ihtimaline karşı bilgilendirme yapacak ve diğer devletlerin görüşüne başvuracaktır. Burada amaçlanan, uluslararası suyolundan yalnızca diğer kıyıdaşlara zarar vermeden maksimum düzeyde yararlanmak değil; aynı zamanda, gelecek nesiller de göz önüne alınarak, suyolunun korunmasının ve geliştirilmesinin gözetilmesi ve bir uyumsuzluk ortaya çıkmadan duruma müdahale edilmesidir.

Nitekim, Sözleşmenin 21. maddesinin 3. fıkrasında, “*Suyolu devletleri, aralarından herhangi birinin isteği üzerine, uluslararası bir suyolunun kirlenmesinin engellenmesi, azaltılması ve kontrolü için karşılıklı olarak anlaşılabilir önlemler ve metotlara ulaşmak için danışmalarda bulunurlar*” ifadelerine yer verilerek, kirlenme nedeniyle ortaya çıkabilecek bir uyumsuzluğun doğması engellenmeye çalışılmaktadır.

Verilen bilgiler çerçevesinde, uluslararası suyolunun barışçı ve hakkaniyete uygun kullanımına ilişkin pek çok ihtimal üzerinde durulmaya çalışıldığı görülmektedir. Belirtilen amaçla, Sözleşmenin 24. maddesinin 1. fıkrasında da, suyolu devletlerinin; aralarından herhangi birinin isteği üzerine, ortak bir yönetim mekanizmasının kurulmasını da içerebilen, uluslararası bir suyolunun yönetimiyle ilgili danışmalar yapacağı hükme bağlanmıştır.

Yine, Sözleşmenin 26. maddesinin 2. fıkrasında, suyolu devletlerinin; önemli olumsuz etkilere maruz kalacağına inanmak için makul nedenlere sahip olan devletlerden herhangi birinin isteği üzerine şu konularda danışmalar yapacağı belirtilmiştir:

- uluslararası bir suyoluyla ilgili tesislerin, araçların ya da diğer yapıların güvenli çalıştırılması ve bakımı;
- tesislerin, araçların ve diğer yapıların kasıtlı ya da ihmalkâr eylemlerden veya doğal şiddetten korunması.

⁴⁵ AKTAŞ ACABEY, s. 218-219.

Bütün bu düzenlemeler ve verilen bilgiler ışığında görülmektedir ki; Sözleşmenin tarafları, uluslararası su yollarından hakça yararlanmaya yönelik olarak, pek çok ihtimal üzerinde durmakta, su yolu devletlerinin çıkarlarını gözeterik iradelerini maksimum düzeyde uzlaştırmaya ve uyuşmazlıkları kaynağında engellemeye çalışmaktadır. Danışma bu noktada çok önemli bir işleve sahip bulunmaktadır. Zira Sözleşme, su yolunun kullanımına ilişkin uyuşmazlık doğurma potansiyeline sahip her konuda bu yöntemi işaret etmektedir. Bu yöntemle, su yolundan belirli biçimlerde yararlanacak olan devlet, diğer kıyıdaş devletin bu kullanımın sonuçlarına ilişkin kaygılarını algılayabilmektedir. Dolayısıyla danışma yöntemi, kıyıdaş devletlere yol gösterici bir niteliğe sahiptir.

KAYNAKLAR

ACER Yücel / KAYA İbrahim, Uluslararası Hukuk, 5. Baskı, Ankara 2014.

AKÇA Çağatay, Sınıraşan Sularla İlgili Uluslararası Hukuki Metinlerin Değerlendirilmesi, Orman ve Su İşleri Bakanlığı (Uzmanlık Tezi), Ankara 2014.

AKİPEK Ömer İlhan, Devletler Hukuku, İkinci Kitap (Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet), Ankara 1965.

AKSAR Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, 2. Cilt, Ankara 2013.

AKTAŞ ACABEY Münevver, Sınıraşan Sular, İstanbul 2006.

BENVENISTI Eyal, “Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater: The Challenges of International Water Resources Law”, The American Journal of International Law, Vol. 90, No. 3 (Jul., 1996), ss. 384-415.

BOZKURT Enver, Milletlerarası Hukuk Mevzuatı, Ankara 2014.

BOZKURT Enver, “Ulaşımaya Elverişli Olmayan Akarsuların Hukuki Rejimi İle İlgili Görüşler ve Uluslararası Hukuk Komisyonu 1994 Taslağı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı,

Konya 1995, ss. 201-221.

BOZKURT Enver / KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif / POYRAZ Yasin, Devletler Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2012.

CAŞIN Mesut Hakkı, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, İstanbul 2013.

CONCA Ken / WU Fengshi / MEI Ciqi, “Global Regime Formation or Complex Institution Building? The Principled Content of International River Agreements”, *International Studies Quarterly*, Vol. 50, No. 2 (Jun., 2006), ss. 263-285.

CROOK John R. / McCAFFREY Stephen C., “The United Nations Starts Work on a Watercourses Convention”, *The American Journal of International Law*, Vol. 91, No. 2 (Apr., 1997), ss. 374-378.

İNAN Yüksel, “Sınır Aşan Suların Hukuksal Boyutları (Fırat-Dicle)”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 49, Ocak-Haziran 1994, ss. 243-253.

KAPAN İsmail, Türkiye ile Suriye ve Irak Arasında Su Anlaşmazlığı (Ve Türkiye'nin Çözüm İçin Sunduğu “Üç Aşamalı Plan”ın Su Hukuku Çerçevesinde İncelenmesi), *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, 2006.

KAYA İbrahim, “1997 Uluslararası Akarsular Anlaşması: Genel Bakış ve Değerlendirmeler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 1-2, 1998, ss. 611-634.

KILIÇ Seyfi, “Sınır Aşan Sulardan Faydalanmalara İlişkin Temel Yaklaşımlar”, (Sınır Aşan Sular), *Ortadoğu Analiz*, C. 5, S. 53, Mayıs 2013, ss. 14-21.

KILIÇ Seyfi, “Uluslararası Suyollarının Ulaşım-Dışı Kullanımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve 2012 Değerlendirmesi, (Uluslararası Suyolları), *Ortadoğu Analiz*, C. 5, S. 49, Ocak 2013, ss. 114-121.

KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif, Milletlerarası Akarsuların Kirlenmesi, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi*, Konya 1998.

McCAFFREY Stephen C., “The International Law Commission Adopts Draft Articles on International Watercourses”, *The American Journal*

of International Law, Vol. 89, No. 2 (Apr., 1995), ss. 395-404.

McCAFFREY Stephen C. / SINJELA Mpazi, “The 1997 United Nations Convention on International Watercourses”, The American Journal of International Law, Vol. 92, No. 1 (Jan., 1998), ss. 97-107.

MERAY Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, C. 1, Ankara 1968.

PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 13. Baskı, Ankara 2014.

RLEU-CLARKE Allstair / MOYNIHAN Ruby / MAGSIG Oliver, UN Watercourses Convention (User’s Guide), United Kingdom 2012.

RÜŞTÜ Ilgar / SALEM Khalef, “Türkiye’nin Sınırşan Akarsu Anlaşmalarına Coğrafi Açıdan Bir Bakış”, Marmara Coğrafya Dergisi, S. 10, Temmuz 2004, ss. 53-72.

SALMAN M. A., “The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later: Why Has its Entry into Force Proven Difficult?”, International Water Recourses Association, Water International, Vol. 32, No. 1 (March, 2007), ss. 1-15.

SAR Cem, Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel Ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı, Ankara 1970.

SERT Mahmut / OPAN Mücahit, “Sınırşan Sularda İşbirliğini Artıracak Koşullar”, TMMOB Su Politikaları Kongresi, Ankara 2002, ss. 550-558.

TİRYAKİ Orhan, Sınır Aşan Sular ve Ortadoğu’da Su Sorunu, 2. Baskı, İstanbul.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, “Lanoux Gölü Hakem Mahkemesi Kararı: Hukukun Kodlaştırılmasında Örnek Olay Olarak Etkisi ve Kararın Özeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 56, S. 1-4, 1998, ss. 299-316.

KANUNİ TEMSİLCİLERİN AMME BORÇLARINDAN SORUMLULUĞU: KUSURLU SORUMLULUK v. KUSURSUZ SORUMLULUK

Ahmet Emrah GEÇER*

ÖZET

Bu çalışmamızda, kanuni temsilcilerin amme borçlarından sorumluluğu müessesesi ve özellikle bu sorumluluğun hukuki niteliği tartışılacaktır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla, ilk olarak, iradi temsilci-kanuni temsilci ayrımı özet şekilde ele alınacaktır. Sonrasında, ilgili kanunlar çerçevesinde kanuni temsilciler ile kanuni temsilci gibi sorumlu tutulan kişiler incelenecektir. Son olarak, AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinin 5. ve 6. fıkralarını iptal eden Anayasa Mahkemesi Kararı, diğer yargı kararları ve doktrin ışığında kanuni temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin kapsamı, hukuki nitelikleri ve şartları analiz edilmeye çalışılacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Vergi Hukuku, Kanuni Temsilci, İradi Temsilci, Kusurlu Sorumluluk, Kusursuz Sorumluluk*

THE LIABILITY OF LEGAL REPRESENTATIVES FROM PUBLIC RECEIVABLES: FAULT LIABILITY v. STRICT LIABILITY

ABSTRACT

In this study, the concept of legal representatives' liability from public receivables and particularly legal nature of the liability are analysed. In order to clarify the issue, first of all, the distinction between contractual representative and legal representative is briefly reviewed. Afterwards, we examine legal representatives and persons, who are liable as legal representative in consideration of the concerned statutes. Last but not least, we attempt to address the scope of the articles, which regulates legal representatives' liability, their legal nature and conditions in the light of Constitutional Court Decision abrogating 5. and 6. paragraphs of duplicated article 35 of the Public Receivables Collection Procedure Code No 6183, other judicial decisions and doctrine.

***Keywords:** Tax Law, Legal Representative, Contractual Representative, Fault Liability, Strict Liability*

* Araştırma Görevlisi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı. Bu çalışma, 16.4.2016 tarihinde Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen 6. Genç Hukukçular Konferansında sunduğum "Kanuni Temsilcilerin Amme Borçlarından Sorumluluğu" isimli tebliğim esas alınarak hazırlanmıştır.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21.07.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05.10.2016

Giriş

Vergi ve diğer amme alacakları, kamu hizmetlerinin idamesinin sağlanmasında, demokratik rejimin finanse edilmesinde¹ ve sosyal adaletin göreceli de olsa gerçekleştirilmesinde etkin bir araç olarak kabul edilmektedir.² Kanun koyucu, zamanında ve yerinde tahsil edilmesinde üstün kamu yararı olduğu düşüncesi ile vergi ve diğer amme alacakları için ayrıcalıklı düzenlemeler öngörmüştür. Bu düzenlemelerden biri de, vergiyi doğuran olay kendi şahsında gerçekleşmemesine rağmen vergi mükellefi ile hukuki veya ekonomik ilişki içinde olan üçüncü kişilerin vergi mükellefinin vergilendirme ile ilgili maddi ve/veya şekli ödevlerini yerine getirmesi bakımından vergi idaresine karşı muhatap tutulmasını sağlayan vergi sorumluluğu müessesesidir.³ Vergi sorumlusu olmak için kural olarak kanuni ehliyet diğer bir ifade ile fiil ehliyeti şart değildir. Ayrıca, yine kural olarak tüzel kişilerin vergi sorumlusu olmasında hukuki bir engel yoktur. Diğer yandan, vergi sorumluluğu kurumunun özel bir görünümü olan kanuni temsilcilerin sorumluluğunda, kanuni temsilcinin fiil ehliyetini haiz olması ve prensip olarak gerçek kişi⁴ olması gerekmektedir.

Türk vergi hukukunda kanuni temsilcilerin sorumluluğunu öngören kanun maddelerinin hukuki nitelikleri, kapsamaları ve koşulları uygulamada⁵ ve doktrinde yıllardan beri tartışılan ve birçok kez değişikliğe uğrayan ancak bir türlü adil ve tatmin edici sonuca ulaşamayan hukuki bir mesele haline gelmiştir. Bu bağlamda, kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen temel

¹ Nami Çağan, (1982), Anayasa Tasarısında Vergi ve Benzeri Yükümlülükler, Vergi Dünyası, Maliye Uzmanları Derneği Yayını, Sayı:13, Eylül, s. 30; Nami Çağan, (1980), Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 37, sayı:1-4, s. 130.

² Kişiler yönünden bakıldığında ise vergi ve diğer amme alacakları, demokrasinin bedeli ve daha açık bir ifade ile demokratik toplumda hak ve özgürlüklerin insan haklarına yararlı şekilde kullanılması için gerekli ortamın sağlanmasına anonim katılma payı olarak nitelendirilebilir. Billur Yaltı Soydan, (2002), İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği, Vergi Dünyası, Sayı: 254, Ekim, s. 100.

³ Adnan Gerçek, (2015), Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 4. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa, s. 35. Vergi Sorumluluğunun hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Akkaya, (1997), Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:46 Sayı:1-4, s. 185-208.

⁴ İstisnası 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 359/2 fıkrası.

⁵ Hukuki meselenin ciddiyetine ilişkin olarak Danıştay Dairelerinin kararları ışığında öz bir analiz için bkz. Nihal Saban, (2013), Vergi Usul Kanunu Madde 10: Olgu ve Dil, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19 Sayı:2, s. 271-281.

kanun hükümlerinden biri olan Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesinin 5. ve 6. fıkralarını iptal eden Anayasa Mahkemesi kararı⁶ bu sorumluluğun yeni bir kanun hükmü ile açık şekilde düzenlenmesine olan ihtiyaca işaret etmektedir.

Bu çalışmamızda, kanuni temsilcilerin amme borçlarından sorumluluğu ve özellikle bu sorumluluğun hukuki niteliği incelenecektir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle iradi temsilci-kanuni temsilci ayrımı öz bir biçimde ele alınacaktır. Sonrasında, kanuni temsilciler ile kanuni temsilci gibi sorumlu olanların kimler olduğu konusu irdelenecektir. Müteakiben, AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinin 5. ve 6. fıkralarını iptal eden Anayasa Mahkemesi kararı, diğer yargı kararları ve doktrin ışığında kanuni temsilcinin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin kapsamı, hukuki nitelikleri ve şartları analiz edilecek ve konuya ilişkin görüşlerimiz paylaşılacaktır.

1. İradi Temsilci-Kanuni Temsilci Ayrımı

Temsil, bir kimsenin, temsilci sıfatıyla diğer bir kişi adına hukuki işlem yapmasıdır.⁷ Dolayısıyla, temsilci, temsil ettiği kişiyi hak sahibi yapabilir ya da borçlu statüsüne sokabilir.⁸ Temsil yetkisi, bir kanun hükmünden veya doğrudan doğruya bir hukuki işlemden doğabilir.⁹ Kanunen temsil yetkisine sahip olan kişiye kanuni temsilci, temsil olunanın iradesi ile temsil yetkisine sahip olan kişiye iradi temsilci denilmektedir.¹⁰ Türk vergi hukukunda iradi temsile ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır fakat iradi temsil yasaklanmış da değildir.¹¹ Burada önemli olan husus, kanun aksini öngörmediği sürece bir hukuki işlem sonucu iradi temsil yetkisini haiz olan kişinin, idareye karşı

⁶ Anayasa Mahkemesi 2014/144E. 2015/29K. 19.3.2015 RG: 3.4.2015-29315.

⁷ Haluk N. Nomer, (2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta, İstanbul, s. 67; Safa Reisoğlu, (2013), Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Beta, İstanbul, s.148.

⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu (Hatemi, Serozan, Arpacı), (2010), Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.622.

⁹ Kanundan doğan temsil yetkisinde temsil olunanın iradesi rol oynamamaktadır. Bu yetki kanun icabı gereği kendiliğinden, mahkeme kararıyla ya da hukuki işlemin kanuni sonucu vücut bulur. Diğer taraftan, kaynağını doğrudan doğruya hukuki işlemden alan temsil yetkisi, temsil olunanın iradesinin ürünüdür. Geniş bilgi için bkz. Sermet Akman/Atilla Altop, (1995), Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 168.

¹⁰ M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, (2000), Borçlar hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.161; Mehmet Ayan, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Mimoza, Konya, s. 187-188.

¹¹ Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, (2014), Vergi Hukuku, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 75.

bir sorumluluğunun söz konusu olmamasıdır.¹² Bir başka anlatımla, iradi temsilci, devlet ile kişi arasında kamu hukuku ilişkisinden doğan maddi ve şekli ödevlerin yükümlüsü haline gelmemektedir. Ancak, tarafların özel hukuk hükümleri gereğince bu konuya ilişkin yaptıkları sözleşmeler -geçerlilik şartlarını taşımaları halinde- ile bağlı olacakları ifade edilebilir.¹³

Diğer yandan, kanuni temsilci, kamu hukukundan doğan ve temsil ettiği kişiye ait olan maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmesinden kanun gereği şahsen sorumlu tutulmuştur. Kanuni temsilci, fiil ehliyetine sahip olmalıdır.¹⁴ Ayrıca tüzel kişilerin tek bir istisnai durum haricinde kanuni temsilci sıfatı kazanmaları mümkün değildir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 359/2 fıkrasında, tüzel kişilerin anonim şirketin yönetim kurulu üyesi olarak seçilebilmesine imkan tanımıştır. Aynı fıkra, tüzel kişi ile birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen gerçek bir kişinin tescil ve ilan edileceği ve sadece bu gerçek kişinin tüzel kişi adına toplantılara katılıp oy kullanabileceği öngörülmüştür. Burada, yönetim kurulu üyeliği sıfatı bu tüzel kişiye aittir. Dolayısıyla, bu tüzel kişi, kural olarak anonim şirketin kanuni temsilcisi sıfatını da haiz olacaktır. Kanuni temsilcinin sorumluluğunun kanunda düzenlenmesinin altında yatan temel neden, mali gücü olan ancak fiil ehliyetine sahip olmayan veya fiil ehliyeti kısıtlananlar (gerçek kişiler) ile sahip olduğu fiil ehliyetini organları aracılığıyla kullanan kişilerin (tüzel kişiler) kamu hukuku ilişkisinden doğan ödevlerinin yerine getirilmesinin etkin şekilde sağlanması ve nihayetinde ilgili vergi ve diğer amme alacaklarının tahsilidir.

2. Kanuni Temsilciler ve Kanuni Temsilci Gibi Sorumlu Olanlar

Kanuni temsilcilerin amme alacaklarından doğan sorumluluğuna ilişkin başlıca hükümler, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerin ortak özelliği, kamu hukuku ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişileri kanuni temsilci olarak kabul

¹² Binnur Çelik, (2000), Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Cilt 2 Sayı 1, s. 122.

¹³ İrfan Barlass, (2006), a.g.e., s. 8; Kişilerin vergiye ilişkin olarak akdettikleri özel hukuk sözleşmelerinin hukuki niteliği ve bağlayıcılığı konusunda bilgi için bkz. Mustafa Akkaya, (2000), Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu, Yaklaşım Yıl:8, Sayı:95 Kasım, s. 145-151.

¹⁴ Adnan Gerçek, (2003), Türk Vergi Hukukunda Tahsilat İşlemleri ve Etkinliği, Ekin Yayınları, Bursa, s. 66. Kanuni temsilcinin aksine, temsil olunanın iradesi sonucu temsil yetkisini elde eden kişinin fiil ehliyetine sahip olması şart değildir. Bu kişi küçük ya da kısıtlı olabilir ancak ayırt etme gücüne sahip olması zorunludur. Haluk N. Nomer, a.g.e., s. 71.

etmeleri ve bu kişileri belli şartlar altında temsil ettiği kişi şahsında doğan amme borçlarından ötürü ilgili idareye karşı sorumlu tutmalarıdır. Kanun maddelerinin içeriği incelendiğinde, kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kapsamı ve şartlarının -net şekilde olmasa da- öngörüldüğü, ancak kanuni temsilci terimi ile kastedilenin ne olduğuna yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple, VUK ve AATUHK'nın bu hükümleri aracılığıyla sorumluluk atfedilen kanuni temsilcilerin kimler olduğuna ilişkin sorunun cevabı, Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve diğer ilgili kanunlardaki hükümlerde aranması gerekmektedir.¹⁵

4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre gerçek kişiler¹⁶ bakımından kanuni temsilci, küçükler için veli, velisi olmayan küçükler ve kısıtlılar için vasi, bazı durumlarda belirli işleri görmek ve malvarlığını yönetmek için atanan kayyımdır.¹⁷ Burada, Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde öngörülen kanuni temsilcinin sorumluluğu, gerçek kişinin yükümlü olduğu vergi aslı ile bunun fer'ileri ile sınırlıdır. Buna karşılık, Vergi Usul Kanununun 332. maddesi gereğince kanuni temsilci, vergi cezalarının muhatabıdır.¹⁸ Diğer bir ifade ile burada asıl amme borçlusu, kanuni temsilcinin bizzat kendisidir. Bunun doğal sonucu olarak, vergi cezasını gerektiren fiili işleyen kanuni

¹⁵ Sadık Kırbaş, (2015), Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 20. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, s. 77; Seri A 1 Nolu Tahsilat Genel Tebliği'nin kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen VIII. Bölümüne bakılabilir. (R.G. T:20.6.2007, S:25568).

¹⁶ Herkes sağ ve tam doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Ancak, bir kimsenin kendi fiilleriyle hak edinebilmesi ve borç altına girebilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Fiil ehliyetinin şartları: Ayırt etme gücüne sahip olma, ergin olma ve kısıtlı olmamaktır. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, (2013), Kişiler Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul. s. 40.

¹⁷ Vergi Usul Kanununun 9/1 fıkrasında mükellefiyet ve vergi sorumluluğu için kanuni ehliyetin diğer bir deyişle fiil ehliyetinin şart olmadığını öngörmüştür. Gerçek kişinin hak ehliyetine sahip olması yeterlidir. Zira, vergi hukukunda ehliyet, kişinin ödeme gücünden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla ödeme gücüne sahip küçük ya da kısıtlı da (vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesi şartıyla) vergi mükellefi ya da sorumlusu olabilecektir. Yusuf, Karakoç, (2014), Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 211-212. Kayyım, belli bir işin yapılması veya malvarlığının yönetilmesi için görevlendirilmiş olabilir. Bu sebeple, kayyım, kanuni temsilci sıfatını haiz olur ve sonuç olarak kanuni şartların gerçekleşmesi halinde kayyım olarak atandığı kişinin amme borçlarından ötürü sorumluluğu söz konusudur. Nihal Saban, (2014), Vergi Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul, s. 86. Medeni Kanun gereğince atanan yasal danışmanın temsil yetkisini haiz olmaması ve sadece sınırlı sayıda işler için görüş bildirme yükümlülüğü olması sebebiyle kanuni temsilci sıfatına sahip olmadığını ve dolayısıyla bu kişi açısından kanuni temsilcilerin sorumluluğu hükümlerinin işletilemeyeceğini düşünmekteyiz. Aksi görüş için bkz. Turgut Candan, (2013), Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Mali Akademi Yayınları, 3. Bası, Ankara, s.28.

¹⁸ Aziz Taşdelen, (2010), Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 80.

temsilci, ödediği vergi cezasından ötürü temsil ettiği kişiye rücu etme hakkını haiz değildir.¹⁹ Burada, kanun koyucu, evrensel olarak kabul edilen cezaların şahsiliği ilkesi ile uyumlu bir düzenleme ihdas etmiştir.²⁰

Tüzel kişilerde kanuni temsilci, ilgili tüzel kişiliğe ilişkin hükümlerin bulunduğu kanunlar gereğince, tüzel kişiliği yönetim hakkına ve temsil yetkisine sahip kişi veya organlardır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre, derneklerde yönetim kurulu, vakıflarda yönetim organı kanuni temsilcidir.²¹ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre, kanuni temsilci, anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirkette şirketin müdürü, adi komandit ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde komandite ortaklar, kolektif şirkette ortakların her biridir.²² 1163 sayılı Kooperatifler Kanununa göre, kooperatiflerde kanuni temsilci, yönetim kuruludur. Vergi Usul Kanununun 333. maddesinin 1. fıkrasında, tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde vergi kanunlarına aykırı davranışlardan kaynaklanan cezaların tüzel kişi adına kesileceği öngörülmüştür.²³ Bu sebeple, tüzel kişiler açısından Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde öngörülen kanuni temsilcinin sorumluluğu, vergi aslı ile buna bağlı alacaklar yanında vergi kabahatlerinden doğan para cezalarını da kapsamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, kanuni temsilci, ödediği vergi ve buna bağlı alacaklar için asıl amme borçlusu tüzel kişiye rücu

¹⁹ Nihal Saban, a.g.e., s. 97.

²⁰ Yusuf Karakoç, (2016), Vergi Ceza Hukuku, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 139.

²¹ Bkz. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Madde 85/1 ve 109; 5737 sayılı Vakıflar Kanunu Madde 6.

²² Aksi kararlaştırılmadığı sürece limited şirketlerde ortakların hepsi şirketi kanunen temsil etme yetkisine sahiptir. Diğer bir deyişle, tüm ortaklar şirket müdürüdür ve her biri şirketin kanuni temsilcisidir. Ancak, bu yetki ortaklardan birine ya da bir kısmına bırakılabilir. Ayrıca, ortak olmayan kişiye de şirketi temsil etme yetkisi verilebilir. Bu durumda, bu ortak olmayan müdürle beraber bir ortağın daha şirketi yönetim hakkına ve temsil yetkisini haiz olması gereklidir. Anonim şirketlerde, kanuni temsilci esas olarak yönetim kuruludur. Ancak, kanuni temsil yetkisi yönetim kurulu üyelerinden birine veya birkaçına verilebilir ya da yönetim kurulu dışından bir kişiye kanuni temsil yetkisi verilebilir. Bu son durumda yönetim kurulu üyelerinden en az birinin kanuni temsilci olarak belirlenmesi zorunludur. Nurettin Bilici, (2015), Vergi Hukuku, 36. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara, s.45.

²³ Doktrinde, Candan, ikna edici argümanlar ile cezaların şahsiliği ilkesinden yapılan bu sapmanın hukuken isabetli olmadığını savunmaktadır. Turgut Candan, (2010), Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 31-32. Aksi görüş için bkz. M. Yasin Aslan, (2010), Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2010/2, s. 242 ve 245. Birçok kişinin istihdam edildiği tüzel kişi nezdinde işlenen vergi kabahatinin faili her zaman ve her durumda kanuni temsilci olmayabilir. Ayrıca, kanuni temsilci, tüzel kişi şahsında işlenen vergi kabahatinde kusursuz olabilir. Bu sebeplerle, kanunun ilgili vergi cezasının tüzel kişi adına kesilmesine ilişkin emrinin hukuka uygun olduğu söylenebilir.

hakkı saklı iken ödediği vergi cezaları bakımından böyle bir imkana sahip değildir.²⁴

Diğer yandan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 333. maddesinin 3. fıkrasında, bu kanunun 359. maddesinde yazılı fiillerin işlenmesi halinde bu fiiller için öngörülen cezaların bu fiilleri işleyenler hakkında hükmolunacağı ifade edilmiştir. Anlaşılabacağı üzere, kanun koyucu bu son hususta da cezaların şahsiliği ilkesine riayet etmiştir.

4458 sayılı Gümrük Kanununda ise, Vergi Usul Kanunundaki gibi cezaların tüzel kişi adına kesileceğine dair bir hüküm mevcut değildir. Gümrük Kanununa göre, idari para cezasının muhatabı, gümrük kanunlarını ihlal eden kişi ya da kişilerdir.²⁵ Görüldüğü üzere burada da kural, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince fiili işleyen kişinin cezanın muhatabı olmasıdır.

Hem Vergi Usul Kanununun 10. maddesinin 1. fıkrasında hem de 6183 Sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinin 1. fıkrasında tüzel kişiliği olmayan teşekkülleri idare edenlerin de kanuni temsilci gibi sorumluluğunun olduğu belirtilmiştir. Tüzel kişiliği olmayan teşekküle örnek olarak adi şirketler²⁶ ve cemaatler gösterilebilir.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 638. maddesinin 3. fıkrasında, “Ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığı ile, bir üçüncü kişiye karşı, ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmamışsa müteselsilen sorumlu olurlar.” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu, adi şirketin borçları bakımından ortaklarının müteselsil sorumlu²⁷ olduğunu öngörmüştür. Dolayısıyla, adi ortaklardan birinin adi şirketin temsilcisi olduğu durumda bu kişi aynı zamanda adi şirketin ortağı olması sebebiyle ilgili amme borcunun tamamından aslen sorumlu olacağı için kanuni

²⁴ Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 221. Aksi görüş için bkz. Selim Kaneti, (1989), Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 90; Doğan Şenyüz/ Mehmet Yüce/ Adnan Gerçek, (2014), Vergi Hukuku Genel Hükümler, Ekin, 5. Bası, Bursa, s. 85.

²⁵ Türkmen Derdiyok, (2013), Dış Ticarete Vergi ve Mali Yükümlülükler, Türkmen, Ankara, s. 78; Turgut Candan, (2010), Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 32 4458 sayılı Gümrük Kanununun 3. maddesinin 3. fıkrasında: “Gerçek ve tüzel kişiler ile hukuken tüzel kişilik statüsüne sahip olmamakla birlikte yürürlükteki mevzuat uyarınca hukuki tasarruflar yapma yetkisi tanınan kişiler ortaklığıdır.” şeklinde tanımlanmıştır.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Reha Poroy/ Ünal Tekinalp/ Ersin Çamoğlu, (2014), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 39-85; Mehmet Bahtiyar, (2015), Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, Beta, İstanbul, s. 27-44.

²⁷ Danıştayın bu yöndeki kararı için bkz. Danıştay 4.D. 1983/83E. 1984/3782K. 23.10.1984T., 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

temsilcinin sorumluluğu kurumuna başvurulmasına gerek yoktur. Ancak, Türk Borçlar Kanununun 625. maddesine göre, adi şirket ortakları dışında üçüncü bir kişinin adi şirkete genel temsilci olarak atanması durumunda, bu üçüncü kişi bakımından kanuni temsilcinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin işletilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Cemaatler, Osmanlı İmparatorluğu döneminden kalan bir takım ayrıcalıklara sahip ancak tüzel kişiliği haiz olmayan topluluklardır. Bu toplulukların idaresi, topluluğun lideri din adamı ile dinsel niteliği olmayan topluluklarda ise meclisler aracılığıyla olmaktadır.²⁸ Anlaşılacağı üzere, burada ilgili topluluğu idare eden din adamı veya meclis, topluluğun asıl amme borçlarından ötürü kanuni temsilci gibi sorumlu sayılacaktır. Ancak, kanun, tüzel kişiliği olmayan teşekküller ile idare arasındaki vergi ilişkisinden kaynaklanan cezaların muhatabının kim olduğu konusunda açıklık getirmemiştir. Düşüncemize göre burada vergi cezalarının muhatabı, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince doğrudan doğruya bu teşekkülleri idare edenlerin olması gerekmektedir. Zira kişiliği haiz olmayan bir teşekkülün cezai işleme tabi tutulması ceza hukukunun genel prensiplerine aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla, vergi cezalarının muhatabı doğrudan bu teşekkülleri idare eden gerçek kişi veya kişiler olacağı için bu cezalar bakımından kanuni temsilcinin sorumluluğunu öngören hükümlere gidilmesine gerek yoktur.

Vergi Usul Kanununun 10. maddesinin 2. fıkrasında Türkiye’de bulunmayan mükelleflerin temsilcilerine bu kanun hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Benzer bir düzenleme, 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinin 2. fıkrasında yabancı şahıs veya kurumların Türkiye’deki temsilcileri için öngörülmüştür. Bu kanun hükümleri gereği, temsile ilişkin hukuki işlem ile temsilci taraf, kanuni temsilci gibi temsil ettiği kişinin amme borçlarından sorumlu tutulacaktır. Burada, taraflar arasında temsil ilişkisinin olup olmadığı Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde tespit edilecektir.²⁹

²⁸ Seha L. Meray, (1970), Lozan Barış Konferansı Tutanaklar ve Belgeler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:300, Ankara Üniversitesi Basımevi, Cilt 1 Kitap 2, aktaran Nihal Saban, a.g.e., s. 94.

²⁹ Örneğin tarafların arasında akdedilen genel temsile ilişkin sözleşme, mümessile kanuni temsilci sıfatı kazandırabilir. Diğer yandan, ilgili şahsın bir davada temsil olunmak için avukat ile yaptığı vekalet sözleşmesi, ilgili avukatı kanuni temsilci statüsüne sokmaz. Bağımlı tacir yardımcıları, ticari temsilci, ticari vekil, pazarlamacı ve bağımsız tacir yardımcıları samsar, acente, komisyoncu ve taşıma işleri komisyoncusu da olayın şartlarına göre yabancı şahıs ve kurumların kanuni temsilci sayılabilir. Bu noktada sözleşmenin başlığına değil özüne bakılarak kişinin Türkiye’de bulunmayan yükümlünün temsilcisi olup olmadığına karar verilme-

3. Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümlerin Kapsamı

Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde düzenlenen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kapsamı, gümrük idareleri tarafından alınan vergi ve resimler dışında genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harçlar ile bunlara bağlı alacaklar ve cezalar ile sınırlıdır.³⁰ Diğer yandan, 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinde öngörülen sorumluluk hükmü, aynı Kanunun 1. ve 2. maddelerinde belirtilen tüm alacakları kapsar niteliktedir. Bu sorumluluğun kapsamına, gümrük idareleri tarafından alınması öngörülen vergi ve resimler yanında Vergi Usul Kanunu kapsamındaki amme alacakları da girmektedir.

Buradan da anlaşılacağı üzere, kanuni temsilcilerin temsil ettiği kişinin vergi borçlarından sorumluluğunu düzenleyen iki farklı hüküm mevcuttur. Bu durumda hangi kanun hükmünün uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna 4108 sayılı Kanun ile eklenmiş mükerrer 35. maddenin gerekçesinin son cümlesinde: “... *Bu itibarla amme borçlusunun mal varlığından alınamayan bu tür alacakların kanuni temsilcilerinin, teşekkülü idare edenlerin veya yabancı şahıs veya kurum mümessillerinin mal varlığından 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsilini temin etmek ve Vergi Usul Kanunu kapsamına giren vergi ve buna bağlı alacaklarda sorumlu olan bu şahısların diğer amme alacaklarının ödenmesinden de sorumlu olmalarını sağlamak amacıyla 6183 sayılı Kanuna mükerrer 35 inci madde eklenmiştir.*” ifadesi yer almaktadır. Kanun koyucu, kanuni temsilcilerin 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamında olmayan diğer amme borçlarından da sorumlu tutulmasının sağlanması için böyle bir düzenleme ihdas etmiştir. Ayrıca, Vergi Usul Kanununda kanuni temsilciler için öngörülen sorumluluk, 6183 sayılı Kanunda düzenlenen sorumluluğa göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Bu sebeplerle, kanuni temsilcilerin sorumluluğu konusunda, VUK kapsamındaki vergi, resim ve harçlar ile bunlara bağlı alacaklar ve cezalar için Vergi Usul Kanununun 10. maddesinin, diğer amme alacakları için ise 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinin uygulanması icap etmektedir. Aksi halin kabulü, hangi hükmün uygulanacağı

lidir. Tacir yardımcılara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sabih Arkan, (2014), Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 241 vd.

³⁰ Burada vergi ifadesinden kastettiğimiz 213 sayılı Vergi Usul Kanununun kapsamında olan vergi, resim ve harçlardır. (Vergi Usul Kanununun 1. ve 2. maddeleri gereğince, bu kanun hükümleri gümrük idareleri tarafından alınanlar hariç olmak üzere genel bütçeye giren vergi, resim ve harçlar ile il özel idareleri ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar için uygulanır.)

noktasında belirsizliğe yol açacağı için hukuk devleti olmanın asli unsurlarından biri olan hukuki güvenlik ilkesinin³¹ ihlali anlamına gelmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, “*Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz.*”³² metnini içeren 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinin 6. fıkrasını³³ aynı duruma ilişkin iki farklı kanun hükmünün bulunmasının bu kanun hükümlerinden hangisinin uygulanacağı konusunda belirsizliğe yol açacağı gerekçesiyle Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir.³⁴ Diğer yandan, Danıştay’ın müstakar hale gelmiş kararlarında, yukarıda izah ettiğimiz hukuki gerekçeler çerçevesinde kanuni temsilcilerin sorumluluğu hususunda, vergi aslı ile vergiye bağlı alacaklar ve vergi cezalarında Vergi Usul Kanununun 10. maddesi hükmünün, diğer amme alacaklarında ise 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesi hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmiştir.³⁵

4. Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Hukuki Niteliği

Kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliğinin ne olduğuna ilişkin uygulamada ve doktrinde fikir birliği mevcut değildir. Biz burada kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliğini, VUK’un 10. maddesi ve AATUHK’nın mükerrer 35. maddesi çerçevesinde iki ayrı alt başlık altında değerlendireceğiz.

4.1. Vergi Usul Kanununun 10. Maddesi

Doktrinde, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu hükümde yer alan sorumluluğu, kusursuz sorumluluk esasına

³¹ Anayasa Mahkemesi, hukuki belirlilik ilkesini hukuk devletinin ana yapı taşlarından biri olarak görmektedir. Bkz. Anayasa Mahkemesi 2006/61E. 2007/91K. 20.11.2007 R.G. 23.02.2008 S. 26796, Anayasa Mahkemesi 2007/21E. 2008/40K. 17.1.2008 R.G. 8.4.2008 S. 26841.

³² Bu Kanun hükmü 2008 yılında 5766 sayılı Kanunun 4. maddesi ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesine eklenmiştir.

³³ 2008 tarihli 5766 sayılı Kanun ile AATUHK’nın mükerrer 35. maddesinin 6. fıkrasına eklenmiştir.

³⁴ Anayasa Mahkemesi 2014/144E. 2015/29K. 19.3.2015 R.G. 3.4.2015 S. 29315.

³⁵ Danıştay VDDGK 2000/261E. 2001/31K. 26.1.2001; Danıştay VDDGK 2001/79E. 2001/208K. 18.5.2001; Danıştay VDDGK 2006/27E. 2006/174K. 16.6.2006, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Haklı bir eleştiri için bkz. Nihal Saban, a.g.e., s. 101-103.

dayandıran görüşe göre, kanuni temsilcinin sorumluluğunun doğması için kusur şart değildir.³⁶ Kanundan doğan vergi ödevlerinin yerine getirilememiş olması sorumluluğun doğması için yeterlidir.

Bu görüşü savunanların dayandığı gerekçelerden biri, 3505 sayılı Kanun değişikliği ile “*bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle*” şeklindeki ifadenin madde metninden çıkarılmış olmasıdır.³⁷ Diğer taraftan, bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüşe göre ise, Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde düzenlenen sorumluluk, kusur esasına dayanmaktadır.³⁸ Zira, Vergi Usul Kanununun 10. maddesinin 2. fıkrasında değişiklik öngören 3505 sayılı Kanunun 2. maddesi, “*Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından alınır.*” ifadesini değiştirmemiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi kanuni temsilcinin kusurlu³⁹ olmasına şart olduğunu açıkça göstermektedir.

Bu durumda, 3505 sayılı Kanun değişikliği ile “*bu ödevleri kasıt ve ihmalleriyle*” ifadesinin madde metninden çıkarılmasının sonucunun ne olduğu sorusu sorulabilir. Bu değişikliğin, ispat hukuku açısından sonuç doğurduğu doktrinde ileri sürülmektedir.⁴⁰ 3505 sayılı Kanun değişikliğinden önce kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi, vergi idaresinin, kanuni temsilcinin kusurunu yani kastını veya ihmali ispatlamasına bağlıydı. Bu değişiklik ile birlikte kanuni temsilci, kusurunun olmadığını kendisi kanıtlamak zorundadır; diğer bir ifade ile ispat külfeti yer değiştirmiştir.⁴¹ Burada, kanuni temsilci,

³⁶ Cevdet Okan Bahar, (2005), Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri, Vergi Dünyası, Sayı 281, s.134; Azmi Demirci, (2003), Tüzel Kişilerin Vergi Kanunlarına Aykırı Fiiller Nedeniyle Kesilen veya Hükmolunan Vergi Cezaları ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Karşısındaki Durumu, Vergi Dünyası, Sayı 257, s.47-48.

³⁷ Tuğrul Özsüt, (1989), 3505 Sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler, Vergi Dünyası, Sayı 90, İstanbul, s. 37-38.

³⁸ İrfan Barlass, Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 55-56; Candan, Açıklamalı AATUHK, s. 186; Karakoç, Genel Vergi Hukuku, s. 220; Nihal Saban, a.g.e., s. 88; Osman Saraç, (2000), Amme Alacağının Korunması ve Vergisel Sorumluluk, Yaklaşım, Sayı 89, s. 197.

³⁹ Kusur, hukuka uygun olmayan, hukuk düzeninin kınadığı bir irade veya irade noksanıdır. Hukuka aykırı sonucu isteyen veya hukuka aykırı sonucu önlemek için gerekli iradeyi göstermeyen kişi kusurludur. Safa Reisoğlu, a.g.e., s.171.

⁴⁰ İrfan Barlass, a.g.e., s. 61.

⁴¹ Yılmaz Özbacı, (2003), Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, İstanbul, s. 136-144.

ilgili vergi borçlarının ödenmemesinde kusurlu olmadığını diğer bir ifade ile kast, ihmali veya taksirinin olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanına sahiptir.⁴²

Diğer yandan, kanuni temsilcilerin sorumluluğunu öngören 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mehzası Alman Vergi Usul Kanununun (Abgabenordnung) 69. maddesinde -öz itibariyle- aynı kanunun 34. ve 35. maddesi kapsamı içinde sayılan kanuni temsilciler ve kanuni temsilci gibi sorumlu olanlar vergi ödevlerini kasten ya da ağır ihmalleri sonucu ifa edemezlerse sorumlu olacakları belirtilmiştir.⁴³ Görüldüğü üzere burada kanuni temsilcilerin sorumluluğu kusur esasına dayandırılmıştır. Ayrıca, Birleşik Devletler, İngiltere, Kanada, Belçika, Avustralya, Çin gibi ülkelerin hukukları incelendiğinde, kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusura dayalı olduğu açıkça görülmektedir.⁴⁴ Tüm bu hususlar dikkate alındığında, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamındaki amme alacakları bakımından kanuni temsilcilerin ancak ve ancak kusur esasına göre sorumlu tutulabileceklerine ilişkin görüşün hukuken isabetli olduğu sonucuna varılmaktadır.

4.2. Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun Mükerrer 35. Maddesi

6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinde yer alan kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı

⁴² Danıştay VDGKK 1994/239E. 1995/117K. 31.3.1995, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

⁴³ Alman Vergi Usul Kanununun (Abgabenordnung) 69. maddesinin resmi metni: “Die in den §§ 34 und 35 bezeichneten Personen haften, soweit Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis (§ 37) infolge vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung der ihnen auferlegten Pflichten nicht oder nicht rechtzeitig festgesetzt oder erfüllt oder soweit infolgedessen Steuervergütungen oder Steuererstattungen ohne rechtlichen Grund gezahlt werden. Die Haftung umfasst auch die infolge der Pflichtverletzung zu zahlenden Säumniszuschläge.” 4.1.2016 tarihinde http://www.gesetze-im-internet.de/ao_1977/_69.html adresinden erişilmiştir.

⁴⁴ Phyllis Horn Epstein, (2012), Officer and Owner Liability for Corporate Tax, Corporate Business Taxation Monthly, s. 15-22; Martha Bruce, (2016), Rights and Duties of Directors, 15. Bası, Bloomsery Professionals, İngiltere, s. 410; John Tiley/Glen Loutzenhisler, (2012), Revenue Law, 7. Bası, Hart Publishing, Oxford, s. 87-91; Nicola Sartori, (2010), Corporate Governance Dynamics and Tax Compliance, International Trade and Business Law Review, Cilt: 13, s. 273-274; Ryan Morris / Les Chaiet, (2005), On the Hook: Directors Liability for Corporate Tax Transgressions, Taxation Law, Mayıs, s. 13-18; Anil Hargovan, (2015), Tax Debts and directors Liability for Insolvent Trading, Governance Directions Legal Updates Corporate Law, Haziran, s. 302-305; Bill H. Zhang, (2015), Legal Representatives, Company Supervisors and Their Roles and Responsibilities in foreign Invested Enterprises in China, Korea University Law Review, Cilt 16-17, s. 13-22.

doktrinde baskın olarak savunulmaktadır.⁴⁵ Bu düzenlemenin, bir tür kanuni kefalet müessesesi olduğu ifade edilmektedir.⁴⁶ Kanun metni göz önüne alındığında, sorumluluğun hukuki niteliğinin kusursuz sorumluluk olduğu ifade edilebilir. Zira, bu sorumluluğun doğması, yalnızca amme alacağının asıl borçlunun malvarlığından tamamen veya kısmen tahsil edilememiş olması veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumlarından birinin gerçekleşmesi şartına bağlanmıştır. Diğer bir ifade ile AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinde yer alan sorumluluk hükmüne başvurulması için kanuni temsilcinin amme alacağının asıl amme borçlusundan tahsil edilememesinde kusurunun olup olmadığı hususu önem arz etmemektedir.

Ancak, kamu hukuku ilişkisinin tarafı olmayan kanuni temsilcinin, temsil ettiği kişi, kurum veya teşekkülün amme borçlarından ötürü kanun icabı kusursuz sorumlu sayılmasının hukuki olup olmadığı konusu tartışmaya değerdir. Başlıca hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Türk ve İsviçre hukukunda da, kural olarak sorumluluk müessesinde kusur ilkesi benimsenmiştir.⁴⁷ Bu ilkeye göre fail kusurlu değilse sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Kusursuz sorumluluk, diğer bir deyişle objektif sorumluluk, kanunda adalet ve hakkaniyetin gereği olan durumlar için istisnai olarak düzenlenmiştir. Kusursuz sorumluluğu öngören hükümlere dair ilginç bir ortak özellik: Kanun koyucunun istisnai olarak kusursuz sorumluluk yüklediği tüm kişiler, sorumluluğun doğumuna kaynaklık eden faaliyetin bizzat sahibi ya da yararlanıcısıdır.⁴⁸ Diğer taraftan, kanuni temsilci, teşekkülün ya da faaliyetin sahibi olmadığı gibi bunlardan doğrudan doğruya yararlanan sıfatını da haiz değildir. Bir başka önemli nokta, Türk Borçlar Kanununa bakıldığında, kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü durumlarda, kişinin kusursuz sorumlu olup olmadığına yapılan yargılama sonucunda ulaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile burada kusursuz

⁴⁵ Cevdet Okan Bahar, (2005), Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri, Vergi Dünyası, Sayı 281, s. 134; Turgut Candan, (2006), Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 56; Şükrü Yıldız, (1999), Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, Beta, İstanbul, s. 793 Aksi görüş için bkz. İrfan Barlass, a.g.e., s. 62-63.

⁴⁶ Bu görüşçe göre, kanuni temsilci kusuru olmaksızın ilgili amme borçlarından sorumludur. Diğer bir ifade ile, kanuni temsilcinin şahsının dışında gelişen ve müdahale etme şansı olmayan olağanüstü ekonomik kriz, doğal afet vb. gibi olağanüstü durumlarda da sorumluluğu söz konusudur. Turgut Candan, (2006), Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 8.

⁴⁷ Safa Reisoğlu, a.g.e., s.179.

⁴⁸ İrfan Barlass, a.g.e., s. 63.

sorumlu olduğu iddia edilen kişi, savunma hakkını haizdir. Bu da kişi lehine hukuki güvence tesis etmektedir. Ayrıca, kişi, Türk Borçlar Kanununda öngörülen bazı kusursuz sorumluluk hallerinde, özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulma imkanına sahip olmaktadır.⁴⁹ Ancak, 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinde yer alan kanuni temsilcinin sorumluluğu müessesesine bakıldığında bu gibi durumların olmadığı gözlemlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinin “*amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsil sorumlu tutulurlar.*” metnini içeren beşinci fıkrasını, Anayasanın 2. maddesine aykırılığı gerekçesiyle iptal etmiştir.⁵⁰ Mahkeme, bu madde hükmünün iptal gerekçesinde “*Ancak amme alacağının doğduğu veya ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilcilerin farklı kişiler olabileceği gerçeği göz önüne alındığında, kural ile getirilen düzenleme vergi ve diğer mali ödev ve sorumluluklarını zamanında ve eksiksiz olarak yerine getiren kanuni temsilcilerin, sonradan kendilerinin görevde olmadığı ve müdahale şanslarının bulunmadığı bir dönemde gerçekleşen bir eylemden müteselsilen sorumlu tutulmaları sonucunu doğurmaktadır. Adalet ve hakkaniyet ilkeleri karşısında, bireyin bu şekilde belirsiz ve güvencesiz bir biçimde kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, başkalarının eylem veya ihmali sonucu oluşacak sorumluluğa ortak olması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Dolayısıyla, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır.*” ifadesini kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi, burada, kanuni temsilcinin kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle, görev süresi bittikten sonra başkalarının kasıt veya ihmali sonucu doğacak sorumluluğa ortak olmasını hukuka uygun bulmamış ve söz konusu düzenlemeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, Danıştay isabetli şekilde kanuni temsilcinin görevde olmadığı zamanda işlenen fiillerden sorumluluğunun olmadığı yönünde kararlar vermeye başlamıştır.⁵¹

Ancak, 6183 sayılı Kanununun mükerrer 35. maddesinin halen yürürlükte olan 1. fıkrasının lafzı nazara alındığında, kanuni temsilcinin görevde olduğu süre içerisinde temsil ettiği kişi veya kurumlardan tamamen

⁴⁹ Safa Reisoğlu, a.g.e., s.186-189.

⁵⁰ Anayasa Mahkemesi 2014/144E. 2015/29K. 19.3.2015 RG: 3.4.2015-29315.

⁵¹ Danıştay 13.D. 2013/2821E. 2015/2877K. 3.9. 2015; Danıştay 13.D. 2014/208E. 2015/2873K. 3.9.2015.

veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme borçlarından ötürü kusursuz sorumluluğunun devam ettiği kabul edilebilir. Bu konuya ilişkin olarak ilk olarak ifade etmek isteriz ki, yukarıda da açıkladığımız gibi AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin sorumluluğu müessesesinin getiriliş nedeni, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun kapsamı dışında kalan amme alacaklarının tahsilinin garanti altına alınmasını sağlamaktı. Bu sebeple, AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinin, kanuni temsilcinin sorumluluğunu kusur esasına dayandıran VUK'un 10. maddesi ile tam paralellik arz etmesi gerekirdi. Ancak paralel bir düzenleme yapılmamıştır ve bunun sonucunda uygulamada ve doktrinde baskın olarak bu hükümdeki kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk esasına dayandığı belirtilmiştir.

Kamu hizmetlerinin sürdürülmesinde sarf edilen kaynaklardan en büyüğü olan amme alacaklarının kişilere tanınan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını olanaklı kıldığı tartışmasızdır.⁵² Bu sebeple, amme alacaklarının tahsilinin garanti altına alınmasında üstün kamu yararının olduğu kabul edilmektedir.⁵³ Bu üstün kamu yararının korunması amacıyla asıl amme borçlusu olan kişilerin haricinde onlarla hukuki ya da ekonomik ilişki içerisinde olan başka kişilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler öngörülebilir. Ancak, kişilerin mülkiyet hakkına müdahale edebilme kudretine sahip bu gibi hükümlerin, hukuk devleti ilkesi⁵⁴ (*the principle of the rule of law*) çerçevesinde oluşturulması gerekmektedir. Bu bağlamda, asıl amme borçlusunun faaliyetinden doğrudan doğruya yararlanmayan ve devlet ile kişi arasında doğan kamu hukuku ilişkisinde üçüncü kişi statüsünde olan kanuni temsilcinin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi, adalet ve hakkaniyet ile uyumadığından hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Diğer yandan, kamu hukuku ilişkisinde üçüncü kişi konumunda olan kanuni temsilcilerin sorumluluğuna ilişkin hükümler, kişilerin temel hak ve özgürlüklerinden biri olan ve diğer temel hak ve özgürlüklere renk veren

⁵² Anayasa Mahkemesi 6/42 7.11.1989 R.G. Tarihi 6.4.1990 aktaran Billur Yaltı, (2006), Vergi Yükümlüsünün Hakları, 1. Bası, Beta, İstanbul, s.1-2.

⁵³ Sıddık Sami Onar, (1966), İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt:3, 3. Bası, İ. Akgün Yayınları, s.1647-1648.

⁵⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, (2001), Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, s. 29-68; Ramazan Çağlayan, (1998), Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, s.41-54.

mülkiyet hakkını sınırlayıcı niteliği haiz olacağından ölçülülük ilkesi⁵⁵ (*the principle of proportionality*) gereğince hukuki değerlendirilmeye tabi tutulması icap etmektedir. Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvurulan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder.⁵⁶ AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinde öngörülen kusursuz sorumluluk müessesesi, amme alacaklarının tahsilinin garanti altına alınması amacının gerçekleştirilmesi için elverişlidir. Ancak bu amaç, kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusur esasına dayandığının kabulünü öngören bir hüküm ile de gerçekleştirilebilir. Şöyle ki idarenin görev ve yetkileri ile kişilerin maddi ve şekli ödevleri Anayasa ve kanun sınırları içerisinde önceden öngörülmüş kurallar çerçevesinde belirlenmektedir.⁵⁷ Bu durumda, kural olarak kanuni temsilcinin temsilcilik sıfatı dolayısıyla idareye karşı sorumluluklarının neler olduğu evvelce hukuk dünyasında vücut bulmaktadır. Kanuni temsilci, önceden öngörülmüş kurallar çerçevesinde üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmesi icap etmektedir. Görüldüğü üzere böyle bir durumda kanuni temsilcinin kusursuz olduğunu ispatlayarak ilgili amme alacağından doğan sorumluluktan kurtulması çok zordur. Zira, idari mevzuat tarafından öngörülen kurallara kanuni temsilcinin hukuken geçerli bir neden olmaksızın riayet etmemesi kusurunun varlığına işaret etmektedir. Bu sebeplerle, kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusur esasına dayandığının kabulü halinde de amme alacakları için etkin bir koruma sağlanabilecektir. Böyle bir düzenleme ile ölçülülük ilkesine de riayet edilmiş olacaktır.

Düşüncemizi özetleyecek olursak, üstün kamu yararı gereği de olsa amme alacakları bakımından kanuni temsilcinin sorumluluğunun kanuni kefalet niteliğinde bir kusursuz sorumluluk müessesesi olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Aksi halin kabulü, evrensel hukuk normu haline gelen ve anayasal ilke olan hukuk devleti ilkesinin ve ölçülülük ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kamu hukukundan doğan ilişki de üçüncü

⁵⁵ Ölçülülük ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz. Christian Rumpf, (1993), Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:10, s. 25-48; Andrew B. Serwin, (2009), The Principle of Proportionality, University of Michigan Journal of Law Reform, Cilt:42, Sayı: 4, s. 869-930; Juan Cianciardo, (2010), The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights, Journal of Civil Law Studies, Cilt:3, s. 177-186; Margherita Poto, (2007), The Principle of Proportionality in Comparative Perspective, German Law Journal, Cilt:8 Sayı:9, s. 835-870.

⁵⁶ Ergun Özbudun, (2014), Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 116-117.

⁵⁷ Turgut Tan, (2013), İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 215.

kişi statüsünde olan kanuni temsilcinin mülkiyet hakkı meşru sınırları aşan bir müdahale ile sınırlandırılmaktadır. Sonuç olarak, AATUHK'nın mükerrer 35. maddesinde öngörülen kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusur esasına dayandığını açıkça öngören ve kamu yararı ile kişilerin menfaati arasında hukuki denge gözetilen bir hüküm konulması gerekmektedir. En azından, kanuni temsilcinin kusurlu olduğuna dair adi karine konulabilir bununla beraber kusurunun olmadığını ispatlaması için kanuni temsilciye hukuki imkan tanınabilir.

5. Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğunun Şartları

Yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız gibi 213 sayılı Vergi Usul Kanununun kapsamında bir amme alacağından ötürü kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi, amme alacağının asıl amme borçlusunun malvarlığından tahsil edilememiş olmasının sebebinin kanuni temsilcinin vergiye ilişkin ödevlerini yerine getirmemiş olması şartına bağlıdır. Diğer bir söylemle, burada kanuni temsilci kusurlu olması halinde sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesinin lafzına bakıldığında -hukuken isabetsiz olduğunu düşünsek de- kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa dayandığı görülmektedir. Sonuç olarak mevcut düzenleme nazara alındığında, Vergi Usul Kanunu kapsamı dışındaki amme alacakları bakımından kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusura ilişkin bir şart aranmayacaktır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde ve 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin sorumluluğu esas olarak⁵⁸ ikinci derecedendir.⁵⁹ Diğer bir ifade ile ilgili idare, kesinleşen amme borcu için ilk olarak asıl amme borçlusu aleyhine icra takip işlemlerini yürütmek zorundadır. Aksi halde, kanuni temsilcinin sorumluluğuna gitmek mümkün değildir. Bu şart, her iki madde metninde de aşağıdaki gibi düzenlenmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesinin 2. fıkrasında, “*Yukarıda yazılı olanların bu ödevleri yerine getirmemeleri yüzünden mükelleflerin veya vergi sorumlularının varlığından tamamen veya kısmen alınmayan vergi ve buna bağlı alacaklar, kanuni ödevleri yerine getirmeyenlerin varlıklarından*

⁵⁸ Gerçek kişilerin kanuni temsilcisi, vergi cezalarından bizzat sorumludur.

⁵⁹ Abdurrahman Akdoğan, (2013), Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi Temel İlke ve Esasları Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, s. 50.

alınır...” hükmü öngörülmüştür. Kanun hükmü burada tahsile ilişkin bir duruma atıf yapmıştır. 213 sayılı Vergi Usul Kanununu kapsamındaki amme alacaklarının tahsili işlemleri, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde yürütülmesi öngörülmüştür. Dolayısı ile bu kanun hükümlerine göre cebri tahsil işlemlerinin tamamlanması gerekmektedir. Vergi idaresi, amme alacağının asıl amme borçlusundan tahsil edilmesi için AATUHK’nın 54. ve devamındaki maddelerde öngörülen cebri tahsile ilişkin tüm işlemleri somut olayın gerektirdiği ölçüde tüketmiş olmalıdır.⁶⁰

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanununun mükerrer 35. maddesinin 1. fıkrasında, *“Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanuni temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu kanun hükümlerine göre tahsil edilir.”* hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu burada ilgili amme alacağının asıl amme borçlusundan tamamen veya kısmen tahsil edilememiş ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumlarından birinin gerçekleşmesi halinde kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidileceğini öngörülmüştür.

Tahsil edilememiş olması durumu, ilgili idarenin asıl amme borçlusuna şartların gerekli kıldığı ölçüde AATUHK’nın 54. ve devamındaki maddelerde öngörülen cebri tahsil yollarının kullanılmasına rağmen amme alacağının tam olarak tatmin edilmemesidir. İdare, asıl amme borçlusunun ekonomik veya hukuki bağı olan işletmelerden, bankalardan ve diğer resmi ve özel kurum ve kuruluşlardan amme borçlusunun haczi kabil mal veya alacağı olup olmadığını sormalı, amme borçlusuna ait olan kendi veya 3. kişiler nezdindeki tüm haczi mümkün mal ve alacaklara haciz işlemi yapmalı ve onları nakde çevirmelidir. Buna rağmen, ilgili amme alacağı tamamen tatmin edilemez ise idare, amme alacağının tahsil edilememiş olduğunu, yaptığı bu araştırmalara dayanarak düzenleyeceği AATUHK’nın 75. maddesinde öngörülen aciz fişi ve İcra İflas Kanununa göre düzenlenecek aciz belgeleri ile ispatlayabilir ve sonuç olarak tatmin edilmeyen amme alacağı için kanuni temsilcinin sorumluluğuna gitmesi gerekir.⁶¹

Tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumu için ise AATUHK’nın 54. ve devamındaki maddelerde öngörülen cebri tahsil yollarının tümünün

⁶⁰ Örnek olarak bu karara bakılabilir. Danıştay VDDGK 2014/144E. 2014/307K. 30.4.2014, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

⁶¹ Candan, Açıklamalı AATUHK, s. 199.

kullanılmış olması gerekmemektedir. Örneğin, asıl amme borçlusunun tüm aramalara rağmen bulunamaması ya da haczedilen mal ve alacakların ilgili görevlilerce yapacağı tespit sonucunda amme alacağını karşılamayacağı anlaşıldığı durumlarda ilgili amme alacağının tahsil edilemeyeceği anlaşılmış sayılır.⁶²

Buna karşılık, AATUHK'da öngörülen koruma önlemlerine başvurulabilmesi için asıl amme borçlusunun malvarlığına yönelik takip yollarının tüketilmesine ve ilgili amme alacağının kesinleşmesine gerek yoktur.⁶³ Örneğin, koruma önlemlerinden biri olan ihtiyati haciz, ileride doğacak amme alacağının tahsilini garanti altına almak amacıyla kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde kanuni temsilcinin mal varlığına uygulanması zorunludur. Fakat, kanuni temsilcinin malvarlığına ihtiyati haciz uygulanabilmesi için, kanunda öngörülen ihtiyati haciz sebeplerinden birinin ilgili kanuni temsilcinin şahsında gerçekleşmesi ve idarenin de bu gerçekleşen ihtiyati haciz sebebine dayanarak karar alması gerekmektedir.⁶⁴ Somutlaştırmak gerekirse, şirket adına alınmış ihtiyati haciz kararı ile kanuni temsilcinin mal varlığına ihtiyati haciz uygulanması hukuka aykırı olacaktır.⁶⁵

6. Kanuni Temsilcilerin Asıl Amme Borçlusuna Rücu Hakkı

Vergiyi doğuran olay şahsında gerçekleşmeyen kanuni temsilci, temsil ettiği kişinin amme borcunu kanununun öngördüğü şartlar çerçevesinde ilgili idareye ödemektedir.⁶⁶ Bu yönü ile kanuni temsilciye, fer'i borçlu da denmektedir.⁶⁷ Kanuni temsilcinin amme alacaklarından sorumluluğunu öngören yukarıda ele aldığımız her iki düzenlemede de, kanuni temsilcilerin ve kanuni temsilci gibi sorumlu olan kişilerin, ödedikleri miktar için asıl amme borçlusu olan temsil edilene rücu imkanı getirilmiştir. Ancak, Vergi Usul Kanununun 10. maddesi gereğince bu kişiler sadece vergi ve vergiye bağlı alacaklar ile sınırlı olarak asıl amme borçlusuna rücu edebilme olanağına

⁶² Candan, Açıklamalı AATUHK, s. 200.

⁶³ Danıştay 3.D. 2008/1135 2010/1035 5.4.2010; Danıştay 4.D. 2002/1086 2002/3906 17.12.2002; Danıştay 4.D. 2008/3635E. 2011/7432K. 13.10.2011, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

⁶⁴ Danıştay 4.D. 2007/4821E. 2008/1577K. 28.4.2008; Danıştay 7.D. 2000/6450 2002/574K. 13.2.2002, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

⁶⁵ Danıştay 1988/234E. 1988/1381K. 4.5.1988; Danıştay 3.D. 1989/2593E. 1990/939K. 20.3.1990, 10.12.2015 tarihinde www.kazanci.com adresinden erişilmiştir.

⁶⁶ Selim Kaneti, (1989), Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 80.

⁶⁷ Adnan Gerçek, (2005), Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi, Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt:54 Sayı:3, s. 161.

sahiptir.⁶⁸ 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinin 4. fıkrasına göre ise, kanuni temsilci ve kanuni temsilci gibi sorumlu olanlar ödedikleri hem asıl amme alacakları hem de cezai niteliğe sahip amme alacakları için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler. Burada önemli olan nokta, bu amme alacaklarının tüzel kişi adına kesilmiş olmasıdır. Dolayısıyla, kanuni temsilcinin bizzat muhatabı olduğu idari cezalardan ötürü rücu hakkı söz konusu değildir.

Diğer taraftan, her iki düzenlemede de, kanuni temsilciye ve kanuni temsilci gibi sorumlu olanlara rücu hakkı sadece asıl borçluya yönelik verilmiştir. Ancak, kanuni temsilcinin birden fazla olduğu durumlarda asıl amme borçlusunun borcunu ödeyen temsilci, kendi payından fazlasını ödediği takdirde özel hukuk hükümleri çerçevesinde diğer kanuni temsilcilere karşı rücu hakkını kullanabilmesi gerekmektedir.⁶⁹

Sonuç

Günümüz demokratik ülkelerin vergi hukuku incelendiğinde, vergi ve diğer amme alacaklarının tahsilinde üstün kamu yararı olduğu temel prensip olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu sebeple, amme alacakları için, özel hukuktan doğan alacaklara göre daha ayrıcalıklı hükümlerin ihdas edilmesinin işin doğası gereği olduğu düşünülmektedir.

Vergi ve diğer amme alacaklarının tahsilinin sağlanması için getirilmiş hukuki müesseselerden biri de, devlet ile kişi arasındaki kamu hukuku ilişkisinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin bu ilişkiden kaynaklanan ödevlerin ifa edilmesinden bizzat sorumlu tutulmasıdır. Kanuni temsilcilerin sorumluluğu kurumu, bu kamu hukukundan doğan sorumluluğun özel bir hali olarak kanunda yerini almıştır.

Kanuni temsilci, temsil ettiği kişinin şahsında doğan maddi ve şekli ödevlerin yerine getirilmesinden kanun gereği sorumlu tutulan fiil ehliyetine sahip kişidir. Türk vergi hukukunda, kanuni temsilcilerin sorumluluğunu düzenleyen iki temel hüküm vardır. Yukarıda açıkladığımız gibi bu hükümlerden ilki olan Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde öngörülen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kapsamı vergi, resim ve harçlar ile bunlara bağlı alacaklar ve cezalar ile sınırlıdır; 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinde öngörülen sorumluluk hükmü, VUK kapsamı dışında kalan amme alacaklarını kapsamaktadır.

Kanuni temsilcinin sorumluluğunun hukuki niteliği hususunda uygulamada ve doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. 213 sayılı

⁶⁸ Nihal Saban, a.g.e., s. 97.

⁶⁹ Candan, Açıklamalı AATUHK, s. 210.

Vergi Usul Kanununun 10. maddesinde düzenlenen kanuni temsilcilerin sorumluluğunun kusur esasına dayandığı baskın olarak ifade edilmektedir. Diğer taraftan, doktrinde 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinde yer alan kanuni temsilcilerin sorumluluğunun hukuki niteliğinin kanuni kefalet müessesesi olduğu zira bu sorumluluğun kanun hükmünün lafzı gereği kusursuz sorumluluğa dayandığı belirtilmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında, bize göre asıl amme borçlusunun faaliyetinden doğrudan doğruya yararlanmayan ve devlet ile kişi arasında doğan kamu hukuku ilişkisinde üçüncü kişi statüsünde olan kanuni temsilcinin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi, adalet ve hakkaniyet ile uyuşmadığından hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca, amme alacağının tahsilinin garanti altına alınması için kanuni temsilcinin kusursuz sorumluluğuna gidilmesine gerek yoktur çünkü bu amaç kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusur esasına dayandığının kabulünü öngören bir hüküm ile de gerçekleştirilebilir. Bu sebeple, ilgili kanun hükmü, ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Sonuç olarak, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde ve ölçülülük ilkesine uygun şekilde kanuni temsilcinin sorumluluğunun kusur esasına dayandığının ilgili hükümde açıkça düzenlenmesi gerekmektedir.

Kanuni temsilcinin sorumluluğuna ilişkin ilk şart sorumluluğun hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 10. maddesine göre kanuni temsilcinin sorumluluğunun işletilebilmesi için, amme alacağının asıl amme borçlusunun malvarlığından tahsil edilememiş olmasının sebebinin kanuni temsilcinin vergiye ilişkin ödevlerini yerine getirmemiş olması şarttır. Diğer yandan, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun mükerrer 35. maddesinin lafzına bakıldığında -hukuken isabetsiz olduğunu düşünsek de- kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurunun varlığına gerek yoktur. Kanuni temsilcinin sorumluluğuna gidilebilmesi için ikinci şart, kesinleşen amme alacağının ilk önce asıl amme borçlusundan alınması için icra takip işlemlerinin yürütülmesidir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunun kapsamındaki amme alacakları için AATUHK'nın 54. ve devamındaki maddelerde öngörülen cebri tahsile ilişkin tüm işlemleri somut olayın gerektirdiği ölçüde tüketilmiş olmalıdır. Ancak, 6183 sayılı Kanun kapsamında olan diğer amme alacakları için ilgili amme alacağının asıl amme borçlusundan tamamen veya kısmen tahsil edilememiş ya da tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması durumlarından birinin gerçekleşmesini yeterli bulmuştur.

Diğer taraftan, kanun koyucu, kanuni temsilci sıfatıyla amme borçlarını ödeyen kişiye asıl amme borçlusuna rücu hakkı sağlamıştır. Ancak, Vergi

Usul Kanununun 10. maddesi gereğince, bu kişiler sadece vergi ve vergiye bağlı alacaklar ile sınırlı olarak asıl amme borçlusuna rücu edebilme olanağına sahiptir. Diğer bir ifade ile kanuni temsilciye ödediği vergi cezaları bakımından rücu hakkı tanınmamıştır. 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35. maddesinin 4. fıkrasına göre ise, kanuni temsilci ve kanuni temsilci gibi sorumlu olanların ödedikleri hem asıl amme borçları hem de cezalar için asıl amme borçlusuna rücu edebilme imkanına sahiptirler. Burada dikkat edilmesi icap eden husus, bu amme alacaklarının tüzel kişi adına kesilmiş olmasıdır. Zira kanun icabı kanuni temsilci adına kesilen cezaların asıl muhatabı kendileri olduklarından rücu mekanizmasının işletilmesi mümkün değildir.

KAYNAKÇA

Akkaya, Mustafa, (1997), Vergi Sorumlusunun Vergi Yargısı ve Vergi İdaresi Karşısındaki Konumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:46 Sayı:1-4, s. 185-208.

Akkaya, Mustafa, (2000), Özel Hukuk Sözleşmelerinde Yer Alan Vergisel Hükümlerin Geçerliliği ve Bağlayıcılığı Sorunu, Yaklaşım Yıl:8, Sayı:95 Kasım, s. 145-151.

Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, (1995), Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Akdoğan, Abdurrahman, (2013), Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi Temel İlke ve Esasları Vergileme ve Vergiler Hukuku, Uygulama Örnekleri, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara.

Aliefendioğlu, Yılmaz, (2001), Hukuk-Hukukun Üstünlüğü-Hukuk Devleti, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2.

Arkan, Sabih, (2014), Ticari İşletme Hukuku, 19. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.

Aslan, M. Yasin, (2010), Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2010/2.

Ayan, Mehmet, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Mimoza, Konya.

Bahar, Cevdet Okan, (2005), Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeliği, Üyelik Görevinin Sona Ermesi ve Sorumluluktan Kurtulma Halleri, Vergi Dünyası, Sayı 281.

Bahtiyar, Mehmet, (2015), Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, Beta, İstanbul.

Barlass, İrfan, (2006), Anonim ve Limited Ortaklıklarda Kanuni Temsilcilerin Vergisel Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Bilici, Nurettin, (2015), Vergi Hukuku, 36. Bası, Savaş Kitabevi, Ankara.

Bruce, Martha, (2016), Rights and Duties of Directors, 15. Bası, Bloomsery Professionals, İngiltere.

Candan, Turgut, (2006), Kanuni Temsilcilerin Vergi ve Diğer Kamu Alacaklarından Sorumluluğu, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara.

Candan, Turgut, (2010), Vergi Suçları ve Cezaları, 3. Bası, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara.

Candan, Turgut, (2013), Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Mali Akademi Yayınları, 3. Bası, Ankara.

Candan, Turgut, (2015), Cezaların Şahsiliği İlkesi ve Tüzel Kişilerin Vergi Cezalarından Sorumluluğu, <http://turgutcandan.com/2015/06/18/cezalarin-sahsiliigi-ilkesi-ve-tuzel-kisilerin-vergi-cezalarindan-sorumlulugu/> 2.3.2016 tarihinde erişilmiştir.

Cianciordo, Juan, (2010), The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights, Journal of Civil Law Studies, Cilt:3, s. 177-186.

Çağan, Nami, (1980), Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 37, sayı:1-4.

Çağan, Nami, (1982), Anayasa Tasarısında Vergi ve Benzeri Yükümlülükler, Vergi Dünyası, Maliye Uzmanları Derneği Yayını, Sayı:13, Eylül.

Çağlayan, Ramazan, (1998), Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti İlkesi, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, s.41-54.

Çelik, Binnur, (2000), Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından

Limited Şirket Ortaklarının Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi İ.İ.B.F. Dergisi, Cilt 2 Sayı 1.

Demirci, Azmi, (2003), Tüzel Kişilerin Vergi Kanunlarına Aykırı Fiiller Nedeniyle Kesilen veya Hükmolunan Vergi Cezaları ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar Karşısındaki Durumu, Vergi Dünyası, Sayı 257.

Derdiyok, Türkmen, (2013), Dış Ticarete Vergi ve Mali Yükümlülükler, Türkmen, Ankara.

Epstein, Phyllis Horn, (2012), Officer and Owner Liability for Corporate Tax, Corporate Business Taxation Monthly, s. 15-22.

Gerçek, Adnan, (2003), Türk Vergi Hukukunda Tahsilat İşlemleri ve Etkinliği, Ekin Yayınevi, Bursa.

Gerçek, Adnan, (2005), Türk Vergi Hukukunda Vergi Sorumlusu, Sorumluluk Halleri ve Türlerinin İncelenmesi, Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt:54 Sayı:3.

Gerçek, Adnan, (2015), Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 4. Bası, Ekin Yayınevi, Bursa.

Hargovan, Anil, (2015), Tax Debts and directors Liability for Insolvent Trading, Governance Directions Legal Updates Corporate Law, Haziran, s. 302-305.

Kaneti, Selim, (1989), Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Karakoç, Yusuf, (2014), Genel Vergi Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

Karakoç, Yusuf, (2016), Vergi Ceza Hukuku, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

Kırbaş, Sadık, (2015), Vergi Hukuku Temel Kavramlar, İlkeler ve Kurumlar, 20. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Hatemi, Serozan, Arpacı), (2010), Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Meray, Seha L., (1970), Lozan Barış Konferansı Tutanaklar ve Belgeler, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:300, Cilt 1 Kitap 2, Ankara Üniversitesi Basımevi.

Morris, Ryan/Chalet, Les, (2005), On the Hook: Directors Liability

for Corporate Tax Transgressions, Taxation Law, Mayıs, s. 13-18.

Nomer, Haluk N., (2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta, İstanbul.

Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, (2000), Borçlar hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe, (2013), Kişiler Hukuku, 13. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.

Onar, Sıddık Sami, (1966), İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt:3, 3. Bası, İ. Akgün Yayınları.

Öncel, Mualla/Kumrulu, Ahmet/Çağan, Nami, (2014), Vergi Hukuku, 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

Özbalcı, Yılmaz, (2003), Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, İstanbul.

Özbudun, Ergun, (2014), Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara.

Özsüt, Tuğrul, (1989), 3505 Sayılı Kanun ile Vergi Usul Kanununda Yapılan Değişiklikler, Vergi Dünyası, Sayı 90, İstanbul.

Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, (2014), Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Poto, Margherita, (2007), The Principle of Proportionality in Comparative Perspective, German Law Journal, Cilt:8 Sayı:9, s. 835-870.

Reisoğlu, Safa, (2013), Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Beta, İstanbul.

Rumpf, Christian, (1993), Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt:10, s. 25-48.

Saban, Nihal, (2013), Vergi Usul Kanunu Madde 10: Olgu ve Dil, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19 Sayı:2, s. 271-281.

Saban, Nihal, (2014), Vergi Hukuku, 6. Bası, Beta, İstanbul.

Saraç, Osman, (2000), Amme Alacağıının Korunması ve Vergisel Sorumluluk, Yaklaşım, Sayı 89.

Sartori, Nicola, (2010), Corporate Governance Dynamics and Tax Compliance, International Trade and Business Law Review, Cilt:13, s. 264-286.

Serwin, Andrew B., (2009), The Principle of Proportionality, University of Michigan Journal of Law Reform, Cilt:42, Sayı: 4, s. 869-930.

Şenyüz, Doğan/Yüce, Mehmet/Gerçek, Adnan, (2014), Vergi Hukuku Genel Hükümler, Ekin, 5. Bası, Bursa, s. 85.

Tan, Turgut, (2013), İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

Taşdelen, Aziz, (2010), Vergi Usul Kanunu Yönünden Vergi Kabahatleri, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.

Tiley, John/Loutzenhiser, Glen, (2012), Revenue Law: Introduction to UK Tax Law; Income Tax; Capital Gains Tax; Inheritance Tax, 7. Bası, Hart Publishing, Oxford

Yaltı Soydan, Billur, (2002), İnsan Haklarının Vergi Hukuku Pratiği: Adil Yargılanma Hakkının Vergi Davalarında Uygulanabilirliği, Vergi Dünyası, Sayı: 254, Ekim, s. 100.

Yaltı, Billur, (2006), Vergi Yükümlüsünün Hakları, 1. Bası, Beta, İstanbul.

Yıldız, Şükrü, (1999), Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Kamu Borçlarından Sorumluluğu, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, Beta, İstanbul.

Zhang, Bill H., (2015), Legal Representatives, Company Supervisors and Their Roles and Responsibilities in foreign Invested Enterprises in China, Korea University Law Review, Cilt 16-17, s. 13-22.

İPTAL DAVASINDA FERAGATİN UYGULANABİLİRLİĞİ*

Faruk GÖÇGÜN**

ÖZET

İptal davası, idari yargının karakteristik alanlarından en önemlisidir. Dava sonucunda verilen iptal kararı davacının bireysel menfaatini koruma işlevini gerçekleştirmekten çok, objektif hukuk düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. Bu yönüyle hem özel hukuktaki davalardan, hem de diğer idari dava türü olan tam yargı davasından ayrılan iptal davasının objektif niteliğinin mutlak olduğu kabul edilirse, davadan feragat müessesesinin bu dava türünde hiçbir şekilde uygulanamayacağını söylemek gerekir. Fakat iptal davasının açılabilmesi, subjektif ehliyet koşuluna bağlanmıştır. Davacıyla dava konusu işlem arasındaki kişisel, meşru ve güncel menfaat ilgisine işaret eden subjektif ehliyet koşulunun kişisellik unsuru, iptal davasında feragati uygulanabilir hale getirmektedir.

İptal davasında feragatin hangi tür davalarda ve davanın hangi aşamasına kadar mümkün olabileceği, kişisel yarar – kamu yararı ölçütü kullanılarak tespit edilmelidir. Her ne kadar hiçbir idari işlem tamamen bireysel sayılamasa da, büyük oranda sadece davacıyı ilgilendirdiği kabul edilebilen iptal davalarında yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı verilene kadar davacının feragat talebi kabul edilebilmeliyken, kamu yararının ağır bastığı davalarda feragat hiçbir şekilde mümkün olmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: feragat, iptal davası, subjektif ehliyet, kişisel menfaat, kamu yararı

APPLICABILITY OF WITHDRAWAL IN ACTION FOR ANNULMENT

ABSTRACT

Action for annulment is the most important part of administrative jurisdiction's characteristic areas. Judicial decisions of annulment provide to protect the objective rule of law more than personal interests of the prosecutor. If it is accepted that objective nature of action for annulment, which is differed from both full remedy cases and private law cases is absolute; it must be said that withdrawal of case can never be applied in this type of case. But opening an action for annulment is

* Bu makale, yazarın “İdari Yargıda İptal Davasında Kişisel Menfaat” isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku, İdare Hukuku A.B.D. Araştırma Görevlisi

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 27.07.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 04.10.2016

stipulated to subjective ability condition. Personality element of subjective ability condition that means the legal, actual and personal interest between the prosecutor and administrative act makes withdrawal of case applicable.

The issue of “in which kinds of cases and until which stage withdrawal of case is possible” must be resolved by using the “personal interest - public interest” criterion. Although there is no administrative act considered completely individual; in actions for annulment which are accepted to interest the prosecutor substantially, discontinuance of case must be possible until stay of execution or annulment decision. In cases that public interest preponderates, withdrawal of case is never possible.

Keywords: *withdrawal of case, action for annulment, subjective ability, personal interest, public interest*

GİRİŞ

İdari yargının karakteristik alanlarından biri olan iptal davasının açılabilmesi için kanun koyucu, objektif (genel) ehliyetin yanında subjektif (özel) bir ehliyet koşulunun da sağlanması gerektiğini kabul etmiştir. Bu koşul İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 2/1-a maddesinde “menfaat ihlali” kavramıyla belirlenmiş; diğer idari dava türü olan tam yargı davası için aranan “*kişisel hak ihlali*” koşulu iptal davası için benimsenmemiştir. İhlal edilen menfaatin meşruluk, güncellik ve kişisellik olmak üzere üç unsuru ihtiva etmesi gerektiği ise gerek yargısal içtihatlarda, gerekse doktrinde uzun yıllardan beri ittifakla kabul edilmektedir. Bu unsurlardan en önemlisi kişisellik olduğu için menfaat ihlali kavramını açıklamak üzere “*meşru ve güncel olan kişisel menfaat*” ifadesini kullanmak yanlış olmaz. Zira bu ifade tercih edildiğinde, uygulamada kişisellik unsurunun üstlendiği rol de özellikle vurgulanmış olacaktır.

İdarenin tesis ettiği bir işlem nedeniyle kişisel bir menfaati ya da hakkı ihlal edildiği için iptal davası yoluna başvurup bu işlemin hukuka uygunluk denetimine tabi tutulmasını talep eden davacı, herhangi bir kısıtlamayla karşılaşmaksızın davanın her aşamasında bu talebinden vazgeçerek davaya son veren bir irade ortaya koyabilmeli midir? İşte bu soruya yanıt ararken üzerinde durulması gereken tartışma, davadan feragat müessesinin iptal davasında uygulanabilirliği çerçevesinde şekillenmelidir.

Bilindiği gibi İYUK'ta bazı müesseseler özel olarak düzenlenmemiş, bunların idari yargıda uygulanabilmesini sağlamak üzere 31. maddede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) ilgili hükümlerine yapılan yollamayla

yetinilmiştir. Bu müesseselerin en önemlilerinden biri de feragattir. Davadan feragat, 6100 sayılı HMK'nın 307. vd. maddelerinde düzenlenmiş; feragatin şekli, zamanı ve sonuçları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu müessesenin idari yargıya aktarılmasında dikkat edilmesi gereken bazı hususlar bulunmaktadır.

Evvela belirtmek gerekir ki idari yargıda feragat, HMK hükümlerinin aynen taklit edilmesi suretiyle uygulanamaz. Zira tam yargı davaları için bu durumun kabul edileceği söylenebilir de, iptal davasının objektif niteliği ve hukukun üstünlüğünü sağlama işlevi karşısında apayrı bir değerlendirmenin yapılması zorunludur.

Tüm bu konuların, Danıştay'ın yaklaşımı da dikkate alınarak incelenip feragat müessesesinin iptal davasında hangi kısıtlamalara tabi olarak uygulanması gerektiğiyle ilgili bir sonuca ulaşılacak olan bu çalışmada ayrıca; Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, iptal davasının subjektif ehliyet koşulunda değişiklik yapılmasını ve feragat müessesesinin İYUK'ta özel olarak düzenlenmesini öngören *İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı*'nın ilgili hükümleri değerlendirilecektir. Bu çerçevede, söz konusu Tasarıyla getirilmesi planlanan hükümlerin iptal davasının objektif niteliği ve hukukun üstünlüğünü sağlama işleviyle bağdaşmayan yönleri ele alınacak; bu hükümlerin yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkması muhtemel sorunlar ortaya konulacaktır.

A. HMK'da Feragat ve Feragatin İdari Yargıda Uygulanabilirliği

Davadan feragat müessesesi 6100 sayılı HMK'nın, "*Davaya Son Veren Taraf İşlemleri*" üst başlıklı 307. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Arapçadan dilimize geçen ve TDK Güncel Türkçe Sözlük'e göre kelime anlamı "*hakkından kendi isteğiyle vazgeçme*"¹ olan feragat, HMK'nın 307. maddesinde "*davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi*" şeklinde tanımlanmıştır.

İYUK'ta, diğer bazı müesseselerle birlikte feragatin de idari yargılama hukuku bakımından nasıl uygulanacağını belirlemek üzere özel kanun hükümleri tesis etmek yerine HMK'nın ilgili hükümlerine yollama yapmakla yetinilmiştir. Kanun koyucunun bu iradesi "*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hâkimin davaya bakmaktan memnuiyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, feragat ve*

¹ Erişim için: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.563e58224794e0.23749795 Erişim tarihi: 20.05. 2016.

kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, keşif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükûnunu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler ile elektronik işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.” (md. 31/1) hükmüyle müşahhas hale gelmiştir. HUMK ise, 01.10.2011 tarihinde HMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte yürürlükten kalkmıştır. Bu nedenle, iptal davasında feragate ilişkin değerlendirmeler de 6100 sayılı HMK'nın ilgili maddeleri esas alınarak yapılmak durumundadır².

6100 sayılı HMK, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıkların çözümü için, eşitler arası ilişkileri düzenleyen bir usul kanunudur. Bu kanundaki hükümlerin idari yargıya transferinde dikkat edilmesi gereken ilk husus da idari yargıdaki dava türleri arasındaki nitelik farkıdır. Bu noktada tam yargı davası ve iptal davasının işlevlerine kısaca değinmekte fayda vardır.

Özyörük'ün, idari dava türleri arasındaki farkı da muazzam biçimde ortaya koyan şu ifadeleri son derece ilgi çekicidir: “*Hukuk, ihlâle mütehammil değildir. Bir tutum, bir davranış, hukukla çelişirse, izale edilir. Bu çelişmeden bir zarar doğmuşsa, telâfi edilir.*”³ Gerçekten de idari yargıda iptal davasıyla idarenin hukuka aykırı biçimde oluşup dış dünyaya idari işlem görünümünde yansıyan iradesi izale edilmekte (ortadan kaldırılmakta); tam yargı davasında ise idareden kaynaklanan zararların tazmini hedeflenmektedir.

Tam yargı davasında aslolan, idare tarafından zarara uğratılan davacının bu zararının karşılanmasıdır. Bu bakımdan denilebilir ki, tam yargı davası esasında hukukun bilinen ve klasik davalarından biridir⁴. Bu dava türünün, subjektif nitelik arz etmesi ve hukukun diğer alanlarındaki dava türlerine benzemesi nedeniyle idari yargının varlığı ve gerekliliği hususunda belirleyici bir rol üstlenmediği iddia edilmektedir⁵. Bu durum dikkate alındığında HMK'nın feragate ilişkin hükümlerinin, tam yargı davası bakımından aynen aktarılıp uygulanabileceği kabul edilebilir.

² 6100 sayılı HMK'nın 447/2. Maddesinde “*Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.06.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır.*” hükmüne yer verilmiştir.

³ Mukbil ÖZYÖRÜK, **İdare Hukuku Dersleri**, AÜHF Yayınları, Ankara, 1977, s. 235.

⁴ Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 3, Hak Kitabevi, İstanbul, 1966, s. 1769.

⁵ Bkz. Ragıp SARICA, “İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, **İnsan Hakları Yılı**, C. 19-20 (1997-1998), s. 188.

İptal davası, idare hukukunda adeta “ezberleri bozan” bir dava türü olduğu için feragat bakımından da özel bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu hususta evvela söylenmesi gereken, iptal davasının tam yargı davasının aksine subjektif bir nitelik arz etmediğidir. Yine Özyörük, idarenin yargısal denetiminin önemini ifade ederken iptal davasının, kendisini diğer davalardan ve bu arada tam yargı davasından ayıran işlevini şu ifadelerle ortaya koymaktadır: “İdarenin hukuktan ayrıldığı her yerde, bir sübjektif hak söz konusu olmaksızın, ihlâl edilmiş en yakın menfaatin veya menfaatlerin sahibini tespit etmek gerekir.”⁶

İptal davasında subjektif ehliyet koşulu olarak ilk inceleme aşamasında dikkate alınması gereken menfaat ihlalinin unsurlarından en önemlisi, kişisellik unsurudur. İptal davasının objektif niteliği ve özü itibarıyla “kişisel bir derdin şifası”⁷ amacına hizmet ettiği düşüncesi bir arada değerlendirildiğinde davadan feragat müessesesiyle kişisel menfaat arasındaki ilgiyi kurmak da kolaylaşacaktır.

Yalnızca taraflarını ilgilendirip, onlar açısından sonuç doğurma kabiliyetini haiz davalarda tarafların iradesi davanın akıbetini belirleyebilir ve bu konuda herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmaması kabul edilebilir. Yani kural olarak hiç kimse, açmış olduğu bir davayı sürdürmek zorunda bırakılamaz⁸. İptal davasının objektif niteliğinin önemli sonuçlarından biri ise yalnızca tarafları arasında değil, herkes için sonuç doğurmasıdır. “Davanın genelliği” tabiriyle ifade edilen bu özellik, idarenin yargısal denetiminde ve hukuka uygun davranmasında herkesin menfaati olduğu⁹ tezine de dayanak oluşturmaktadır. İptal davasının kamu yararıyla yakından ilgisi de göz önüne alındığında açıkça ortaya çıkar ki bu davanın davacısı, dava üzerinde sınırsız bir tasarruf özgürlüğüne sahip değildir¹⁰. Bunun sonucu olarak davadan feragat yönünde ortaya konulan irade özel hukuktaki gibi bir etki doğurmaz.

⁶ ÖZYÖRÜK, a.g.e., s. 223.

⁷ Sait GÜRAN, Kemal BERKARDA, Taner AYANOĞLU, Kahraman BERKARDA, “İdari Yargılama ile İlgili Konular”, **Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, Ankara: Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları**, 2003, s. 120.

⁸ Münci ÇAKMAK, “İdari Yargıda Davadan Feragat”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 1, s. 186.

⁹ Cüneyt OZANSOY, “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Kamu Hukuku Kitabı**, C. 1, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2000, s. 386.

¹⁰ Ali AKYILDIZ, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin İdari Yargılama Usulüne Etkileri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu**, s. 180.

Zira hukuk devleti ilkesinin yaşatılması, iptal davasında davacının kişisel tatmininden daha ön planda tutulmaktadır¹¹. Nitekim Danıştay, İYUK'un 31. maddesiyle yollama yapılan HMK hükümlerinin iptal davasının nitelikleri dikkate alınarak ve bu dava türüyle bağdaştığı ölçüde uygulanabileceğini pek çok kararda ifade etmektedir¹².

Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, iptal davasında feragatin hiçbir şekilde mümkün olamayacağı akla gelebilir. Bu davada hukukun üstünlüğünü sağlama işlevi ve idarenin hukuka uygunluğunu tesis etme amacı ön planda olduğundan, esasa ilişkin inceleme tamamlanıp işlemin hukuka uygunluğu denetlenmeksizin yargılamaya son verilmesi sonucunu doğuran feragat müessesesinin iptal davasının karakteriyle bağdaşmadığı düşüncesi göz ardı edilemez. Fakat unutmamak gerekir ki, iptal davasının objektif niteliği mutlak değildir. "İdare tarafından yaratılan bir bozukluğun düzeltilmesi"¹³ amacına hizmet eden iptal davası yoluyla idarenin yargısal denetimini sağlama, ancak idari işlemlerden dolayı kişisel menfaat ihlaline uğramış olan kimselere bahşedilmiş bir haktır. Dolayısıyla iptal davasının, idareyle uyumsuzluğa düşen ve haksızlığa uğradığına inanan kişileri koruma işlevi yok sayılamaz. Her ne kadar, hiçbir idari işlem tamamen bireysel nitelikte sayılamasa da¹⁴; bireysel yönü ağır basan davalardan feragat imkanını ortadan kaldırmak iptal davasına kutsal bir anlam yüklemek anlamına gelecektir ki bu da son derece gereksizdir¹⁵.

İYUK'ta yer alan bazı düzenlemeler aracılığıyla, iptal davasının objektif niteliğinin bizzat kanun koyucu eliyle sınırlandırıldığı da dikkat çekmektedir¹⁶. İYUK'un 6. maddesinin 4. ve 5. fıkraları, harç veya posta ücretinin süresi içinde verilmemesi veya tamamlanmaması gibi bazı durumlarda davanın açılmamış sayılacağından söz etmektedir¹⁷. Benzer şekilde, 26. maddenin

¹¹ ÇAKMAK, a.g.m., s. 189.

¹² Bkz. Dan. 10. D., 17.02.2016, E. 2014/4216, K. 2016/804; Dan. 10.D., 20.12.2011, E. 2010/16395, K. 2011/5749; Dan. İDDGK, 21.10.2004, E. 2004/745, K. 2004/ 861; Dan. 10. D., 17.02.2014, E. 2009/1713.

¹³ Onur KARAHANOGULLARI, "Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgi Bağı Sorunu", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62, S. 3, s. 203.

¹⁴ KARAHANOGULLARI, a.g.m., s. 218.

¹⁵ GÜRAN / BERKARDA / AYANOĞLU / BERKARDA, a.g.m., s. 120.

¹⁶ Bkz. AKYILDIZ, a.g.m., s. 180 (10 numaralı dipnot).

¹⁷ "Herhangi bir sebeple harcı veya posta ücreti verilmeden veya eksik harç veya posta ücreti ile dava açılmış olması halinde, otuz gün içinde harcın ve posta ücretinin verilmesi ve tamamlanması hususu daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hakimi, mahkeme başkanı veya hakim tarafından ilgiliye tebliğ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği

ilk üç fıkrasında da davanın açılmamış sayılması ve dava dilekçesinin iptali sonucunu doğuran durumlar ele alınmıştır¹⁸. Bu hükümlerin konumuz bakımından önemi ise iptal davasının objektif niteliğinin mutlak olmadığına ve dolayısıyla feragat müessesesini bu alandan tamamen uzak tutmak yönünde bir yaklaşımı benimsemenin zorunlu olmadığına delil teşkil etmeleridir.

Özel hukuk müesseselerinin idari yargıda da uygulanabilmesi, ancak bu alanın karakteriyle bağdaştığı ölçüde mümkündür¹⁹. Özellikle iptal davasında feragat müessesesi de, özel hukuktakinden farklı bir anlam kazanmakta ve uygulamada pek çok farklılığın ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Örneğin HMK’da tasarruf ilkesinin gereği olarak, “*Feragat ve kabul, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir.*” (md. 310/1) hükmüne yer verilmiştir; fakat bu hükmün her iptal davası için uygulanabilir olduğunu iddia etmek mümkün değildir.

İptal davasının açılması için gereken asgari koşul (kişisel) menfaat ihlali olduğu için, davadan feragat eden davacının aynı zamanda o dava sonucunda

takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Harç veya posta ücreti süresi içinde verilmez veya tamamlanmazsa davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur.” (md. 6/4)

Dava açıldıktan sonra posta ücretinde tebliğ işlemlerinin yapılmasını engelleyecek şekilde azalma olması halinde, otuz gün içinde posta ücretinin tamamlanması daire başkanı veya görevlendireceği tetkik hakimi, mahkeme başkanı veya hakim tarafından ilgiliye tebliğ olunur. Tebligata rağmen gereği yerine getirilmediği takdirde bildirim aynı şekilde bir daha tekrarlanır. Posta ücreti süresi içinde tamamlanmazsa dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verilir. Bu kararın tebliği tarihinden başlayarak üç ay içinde, noksanı tamamlanmak suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilir ve davacıya tebliğ olunur.” (md. 6/5)

¹⁸ “*Dava esnasında ölüm veya herhangi bir sebeple tarafların kişilik veya niteliğinde değişiklik olursa, davayı takip hakkı kendisine geçenin başvurmasına kadar; gerçek kişilerden olan tarafın ölümü halinde, idarenin mirasçılar aleyhine takibi yenilemesine kadar dosyanın işlemiden kaldırılmasına ilgili mahkemeye karar verilir. Dört ay içinde yenileme dilekçesi verilmemiş ise, varsa yürütmeyen durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.”* (md. 26/1)

“Yalnız öleni ilgilendiren davalara ait dilekçeler iptal edilir.” (md. 26/2)

“Davacının gösterdiği adrese tebligat yapılamaması halinde, yeni adresin bildirilmesine kadar dava dosyası işlemiden kaldırılır ve varsa yürütmeyen durdurulması kararı kendiliğinden hükümsüz kalır.”

Dosyanın işlemiden kaldırıldığı tarihten başlayarak bir yıl içinde yeni adres bildirilmek suretiyle yeniden işleme konulması istenmediği takdirde, davanın açılmamış sayılmasına karar verilir.” (md. 26/3)

¹⁹ Ender Ethem ATAY, “İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması”, **Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, s. 57.

elde edeceği menfaatten da vazgeçtiği kabul edilir²⁰. İptal davasında feragat, doğurduğu sonuç itibarıyla davanın reddiyle aynı anlama gelmektedir²¹. Davadan feragatin kesin hüküm niteliğinde olduğunu²² ve kural olarak feragatten vazgeçmenin mümkün olmadığını²³ da eklemek gerekir.

B. İptal Davasında Feragate İlişkin Güncel Yaklaşım: Kamu Yararı Ölçütü ve Davada Feragatin Zamanı

İptal davasında feragat hakkındaki genel açıklamalardan sonra, konuyla ilgili en yoğun tartışmaların yaşandığı meselelere geçmek gerekir. İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanmasında en etkin mekanizma olarak karşımıza çıkan iptal davasının işlevi, bu konuyu sıradan bir usul hukuku müessesesi olmaktan çıkarmaktadır. Zira idare tarafından ortaya konulan ve dış dünyaya idari işlem görünümünde yansıyan irade hukuka aykırıysa, şüphesiz bu iradenin hukuk aleminden silinmesi gereği hasıl olur. İşte iptal davasında feragatin kabul edilmesiyle, bu gereğin yerine getirilmesi adeta; “rolü yargı merciini harekete geçirmekten ibaret olan”²⁴ davacının inisiyatifine bırakılmış olmaktadır. Bu nedenle, açılmış bulunan her iptal davasından, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın feragat etmenin mümkün olmadığı kabul edilmeli; doktrinde ve yargı kararlarında yapıldığı gibi, bu hususa ilişkin temel olarak “bireysel etki doğuran işlemler - kamu yararını ilgilendiren işlemler” ayrımının üzerinde durulmalıdır.

İptal davasının objektif niteliği ve kamu yararını gerçekleştirme amacı, bu dava türüne özgün bir nitelik kazandıran en önemli unsurlardır. Davanın açılabilmesi için aranan subjektif ehliyet koşulu da, idarenin hukuka uygun davranmasını amaçlayan bu mekanizmanın daha kolay işleyebilmesi ve daha geniş bir yelpazede denetimin gerçekleştirilebilmesi adına kişisel hak ihlali yerine menfaat ihlali olarak belirlenmiştir. Fakat bir kimsenin idari işlemler nedeniyle kişisel hak ihlaline uğraması da mümkündür. Hak ihlali,

²⁰ ÇAKMAK, 2004, s. 186.

²¹ Ahmet Şeref GÖZÜBÜYÜK / Turgut TAN, **İdare Hukuku C. 2 İdari Yargılama Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 1061.

²² Bkz. Dan. 5.D., 08.09.2015, E. 2015/3482, K. 2015/6887; Dan 10.D., 17.02.2014, E. 2009/1713, K. 2014/895. (DD Y. 2014, S. 136, s. 244).

²³ Bu kuralın istisnası HMK'nin 311. maddesindeki düzenlemeden çıkarılmaktadır: “İrade bozukluğu hallerinde, feragat ve kabulün iptali istenebilir.” Bkz. Yar. 22. HD, 15.06.2015, E. 2014/26798, K. 2015/20675; Yar. 21. HD, 09.02.2015, E. 2015/16602, K. 2015/1993 (Kazancı İBB).

²⁴ Azrak, “İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler”, **Onar Armağanı, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1977**, s. 147.

içerisinde zaten menfaat ihlalini de barındıran bir durumdur. Bu çerçevede, iptal davasının objektif niteliğinin yanında, esasında “kişisel dertlerin şifası”²⁵ olmayı hedeflediğini ve her ne kadar hiçbir idari işlem tamamen bireysel nitelikte sayılamasa da, bazı davaların bu yönünün ağır bastığını gözden kaçırmamak gerekir.

Söz gelimi; İstanbul’da görev yapmakta olan bir memurun, görev yeri değiştirilerek Sivas’a atanması yönünde tesis edilen işleme karşı iptal davası açtığı düşünüldüğünde; dava henüz sonuçlanmadan Sivas’a gidip yerleşen ve kısa sürede Sivas’ın çalışma şartları bakımından son derece tercih edilebilir bir şehir olduğunu, yaşam standardının beklediğinden çok daha yüksek olduğunu gören davacının dava açtığı için pişman olması ve davasından feragat etmek istemesi son derece makul bir varsayımdır. Hal böyleyken, (dava konusu işlemle menfaat ilgisi bulunan başka kimselerin bulunduğu tespit edilemiyorsa) davacının bu talebini iptal davasının objektif niteliği, kamu yararı, hukukun üstünlüğü vs. gibi gerekçelerle geri çevirmenin sağlıklı bir yaklaşım olduğunu söylemek güçtür.

İptal davasında feragat müessesesi, davanın niteliğine göre ikili bir ayırım yapılarak incelenmelidir. Yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi, büyük oranda yalnızca davacıyı ilgilendirdiği söylenebilen, kamusal yönü ağır basmayan durumlarda davadan feragatin mümkün olduğu kabul edilmelidir²⁶. Nitekim Damıstay, İYUK’ta HMK hükümlerine yapılan yollama dolayısıyla iptal davasından feragatin mümkün olduğunu, fakat feragate ilişkin hükümlerin iptal davasının niteliğiyle bağdaştığı ölçüde uygulanabileceğini²⁷ tespit ettikten sonra; iptal davasında feragatin mümkün olup olmadığı tartışmasında meselenin “*kişisel yarar- kamu yararı ölçütü*” kullanılarak çözümlenmesi gerektiği yaklaşımını benimsediği için “*Bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarında davacının herhangi bir kısıtlama olmaksızın davasından feragat edebileceğinde duraksama bulunmamaktadır.*”²⁸ ifadesini

²⁵ GÜRAN / BERKARDA / AYANOĞLU / BERKARDA, a.g.m., s. 120.

²⁶ Aynı yönde bkz. Melikşah YASİN, “İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 3-4, s. 171; ÇAKMAK, a.g.m., s. 187; GÖZÜBÜYÜK / TAN, a.g.e., s. 1064; Ercan GÖKTEPEOĞLU, “İdari Davalardan Feragat”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 87, Kasım 2013, s. 40.

²⁷ Dan. 10. D., 17.02.2016, E. 2014/4216, K. 2016/804 (Karar yayımlanmamıştır). Aynı yönde bkz. Dan. 10.D., 20.12.2011, E. 2010/16395, K. 2011/5749; Dan. 6. D., 22.03.2010, E. 2009/6618, K. 2010/2858.

²⁸ Dan. 14. D., 11.02.2016, E. 2015/11081, K. 2016/876. Aynı yönde bkz. Dan. 6. D., 03.02.2016, E. 2015/9315, K. 2016/378; Dan. 6.D., 07.10.2015 tarihli karar; Dan. 6. D., 14.04.2016, E. 2014/7419, K. 2016/1698 (Kararlar yayımlanmamıştır). Dan. 10.D., 05.07.2012, E.

kalıp olarak pek çok kararda kullanmakta ve kamusal yönü ağır basmayan davalardan feragat edilebileceğini kabul etmektedir. Fakat bu noktada da, mevzuata açıkça aykırı olduğu tespit edilebilen işlemler için bir istisna getirmek gerekir. Örneğin yasal düzenlemelere açıkça aykırı bir işlemle bir kamu görevine getirilen davacı göreve başladıktan sonra bu işleme karşı iptal davası açmış fakat dava henüz sonuçlanmadan feragat etmek istemişse; mevzuata açıkça aykırı olan söz konusu işlemin yargı organları tarafından görmezden gelinmesi ve hukuk alanında varlığını sürdürmesi kabul edilemez.

İptal davalarının hangilerinde feragatin mümkün olduğu tartışmasıyla birlikte ele alınması gereken bir diğer husus, hangi aşamaya kadar davacının feragat etmek suretiyle davanın sona erdirilmesini sağlayabileceğidir. Bu hususun değerlendirilmesinde de kişisel yarar - kamu yararı ayrımından yararlanmak gerekir.

Doğrudan davacı özel kişilerin menfaatlerini etkileyen, sonuçları itibariyle kamu yararıyla ilgili olmadığı kabul edilebilen davalarda dava açan kimsenin iradesinin esas alınması ve hüküm kesinleşene kadar kanun yolları dâhil her aşamada feragatin mümkün olabilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁹. Davacının pasaport başvurusunun reddi gibi işlemlere karşı açılan davalar bu duruma örnek olarak verilebilir. Nitekim HMK'nın "feragat ve kabulün zamanı" başlıklı 310/1. maddesinde de feragatin hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği öngörülmüştür³⁰. Danıştay HMK'nın 310. maddesinden hareketle; bireysel hakların ihlaline dayanan iptal davalarından feragat etmek isteyen davacının bu yöndeki başvurusunu, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın hüküm kesinleşinceye kadar her aşamada yapabileceği yaklaşımını pek çok kararda ortaya koymaktadır. Yukarıda da değindiğimiz bu kararlarda "bireysel hak ihlali" kavramının, "yalnızca davacı üzerinde etki gösteren, toplumsal yönü ağır basmayan ve kamu yararıyla yakından ilgili olmayan menfaat" anlamında kullanıldığını kabul etmek

2011/7268, K. 2012/3343; Dan. 10.D.,20.12.2011, E. 2010/16395, K. 2011/5749. Dan. İDDGK, 21.10.2004, E. 2004/745, K. 2004/861.

²⁹ Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 799; ATAY, a.g.m., s. 57; YASİN, a.g.m., s. 155; Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 315; Kenan ARAL, **Danıştay Muhakeme Usulü**, Sevinç Matbaası, Ankara, s. 271; Yahya Kazım ZABUNOĞLU, **İdare Hukuku, C. 2.**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 636; Sırrı DÜĞER / Seyithan DELİDUMAN, "Medeni ve İdari Yargıda Davadan Feragat", **Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, s. 38.

³⁰ Hemen belirtelim ki burada sözünü ettiğimiz feragat kanun yoluna başvuru hakkından feragat değil; kanun yolu aşamasında davadan feragattir.

gerekir. Bu noktada ayrıca vurgulamak gerekir ki Danıştay'ın yaptığı ayırım da düzenleyici işlem - bireysel işlem ayırımı değildir. Önemli olan ve vurgulanan nokta işlemin türü değil, nasıl bir etki doğurduğudur.

İptal davasının kamu yararıyla yakından ilgisi dikkate alındığında, davacının sınırsız bir tasarruf yetkisine sahip olmadığı göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle, esasa ilişkin inceleme sırasında yürütmenin durdurulması kararı verilmiş yahut işlem iptal edilmişse, bu durumda artık davadan feragatin kabul edilmesi söz konusu olmamalıdır. Zira her ne kadar bireysel yönü ağır basan bir işlem söz konusu olsa da, bu işlemin hukuka aykırılığı tespit edildikten sonra temyiz aşamasında ya da yürütmenin durdurulmasına karar verilen aşamada, davacının davadan feragat etmesinin kabul edilmesi halinde hukuka uygun olmayan işlem hukuk aleminde yürürlüğünü devam ettirdiğinden kamu yararına uygun olmayan bir durum ortaya çıkacaktır. Buna karşın, mahkeme hukuka aykırılığı tespit edene kadar bireylerin feragat edebilme hakları olmalıdır. Bu aşamada zaten idari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı için (gerçekten hukuka aykırı olsa dahi) hukuka uygun kabul edilmektedir. Başka bir deyişle davacı birey, hukuka uygun olan işleme karşı açtığı iptal davasından feragat etmektedir.

Doğuracağı etki itibarıyla sadece davacıyı ilgilendirmediği açık, kamu yararıyla yakından ilgili sayılan davalarda ise feragat müessesesine çekinceyle yaklaşmak gerekir. Bu davalar düzenleyici işlemlere karşı açılmış olabileceği gibi, birel bir işlemin iptali talebiyle açılan davalarda da kamu yararı ağır basabilir.

İdare tarafından tesis edilen ve genel, soyut, kişilik dışı, süreklilik arz eden işlemler düzenleyici işlem olarak anılır. İptal davasının genelliğinin bir sonucu olarak düzenleyici işlemlerin iptali sadece davanın tarafları için değil, herkes için sonuç doğurur. Bireysel işlemlerin iptalinde de şüphesiz aynı özellik söz konusu olmakla birlikte, düzenleyici işlemlerin karakteri gereği dava sonunda verilecek karar bireysel nitelikteki işlemlere kıyasla çok daha geniş bir kitleyi etkiler. Dolayısıyla iptal davasının hukukun üstünlüğünü sağlama işlevi, düzenleyici işlemlerde daha bariz bir biçimde ortaya çıkmakta³¹; bu da düzenleyici işlemlerin iptalinde kamu yararının daha ön planda olduğu sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, düzenleyici bir işlemin iptali için açılan davalarda davacının, davaya son veren bir taraf işlemi olarak feragat yoluna başvurabilmesi sakıncalıdır.

³¹ GÖKTEPEOĞLU, a.g.m., s. 41.

Bunun yanında, yukarıda da sözünü ettiğimiz gibi birel işlemlerin tamamının sadece muhatabını etkilediği söylenemez; bazılarının doğrudukları sonuç itibarıyla kamu yararını da yakından ilgilendirmeleri mümkündür. Bu nedenle, bu özelliğe sahip işlemlerin iptali istemiyle açılan davalarda da, tıpkı düzenleyici işlemlerde olduğu gibi, davacının mutlak bir tasarruf yetkisi olup olmadığı; yani bu davalardan feragat edilip edilemeyeceği tartışılmalıdır. Örneğin, kamu malının kamu yararı dışında bir işe tahsis edilmesi halinde bu birel işlemin tüm toplumu ilgilendirdiği ve işlemin iptali talebiyle açılan davadan feragat edilemeyeceği kabul edilmelidir³².

Kişisel yarar – kamu yararı ölçütünün değerlendirilmesi bakımından; yukarıda örnek olarak verdiğimiz, birel bir işlemin iptali talebiyle açıldığı varsayılan davayı biraz daha detaylandırdığımızı düşünelim. Yer değiştirme suretiyle atama işlemiyle Sivas'ta görevlendirilen ve göreve başlayan memur, işlemin hukuka aykırılığı iddiasıyla iptal davası açtıktan sonra davadan feragat etmeye karar vermiş olsun. Bu sırada, varsayalım ki Ağrı'da görev yapmakta olan bir başka memur da yer değiştirme suretiyle Sivas'a atanmak istemiyle başvurmuş fakat bu talep, uygun olan kadroya daha önce İstanbul'da görev yapan ve bu işleme karşı önce iptal davası açıp daha sonra bu davadan feragat eden memurun atanmış olması nedeniyle reddedilmiştir. Bu örnekte, İstanbul'dan Sivas'a atanan davacının davadan feragat ederek Sivas'ta görev yapmaya devam etmesi karşısında, Ağrı'dan Sivas'a atanmak isteyen ikinci memurun kişisel bir menfaat ihlaline uğramadığı söylenebilecek midir? Hal böyleyken feragat etme niyetindeki davacının bu talebi, sadece kendisini ilgilendiren bir işlemin bulunduğu gerekçesiyle kabul edilememelidir. Basit bir örnekle açıklamaya çalıştığımız gibi, kamu yararıyla ilgili olma koşulu son derece dikkatli ve özenli biçimde yorumlanmalı; yalnızca davacıyı etkileyen işlemlerin aslında tahmin edilenden daha sınırlı sayıda bulunduğu unutulmamalıdır. Bütün toplumu ilgilendirmese de, bazı birel işlemlerin iptali için açılan davalarda feragatin mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Önlerine gelen uyuşmazlıklarda idari yargı mercilerine bu hususta çok büyük sorumluluk düştüğü ise muhakkaktır.

Doktrinde, düzenleyici işlemlerin ve kamu yararını yakından ilgilendiren işlemlerin iptali için açılan davalarda feragatin hiçbir şekilde mümkün olmadığını savunan yazarlar bulunduğu gibi³³, bu davalarda yürütmenin durdurulması veya iptal kararı verildikten sonra artık feragatin mümkün

³² YASİN, a.g.m., s. 171.

³³ ÇAKMAK, a.g.m., s. 188; YASİN, a.g.m., s. 171; ÇAĞLAYAN, a.g.e., s. 318.

olmayacağı görüşünde olanlar da vardır³⁴. Davada yürütmenin durdurulması kararı verilmişse, bu karardan sonra feragatin mümkün olmaması gerektiğini savunanlara göre; yürütmenin durdurulması kararı, işlemin “açıkça hukuka aykırı olması” koşuluyla mümkündür. Dolayısıyla, hukuka açık biçimde aykırı olarak tesis edildiği yargı mercileri tarafından tespit edilen bir işlemin mutlaka ortadan kaldırılması gerekirken, bu sonucun doğması davacının kişisel tercihinine bağlı kılınmamalıdır. Yürütmenin durdurulması kararından sonra feragat izin verilmesinin bir başka sakıncası daha olduğunu düşünen Çakmak’a göre, bu durumun kabulü idarenin, ileride feragat ile hukuka uygunmuş gibi muamele göreceği bir işleme gereken özeni göstermemesi, işlem tesis ederken titiz davranmaması sonucunu doğurabilecektir³⁵.

Danıştay, kişisel yarar - kamu yararı ölçütünü benimsediği için, bu ayırım çerçevesinde bir değerlendirme yapmakta ve kamu yararını yakından ilgilendiren işlemlerin iptali için açılan davalarda verilen iptal ya da yürütmenin durdurulması kararından sonra, feragatin kabul edilemeyeceğini, pek çok kararda ifade etmektedir³⁶.

³⁴ CANDAN, a.g.e., s. 801; ATAY, a.g.m., s. 57; Halil KALABALIK, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**. 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2015, s. 360; Metin GÜNDAY, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl**, s. 85; Zehra ODYAKMAZ, “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl**, s. 143; Celal ERKUT, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl**, s. 98.

³⁵ ÇAKMAK, a.g.m., s. 191.

³⁶ “İdari Yargıda iptal davalarının niteliği itibarıyla, özellikle gerçek veya tüzel kişilerin menfaat ilgilerini kurarak açtıkları davalarda işlemin, davanın yalnızca kişisel çıkarları bakımından değil belde veya semt sakini sıfatıyla davanın açılması halinde, objektif ölçütlerle kamusal menfaat yönünden de incelenmesi nedeniyle idarenin hukuka ve kamu yararına aykırı işlem tesis ettiğinin yargı kararıyla saptanmasından sonra, bu işlemin davacının sübjektif iradesiyle davadan feragat beyanıyla tekrar geçerlik kazandığı söylenemez. Aksine bir düşünce, davacı iradesinin yargı kararı üzerine çıkması sonucunu doğurur ki, bu durum kamu yararı ve idarenin yargısal denetimi yoluyla hukukun üstünlüğünü sağlama amacıyla bağdaşmaz. Dava konusu olayda, belde veya semt sakini sıfatıyla Yumurtalık Lagünüünün “tabiatı koruma alanı” statüsünün kaldırılmasına ve “milli park” olarak belirlenmesine ilişkin dava konusu Bakanlar Kurulu Kararının yürütülmesinin durdurulmasına karar verilerek söz konusu işlemin hukuka ve kamu yararına aykırılığının saptanması nedeniyle davacıların bu davadan feragat etme olanağı bulunmamaktadır.” Dan. 10.D., 17.02.2014, E. 2009/1713, K. 2014/895 (DD Y. 2014, S. 136, s. 244). Aynı yönde bkz. Dan. 10. D., 17.02.2016, E. 2014/4216, K. 2016/804; Dan. 14. D., 11.02.2016, E. 2015/11081, K. 2016/876 (Kararlar yayımlanmamıştır).

Danıştay'a göre iptal davası, ilgililerin hak ve menfaatini korumanın yanında, yürütme ve idarenin hukuka uygun davranmasını gerçekleştirmeye yönelik olup, bu davalardan beklenen amaç hukuk devleti ilkesinin sağlanmasıdır. Toplumunu ilgilendiren idari işlemlere karşı açılan iptal davaları kamusal nitelik taşıdığından, bu tür davalar açıldıktan sonra davadan feragatinin kabul edilmemelidir³⁷.

Sonuçları itibariyle birden davacı dışında başka kimseleri de ilgilendiren, kamu yararıyla yakından ilgili davalar arasında özellikle düzenleyici işlemler süreklilik arz ettiğinden, bu işlemlerin iptali için açılan davalarda davacı feragat etse de menfaati ihlal edilen başka kimselerin her zaman dava açabilecekleri; bu nedenle bu davalarda feragatin mümkün olması gerektiği öne sürülebilir³⁸. Fakat pek çok kimse üzerinde etkisi bulunan bir işlemin hukuka aykırılığı iddiası bir kere araştırılmaya başladıktan sonra, re'sen araştırma ilkesinin de devreye girmesiyle bu iddianın mutlaka bir sonuca bağlanması gereklidir. Zira davacının feragat etmiş olması ve elde edeceği menfaatten vazgeçmesi onun için kişisel bir tercih olsa da; bu işlemin iptal edilmesinden menfaat elde edecek diğer kişilerin bu yönde bir iradelerinin olduğu söylenemez. İdarenin hukuka uygunluğunun sağlanması amacının ve hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, yargısal denetimin etkin biçimde gerçekleştirildiğinden söz edebilmek için, bu gibi davalarda feragatin mümkün olmadığının kabul edilmesi daha isabetli görünmektedir. Dolayısıyla Danıştay'ın da kabul ettiği, iptal ya da yürütmenin durdurulması kararından sonra bu davalardan feragat edilemeyeceği yaklaşımı eksik bir yaklaşımdır.

C. İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı'nda Feragate ve Kişisel Menfaate İlişkin Düzenlemeler

İptal davasının özgün karakteri nedeniyle feragat müessesesinin HMK hükümlerine bağlı kalınarak uygulanması olanaksızdır. O nedenle, İYUK'ta feragatin ayrıca düzenlenmesi ve nasıl uygulanabileceğine yönelik genel hükümlere yer verilmesi gerekmektedir. Şüphesiz bu düzenlemenin getirilmesi sorunu bütünüyle çözüme kavuşturacak değildir, fakat idari yargının ve özellikle iptal davasının özgün karakterinin böyle bir düzenlemeyi gerekli kıldığı aşıkardır.

³⁷ Bkz. Dan. 6.D., 07.10.2015 tarihli kararı (Karar yayımlanmamıştır).

³⁸ GÖKTEPEOĞLU, a.g.m., s. 41.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı”³⁹, feragat müessesesinin İYUK’ta özel olarak düzenlenmesini öngören değişiklikler ihtiva etmektedir. Tasarı’nın 30. maddesine göre, İYUK’a eklenmesi öngörülen 31/B maddesi şu şekildedir:

“1. Davacı, davanın her aşamasında dava konusu isteminden, şarta bağlı olmaksızın, kısmen veya tamamen feragat edebilir.

2. Feragat karşı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı değildir.

3. Davadan feragat halinde dosyanın bulunduğu merci, davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verir. Kanun yoluna başvurulmuş davalardan feragat edilmesi halinde, kanun yolu incelemesi yapan merci kanun yoluna konu kararı kaldırarak feragat hakkında karar verilmek üzere dosyayı ilgili yargı merciine gönderir. Kanun yoluna başvurulmadan önce davadan feragat edilmesi halinde ise dosyanın bulunduğu merci dava hakkında vermiş olduğu kararı kaldırarak davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verir.

4. Feragat kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur.

5. Feragat beyanı, davacı veya bu konuda vekâletnamesinde kendisine özel yetki verilen avukat tarafından 4 üncü maddede yazılı mercilere verilecek dilekçeyle yapılır.

6. Yargılama giderleri feragat edene yüklenir.”

Aynı Tasarı’nın feragate ilişkin getirdiği hükümlerle birlikte, en az bunlar kadar büyük önem arz eden ve iptal davasının subjektif ehliyet koşulunda kökten bir değişim öngören 7. maddenin üzerinde durulması ve bu iki düzenlemenin bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözü edilen 7. maddede; “2577 sayılı Kanunun 2’nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine “menfaatleri” ibaresinden sonra gelmek üzere “doğrudan” ibaresi eklenmiş...” ifadesi yer almaktadır. Buna göre; düzenleme kanunlaşmış yürürlüğe girse İYUK’un 2. maddesinde iptal davaları, “İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı

³⁹ Kanun tasarısı taslağına ve gerekçesine erişim için:
<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/%C4%B0dari%20Yarg%C4%B1%20Kanun%20Tasar%C4%B1s%C4%B1%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20ve%20Kar%C5%9F%C4%B1a%C5%9F%C4%B1rma%20Tablosu.pdf>

olduklarından dolayı iptalleri için **menfaatleri doğrudan ihlâl edilenler tarafından açılan davalar**” şeklinde tanımlanacaktır.

Tasarı'nın Genel Gereğesi'ne bakıldığında söz konusu değışikliğin Şu şekilde açıklandığı görölmektedir: “İdari yargıda iptal davası açabilmenin bir koşulu olan “menfaat ihlali” kriterinin uygulamada çoğu zaman hakkın kötüye kullanımına imkan tanınması nedeniyle kişinin bu kriterle dayanarak iptal davası açabilmesi, menfaatinin “doğrudan” etkilenmesi şartına bağlanmaktadır. Böylelikle iptal davası açılabilmesi için, iptali istenilen idari işleme idari işlemin kişiye olan etkisi arasında makul ve ciddi bir ilişki yanında kuvvetli bir bağ bulunması şartı öngörülmektedir.”

Henüz taslak halinde bulunan Tasarı'nın 7. maddesinin gereğesinde, menfaat ihlaline ilişkin değışiklik üzerinde daha detaylı biçimde durulduğu göze çarpmaktadır. Genel Gereğede ifade edilenlere ek olarak, “İptal davası açacak olan kişi idari işlemin iptal edilmesinde menfaati olduğunu, söz konusu idari işlemin yarattığı hukuki durumun tarafı veya doğrudan yararlananı olduğunu ortaya koymak zorundadır. Bu değışiklikle, menfaati ihlal edildiğini iddia eden herkes yerine menfaati doğrudan ihlal edilen kişilerin, bir başka deyişle idari işleme aralarında kuvvetli bir bağ bulunduğunu ortaya koyan kişilerin dava açmaları öngörülmektedir. Böylece iptali talep edilen işlemde menfaati olumlu olarak etkilenen kişilerin varlığı da göz önüne alındığında idari işlemin iptalinde menfaati bulunanlar ile bulunmayanların haklarının korunmasında bir denge sağlanmış olacaktır.” açıklamasına yer verilmiştir.

Sözü edilen Tasarı'nın yukarıda aktarılan iki maddesinde öngörülen düzenlemeler değerlendirildiğinde, çarpıcı sonuçlara ulaşılması kaçınılmazdır. İdari yargıda feragat müessesesini düzenleyen 30. maddenin gereğesinde en dikkat çekici husus bu düzenlemeyle, “feragat edilebilecek dava türleri konusunda herhangi bir istisnaya yer verilmemek suretiyle bazı dava türleri bakımından feragatin uygulanamayacağı yönündeki farklı uygulamalara son verilmekte” olduğudur. Buna göre feragat konusunda Danıştay'ın benimseyip uzun süredir uyguladığı “kamu yararı ölçütü” de rafa kalkmış olacaktır. Kaldı ki, bir yönüyle iptal davasının objektif niteliğinin güvencesi konumundaki subjektif ehliyet koşulu, hak ihlalini çağrıştıracak biçimde “doğrudan menfaat ihlali” olarak değıştirildiği takdirde feragate ilişkin böyle bir ölçütün belirleyici olarak kullanılması zaten anlamsız olacaktır. Zira bu düzenlemenin öngördüğü sistemde iptal davalarının, mutlaka kişisel yararın ön plana çıktığı, adeta özel hukuktaki dava türlerinden biri haline getirilecektir.

Tasarı'nın feragati düzenleyen 30. maddesinde dikkat çeken bir diğer husus, iptal ve tam yargı davaları bakımından bir ayrıma gidilmemiş olmasıdır. İptal davası için “doğrudan menfaat ihlali” koşulu getiren bu Tasarı'nın iptal davasıyla tam yargı davası arasındaki farkı minimize eden yaklaşımı dikkate alındığında şaşırtıcı olmayan bu husus; hukuk devleti ilkesinin ve idarenin yargısal denetiminin en önemli aracı konumundaki iptal davasının karakterine uygun düşmemektedir.

Adli yargıda görülen ve HMK hükümlerinin uygulandığı bir davadan feragat etmek davacının kendi inisiyatifinde olup, dava konusu bakımından haklı ya da haksız olması önem arz etmez⁴⁰. İdari yargıda tam yargı davası için aynı hususun kabul edilmesi mümkünken, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlama işlevini üstlenen iptal davasında davacıya aynı serbestliğin tanınması kabul edilemez. Dolayısıyla, Tasarı'nın 30. maddesinin ilk fıkrasında yer alan ve davanın her aşamasında feragat edilebileceğini öngören hüküm de yukarıda açıklandığı üzere iptal davası için kabul edilemez.

SONUÇ

İptal davasının objektif niteliği ve hukukun üstünlüğünü sağlama işlevi, davadan feragat bakımından HMK hükümlerinin aynen uygulanmasını imkânsız kılmaktadır. Fakat iptal davası bir yönüyle de davacının kişisel bir mağduriyetini giderme amacına hizmet eder. Bu nedenle davanın açılabilmesi için subjektif ehliyet koşulu olarak kişisel, meşru ve güncel menfaat ihlali aranmaktadır. Kişisel bir menfaati doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal edildiği için idari işlemin iptalini talep eden davacı, özel hukuk uyuşmazlıklarında olduğu gibi iptal davasında da bu davadan vazgeçme yönünde bir irade ortaya koyabilir. Fakat bu iradenin hukuki sonuç doğurması açılmış bulunan her iptal davası için mümkün değildir.

İptal davasında feragatin mümkün olup olmadığı kamu yararı – kişisel yarar ölçütü kullanılarak değerlendirilmektedir. Buna göre, davanın büyük oranda sadece davacıyı etkileme potansiyeline sahip olduğu söylenebiliyorsa yürütmenin durdurulması ya da iptal kararı verilene kadar feragat mümkün olmalıdır. Kamu yararıyla yakından ilgili davalarda, bir başka deyişle etkisi yalnızca davacı özel kişiyle sınırlı olmayan davalarda ise davacı feragat talebinde bulursa dahi bu talep dikkate alınmamalı ve dava sonuçlandırılana kadar görülmeye devam etmelidir.

⁴⁰ ÇAKMAK, a.g.m., s. 186.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan İdari Yargıda İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nda feragat müessesesine İYUK'ta özel olarak yer verilmesi öngörülmektedir. HMK hükümlerinin idari yargıya aynen aktarılması suretiyle meydana getirilen bu düzenleme değerlendirildiğinde ilk söylenmesi gereken, içtihadî olarak geliştirilen ve idari yargılama hukukunun özellikleri de dikkate alınarak ortaya çıkan uygulamadan geriye gidildiğidir. HMK'nın ilgili hükümlerinin aynen aktarılıp uygulanması kabul edildiğinde, Duran'ın ifade ettiği gibi idari yargılama usulü özgünlüğünü ve bağımsızlığını kaybedecek; hukuk yargılama usulünün özel bir türü kimliğine bürünecektir⁴¹. Duran, "idari yargının adlileşmesi" tabiriyle açıkladığı bu durumun sakıncalarını net bir biçimde ortaya koymuş, "bireylerin ve toplulukların gerçek ve etkili bir korumadan yoksun kılındığını"⁴² ifade etmiştir. Gerçekten de, idari yargı düzeninin işlevi dikkate alınmaksızın yapılacak düzenlemelerin doğrudan birey haklarını ve "hukuk devleti" ilkesini zedeleyici sonuçlar doğurması kaçınılmazdır.

KAYNAKÇA

AKYILDIZ Ali: "Hukuk Muhakemeleri Kanununda Yapılan Değişikliklerin İdari Yargılama Usulüne Etkileri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu (2012)**, s. 79-86.

ARAL Kenan: **Danıştay Muhakeme Usulü**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.

ATAY Ender Ethem: "İptal Davasının Nitelikleri ve İptal Kararlarının Uygulanması", **Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2007, s. 13-95.

AZRAK Ali Ülkü: "İptal Davalarının Objektif Niteliği Üzerine Düşünceler", **Onar Armağanı, İÜHF Yayınları**, İstanbul, 1977, s. 145-155.

⁴¹ Lütfi DURAN, "İdari Yargı Adlileşti", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 3, S. 1-3, s. 66.

⁴² DURAN, a.g.m., s. 83.

CANDAN Turgut: **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, 6. Baskı, Pricewaterhouse Coopers Danışmanlık, Ankara, 2015.

ÇAĞLAYAN Ramazan: **İdari Yargılama Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

ÇAKMAK Münci: “İdari Yargıda Davadan Feragat”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 53, S. 1, 185-194.

DURAN Lütfi: “İdari Yargı Adlileşti”, **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 3, S. 1-3. s. 53-83.

ERKUT Celal: “İdari Yargıya Başvuru Hakkının Sınırı ve İdari Davaların Kapsamı”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl**, s. 87-98.

GÖKTEPEOĞLU Ercan: “İdari Davalardan Feragat”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 87, Kasım 2013, s. 38-43.

GÖZÜBÜYÜK Ahmet Şeref / TAN Turgut: **İdare Hukuku C. 2 İdari Yargılama Hukuku**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GÜNDAY Metin: “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulanma Alanı”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl**, s. 79-86.

GÜRAN Sait / BERKARDA Kemal / AYANOĞLU Taner / BERKARDA Kahraman: “İdari Yargılama ile İlgili Konular”, **Sempozyum, Danıştay ve İdari Yargı Günü 135. Yıl, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2003**, s. 119-132.

KALABALIK Halil: **İdari Yargılama Usulü Hukuku**. 8. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2015.

KARAHANOĞULLARI Onur: “Birel İşlemlere Karşı Açılan İptal Davalarında İlgilili Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, s. 201-232.

ODYAKMAZ Zehra: “İdari Yargı İle İlgili Öneriler”, **İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırılmalı İdari Yargılama Usulü, Sempozyum Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl**, s. 141-151.

ONAR Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 3, Hak

Kitabevi, İstanbul, 1966.

OZANSOY Cüneyt: “İdarenin Kusurlu Sorumluluğundan Kusursuz Sorumluluğuna”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, Kamu Hukuku Kitabı**, C. 1, Ankara Barosu Başkanlığı, Ankara, 2000, s. 371-375.

ÖZYÖRÜK Mukbil: **İdare Hukuku Dersleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977.

SARICA Ragıp: “İdari İptal Davası Olağan ve Genel Bir Başvuru Yoludur”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 19-20, (1997-1998), s. 187-195.

YASİN Melikşah: “İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, S. 3-4, s. 149-184.

ZABUNOĞLU Yahya Kazım: **İdare Hukuku**, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

İnternet Kaynakları: (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.563e58224794e0.23749795 Erişim tarihi: 20.05.2016).

(<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/%C4%B0dari%20Yarg%C4%B1%20Kanun%20Tasar%C4%B1s%C4%B1%20Tasla%C4%9F%C4%B1%20ve%20Kar%C5%9F%C4%B1la%C5%9Ft%C4%B1rma%20Tablosu.pdf> Erişim Tarihi: 15.05.2016).

KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA YAPTIRIMININ TÜRK CEZA ADALET SİSTEMİNDEKİ TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ*

Musa KAYA**

ÖZET

Türk ceza adaleti sisteminde ceza politikaları, insan haklarına verilen kıymete göre yıllar içerisinde farklı aşamalardan geçmiştir. Özellikle toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımları, çeşit ve içerik olarak bu gelişimden en çok etkilenmiş olan alandır. Bu çalışmada, 19. yüzyılda hürriyeti bağlayıcı cezaların olumsuz etkilerinin görülmesinin ardından gelişen; suçluların rehabilitasyonu, iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması şeklindeki cezanın çağdaş amaçlarını gerçekleştirmenin bir aracı olarak ortaya çıkan kamuya yararlı bir işte çalıştırma kurumunun Türk ceza adalet sistemindeki tarihsel gelişim süreci ele alınmıştır. Bunun yanında çalışmamızda, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlardan biri olan seçenek yaptırım olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırmayı Türk Ceza Kanunu çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, ücretsiz çalışma yükümlülüğü, seçenek yaptırım, ceza, güvenlik tedbiri.

HISTORICAL DEVELOPMENT OF COMMUNITY SERVICE IN THE TURKISH CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

ABSTRACT

In the Turkish Criminal Justice System, penal policies have gone through different stages in proportion to the importance and value that is given to human rights in years. Especially, sanctions which are implemented in the community had been affected mostly from this development by variety and content. In this study, historical development in the Turkish Criminal Justice System of institution of community service which arised as a mean of carrying out the contemporary aims of the punishment such as rehabilitation, recovery and reintegration in to the society of the convicts and

* Bu makale, yazarın “Türk Ceza Adaleti Sisteminde Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma” isimli Yüksek Lisans Tezi’nden türetilmiştir.

** Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 01.07.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 15.08.2016

developed after the observation the negative effects of the punishments depriving the liberty in the 19th century is discussed. In addition to this, in our study, we will try to examine community service as an alternative sanction which is one of the sanction implemented within the community in accordance with the Turkish Criminal Code.

Keywords: *Community service, unpaid work requirement, alternative sanction, penalty, security measures.*

GİRİŞ

Cezalandırmanın hangi amaçla yapıldığı konusu, antik çağ Yunan filozoflarından günümüze kadar çok sayıda düşünür, sosyolog ve fikir adamı tarafından tartışılmış, günümüzde de tartışılmaya devam etmektedir. Cezaların amaçları ve cezalandırmadaki amaç üzerinde durmak, cezanın ne olduğuyla ve nasıl olması gerektiği ile ilgilidir¹. Zira bir uygulamanın temelini oluşturan şey, onun hangi amaçla yapıldığıdır. Ceza sistemleri tarihi süreç içerisinde, önceleri sadece failin cezalandırılarak, toplum ve mağdurun intikam dürtülerinin tatminini ve muhtemel suçluları suç işlemekten vazgeçirmeyi amaçlamışken; daha sonra faili, kişi hürriyeti gibi bir nimetten mahrum ederek cezalandırmayı; günümüzde ise, suçluyu topluma yeniden kazandırmayı gaye edinmiştir². Bu bağlamda kefaret ve para cezaları orta çağın erken dönemlerinde pratik tek ceza türü iken, orta çağın sonuna doğru bedeni cezalar görülmeye başlamış, son aşama olarak 17. yüzyılda hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulanmaya başlamıştır³. Bilhassa Fransız İhtilali'yle birlikte özgürlüğün insan için paha biçilmez bir değer oluşunun anlaşılmasıyla hürriyeti bağlayıcı cezalar, cezalandırma sisteminin esası haline gelmiştir⁴.

Ancak modern ceza sistemlerinde cezalandırmanın temel amacı, hükümlünün sosyalleşmesini teşvik etmek, yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, üretken, kanunlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak, böylece özel ve genel önlemeyi sağlamak, toplumu suça karşı korumaktır⁵. Ceza hukuku alanında insana değer veren düşüncenin etkinlik kazanması nedeniyle;

¹ MADEN Mehmet, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Ankara 2012, s. 5.

² SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Ankara 2005, s. 526.

³ DEMİRBAŞ Timur, **İnfaz Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2008, s. 91.

⁴ SOYASLAN, s. 526.

⁵ ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Ankara 2015, s. 651.

hapis cezalarının her zaman iyi sonuç vermediği, hükümlünün toplumla bütünleşmesini gerçekleştirmede yeterli etkiyi yapmadığı, infaz rejimlerinde hükümlünün iyileştirilmesini ve topluma yeniden kazandırılmasına imkân sağlayacak değişiklikler yapılması gerektiği görüşleri de gündeme getirilmiştir.

Bu tartışmaların sonucu olarak da hürriyeti bağlayıcı cezaların yanında suçlunun ıslahı ve toplumla bütünleşmesini sağlamaya yönelik farklı yaptırım türleri ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda uygulamaya konulmuş olan yaptırımlardan biri de kamuya yararlı bir işte çalıştırmadır. Cezalandırmadaki amaçta olduğu gibi kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın amacı da tarihsel süreçte farklılık göstermiştir. Türk ceza adaleti sisteminde, Osmanlı Devleti döneminden başlayıp günümüze kadar devam eden süreçte mevzuat ve uygulamada kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın izleri görülmektedir. Bu çalışmamızda Türk ceza hukukunda kamuya yararlı bir işte çalıştırma mahiyetinde olan yaptırımların gelişim sürecini incelemiş bulunmaktayız.

I. OSMANLI DÖNEMİNDE KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA VE BENZERİ UYGULAMALAR

A. Kürek Cezası

Osmanlı döneminde kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına benzer bir yaptırım olarak akla ilk gelen yaptırım, bir tazir cezası⁶ olan kürek cezasıdır. Osmanlı Devleti'nde 16. yüzyıldan itibaren yaygın bir cezalandırma şekli olarak karşımıza çıkan kürek cezaları, hapis cezasının devlet donanmasında kürek çektilerilerek uygulanmasıdır⁷. Genel olarak bakıldığında kürek cezaları, hapis ve sürgün karışımı birer ceza olmakla birlikte hapis cezasından daha ağır bir ceza olarak kabul edilir⁸.

Kürek cezası, İslam Hukuku'nda ve Osmanlı ceza kanunnamelerinde ilk dönemlerde yer almamış, ancak Fatih döneminden itibaren geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Osmanlı donanmasının büyümesiyle harp zamanlarında

⁶ Osmanlı uygulamasında cezalar, had, kısas ve tazir cezaları olarak sınıflandırılmıştır. Had ve kısas cezaları sınırlı sayıda belirtilmişken, tazir cezalarının düzenlenmesi devlet başkanına veya onun vereceği yetkiyle hâkime bırakılmıştır. CİN Halil/AKYILMAZ Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, 3. Bası, Konya 2009, s. 226. Had ve kısas cezaları kapsamında çalıştırma veya benzeri bir yaptırım olmamakla birlikte, tazir cezaları kapsamında çalıştırma veya benzeri bir yaptırımın olmasında herhangi bir engel yoktur.

⁷ CİN/AKYILMAZ, s. 230.

⁸ AVCI Mustafa, “Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik” (Hapis Türleri), Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Sa. 1, Yıl 2002,(Sayfa numarası bulunmamaktadır.) <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/view/5000067867> (ET.04.11.2015)

yeni gemi yapma ve bunların mürettebatını karşılama ihtiyacı, çok geniş bir kürekçi mürettebatının bulundurulmasını gerektirmiştir⁹. Gönüllü olarak yeterli sayıda insan seferber edilemediği ve harp esirleriyle diğer kölelerin tedarik kaynağı tükendiği vakit, suçlular ve suçlu olduğu iddia edilenler, bu gerekli insan gücünün önemli bir kaynağı haline gelmiştir¹⁰.

Adam öldürme, eşkıyalık, hırsızlık, fuhuş ile uğraşmak, sahtekarlık, kalpazanlık, kumarbazlık, fermanlara itaatsizlik, tuğra taklit etmek, ticari işlerde sahtekarlık yapmak. kadınlara ve idarecilere kanunsuz tekliflerde bulunmak gibi suçları işleyen kişilerin kürek cezası ile cezalandırılmaları uygun görülmüştür¹¹. Ancak bazı dönemlerde çıkarılan fermanlarla çeşitli suçlar için küreğe mahkum edilenlerin listesi ilan edilmiştir. 1572’de Osmanlı filosunun İnebahtı (Lepanto) deniz savaşında imha edilmesinden sonra çıkarılan bir ferman, yeni muharipler sevk etmek için kölelere duyulan acil ihtiyaç doğrultusunda, suçluların idam cezası almaları veya şiddetli dayak cezası çekmeleri yerine, kürek mahkumu olarak gönderilmeleri gerektiğini açıkça emretmektedir¹².

Diğer taraftan, uygulamada İslam hukukunun hiçbir cezaya çarptırmaya gerek görmediği kişiler bile bazı durumlarda kürek mahkumu olarak cezalandırma yoluna gidilmiştir. Herhangi bir eyalette kanunsuzluk yaygın hale geldiği zaman, hükümet oraya bir kadıyı müfettiş olarak ve bir sancak beyi veya mahkeme azasını mübaşir olarak göndermiş ve bunlar, fizik olarak uygun olmak şartıyla sabıka kaydı bulunan bütün muhtemel suçluları inceleyip tevkif ederek, geçmişte işledikleri kötü hareketleri ihtiva eden resmi bir dosya ile İstanbul’daki deniz tophanesine veya kürek mahkumu olarak çalıştırılmaları için diğer limanlara göndermişlerdir¹³.

Ancak Tanzimat dönemiyle birlikte böyle uygulamalardan kaçınılmış, ceza kanunlarındaki düzenlemeler çerçevesinde bir uygulama yapılmıştır. Özellikle 1840, 1851 ve 1858 tarihli Osmanlı ceza kanunlarında kürek cezasına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir¹⁴. Bütün bunlarla birlikte kürek

⁹ HEYD Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law (Studies)*, Oxford, 1973, s. 304.

¹⁰ HEYD Uriel, “Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat” (*Kanun ve Şeriat*), (Çeviren: Selahaddin Eroğlu), *Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler*, Ankara, 2002, (s. 633-652) s. 650

¹¹ HEYD, *Studies*, s. 305-306.

¹² HEYD, *Kanun ve Şeriat*, s. 650.

¹³ HEYD, *Kanun ve Şeriat*, s. 651.

¹⁴ 1840 Ceza Kanunu Dokuzuncu Fasıll m.3, On birinci Fasıll m.1’de önceleri ölüm cezası veri-

cezası, süresi bakımından, süresi önceden belirli (muvakkat) ve müebbet veya süresiz hüküm (ıslah-ı nefis edinceye kadar, salah hali zahir oluncaya kadar) olmak üzere ikiye ayrılmıştır¹⁵.

İnfazı bakımından kürek cezasına bakıldığında; cezanın infaz türünü belirleme yetkisi mahkemede değildir. Mahkeme sadece ne kadar süre çalıştırılacağına ilişkin hükmü verirken, infazın nasıl gerçekleşeceği infaz idaresince takdir olunur. Ayrıca, mahkumların çalışmalarına karşılık ödenen ücret, önceleri yapılan masraflara karşılık hükümet tarafından alınırken, sonraki dönemlerde cüzi bir miktar olarak tahliye sırasında mahkuma ödenmiştir.¹⁶

Osmanlı Devletinde geniş bir uygulama alanı bulan ve kanunnamelerde de yer alan kürek cezası, 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır¹⁷.

B. Serseri ve Mazannai Sui Eşhas Hakkında Kanun'da Yer Alan Çalıştırma Yaptırımı

Osmanlı döneminde kamuya yararlı bir işte çalıştırma mahiyetinde olan bir başka yaptırım türü de 26 Nisan 1909 tarihinde Meclis-i Mebusan tarafından kabul edilen “Serseri ve Mazannai Sui Eşhas Hakkında Kanun”da düzenlenmiştir. Sözlük anlamı “ötede beride başıboş gezen” olan serserilik, söz konusu kanunun birinci maddesinde şu şekilde teknik bir tanıma kavuşmuştur: “Hiçbir geçim vasıtası bulunmadığı ve çalışmaya kudreti olduğu halde, en az iki ay süreyle hiçbir şekilde çalışmayan veya herhangi bir sanatta meşgul olmayan ve bu süre zarfında iş bulmak için gerekli girişimlerde

len bazı suçlar, örneğin devlet memuruna silah çekme, eşkıyalık suretiyle yol kesme suçları, kürek cezasıyla karşılanmıştır.

1851 Ceza Kanunu Birinci Fasil m.13'e göre, taksirle adam öldürme suçunda sanık sabıkalı veya kötü şöhretli olan kimse ise, Şer'i cezaya ilaveten bir sene küreğe veya prangaya konularak cezalandırılır. İkinci Fasil m.5'e göre, sarhoşluğu itiyat edinenler, İstanbul'da iseler iyi hali görülünceye kadar küreğe konulurlar. Üçüncü Fasil m.2'ye göre, devlet memurlarının irtikâp suçu sabit olursa suçun vahametine göre sürgün ve kürek cezaları verilir.

1858 CK m.19 kürek cezasını “Kürek, ayaklarında demir olduğu halde, hidemât-ı şakkada kullanılmaktır...” şeklinde tarif etmiş, kanun bu cezayı müebbet (m.20) ve muvakkat olarak (m.21) ikiye ayırmış, muvakkat küreğin süresini 3-15 sene olarak belirlemiştir.

¹⁵ GÖKCEN Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları (Osmanlı Ceza Kanunları)**, İstanbul 1989, s. 41.

¹⁶ AVCI, **Hapis Türleri**, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/view/5000067867> (ET.04.11.2015)

¹⁷ GÖKCEN, **Osmanlı Ceza Kanunları**, s. 43.

*bulduğunu dahi ispat edemeyip, şurada burada dolaşan kimselere serseri denir. Çalışmaya muktedir olduğu halde dilenmeyi geçim yolu edinenler de serseri kabul edilir.*¹⁸ Ancak on beş yaşını doldurmamış olan çocuklar serseri kabul edilmezler. Böylelikle polise şehirde iki ay zarfında herhangi bir işte çalışmamış, iş bulmak için gerekli çabayı da göstermemiş olan işsizlere ve çalışmaya gücü olduğu halde dilencililiği bir geçim kaynağı olarak gören dilencilere karşı kanun maddelerini uygulama yetkisi verilmiştir¹⁹.

Söz konusu Kanunun 2 ve 3. maddelerinde, polis tarafından yapılacak araştırma üzerine serseri olduğu anlaşılanların, bundan sonra gözaltına alınarak 24 saat içinde araştırma evrakıyla birlikte savcılığa teslim edileceği ve sonrasında da mahkemede yargılamasının yapılacağı belirtilmiştir.

Kanunun 4. maddesinde, hakkında yapılan yargılama sonucu serseri olduğu sabit olan kişinin kamuya yararlı işlerde veya belediye işleri yahut kamu kuruluşlarının birinde iki aydan dört aya kadar çalıştırılmasına ve bunun icrasının mümkün olmadığının anlaşılması halinde memleketine veya iş bulması mümkün olan uygun bir yere gönderilmesine birlikte karar verileceği belirtilmiştir. Ayrıca belirtilmelidir ki Kanunun 4. maddesinin son cümlesinde, mahkemenin bu konuda vereceği karar istinaf ve temyize tabi olmayıp derhal icra olunacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu dönemde, hükümet ve meclisin dilencilik ve serserilik sorununa getirdiği çözüm, çalışmaya eğilimi olmayan bu gibi kişilere istihdam imkânı yaratarak onları “işe alıştırmak” ve “işgal etmek” olmuştur²⁰. Bundan maksat, kendilerini işe alıştırmak ve hakikaten çalışmaya meyilleri ve istidatları olup olmadıklarını anlamaktır; böylece kişi bir imtihana tabi olur ve bir tecrübe kazanır²¹. Bu tecrübeyle de ilgili çalıştırmanın tamamlandığı zaman, geçimini kendi emeğiyle sağlayacak derecede bir iş görme yeteneğine sahip olurlar. Diğer bir ifadeyle, Serseri Kanunu’nun uygulanmasındaki temel amaç, asayişin muhafazasının yanı sıra serseriliği itiyat haline getirenlerin ıslah

¹⁸ Maddenin orijinal hali şöyledir: “Hiç bir vasıta-i maişeti bulunmadığı ve çalışma kudreti olduğu halde lâakal iki aydan beri bir günâ kâr ve kisb veya sanatlâ meşgul olmayan ve bu müddet zarfında iş bulmak için teşebbüsât-ı lazimedede bulunduğunu dahi ispat edemeyip şurada burada dolaşan kimselere serseri itlak olunur. Çalışmaya muktedir iken tese’ülü vesile-i maişet ittihaz edenler dahi serseri addolunurlar.”

¹⁹ ÖZBEK Nadir, “İkinci Meşrutiyet İstanbul’unda Serseriler ve Dilenciler” (Serseriler ve Dilenciler) Toplumal Tarih Dergisi, Sa. 64, Nisan 1999, (s. 34-43) s. 34.

²⁰ ÖZBEK, *Serseriler ve Dilenciler*, s. 34.

²¹ **Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi**, Kırkbeşinci İnikat, 11 Mart 1325, Devre: I, Cilt: 2, İçtima Senesi: I, s. 428.

edilerek belli bir istihdamın sağlanması olmuştur²². İstihdam alanları olarak, yol yapım işleri başta olmak üzere çeşitli bayındırlık projeleri ve madencilik sektörü düşünülmüştür. Devlet tarafından belirli yerlerde “ıslahhaneler, gurebahaneler, darüssaylar (iş-evleri), sanayi mektepleri” açılması yerine, dilenci ve serserilerin ağır işlerin bulunduğu yerlere sevk edilmelerinin temel nedeni, kuşkusuz, Osmanlı hazinesinin bu tür kurumsal çözümlere elverişli olmamasıdır²³.

Kanunun 5. maddesinde, belirtilen bu çalıştırmanın, belirlenen ücretin yarısının istihdam edilen idare tarafından verilmesi şartıyla, o belde dâhilinde veya civarında serserinin çalıştırılmasından ibaret olduğu belirtilmiştir. Keza, kalacak yeri olmayanlara bahsedilen idare tarafından kalacak bir yerin gösterileceği ve bu takdirde çalıştırılan serseriye söz konusu ücretin üçte birinin verileceği belirtilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, serseri olduğu mahkeme kararıyla tespit edilen kişiye mahkum edileceği çalıştırma sonucunda belli bir ücret verilecektir.

Serserilere ilişkin bu düzenlemenin ceza kanunda değil de ayrı bir “Serseri Nizamnamesi” adı altında düzenlenmesinin temel nedeni serserilerin cezalandırılması amacından ziyade, serseriye bir bakıma “ıslah” etme, onu “işe alıştırmaya” ve böylece topluma uyum sağlaması yönünde “terbiye etme” amacını taşımasıdır²⁴. Ancak serserilerin bir suçta yönelindikleri hususunda şüphe olduğunda ya da suç unsuru olduğu durumlarda, çeşitli kademelerde değnekle darp, ardından hapis ve sürgün cezası öngörülmektedir.

Çalışma süresini tamamlayan veya belirtilen süre zarfında geçimini sağlayacak bir iş temin eden serseriler serbest bırakılacaktır. Ancak kişinin belirlenen işte çalışmaması veya bu yaptırımın infazından sonra bir yıl içinde tekrar aynı konuma düşmesi yani mükerrer olması halinde, üç aydan bir yıla kadar sürgününe karar verilebilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, serseri kabul edilmeyen on beş yaşını doldurmuş olan çocukların ebeveyni veya kanunen bakmakla yükümlü olan kişiler, çocuğun bu durumdan haberdar olmaları ve şurada burada serseriyane dolaşmalarına müsaade ve müsamaha etmeleri halinde 20 kuruştan 300 kuruşa kadar para cezasıyla cezalandırılırlar (m.16). Ya da buna karşılık yirmi dört saatten on beş güne kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar. Bununla birlikte,

²² Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, s. 429.

²³ ÖZBEK, *Serseriler ve Dilenciler*, s. 34.

²⁴ ÖZBEK, *Serseriler ve Dilenciler*, s. 34.

on beş yaşını doldurmamış olan bu çocuklardan istifade etmek amacıyla dilenmeye sevk ve teşvik edenler de aynı şekilde cezalandırılırlar (m. 17). Bu kişiler bakımından çalıştırma öngörülmemiş olmakla birlikte para cezası veya hapis cezası öngörülmüştür.

Serseri ve dilencilerin takibinden İstanbul Emniyet Müdüriyeti sorumlu tutulmuştur²⁵. Kanunun 4. dördüncü maddesi uyarınca mahkeme tarafından bir şahsın serseri olduğuna karar verildiği takdirde durum savcılık tarafından ilgili Emniyet Müdürlüğüne bildirilmekte ve Emniyet Müdürlüğünün çeşitli birimleri arasında yapılan yazışmalar neticesinde öncelikle İstanbul'da bir devlet işletmesinde (müessesat-ı umumiye) istihdam imkanının olup olmadığı araştırılmakta ve bunun mümkün olmadığı anlaşılmamasıyla Emniyet Müdüriyet-i Umumiyesi durumu taşradaki vilayetler, mutasarrıflıklar ve ilgili vekaletlere bildirip serserinin sevk işlemini gerçekleştirmektedir. Serserilikleri mahkemece tespit edilen ancak istihdam edilmeleri mümkün olmayan dilenci ve serseriler Kanun uyarınca memleketlerine gönderilmektedirler.

1909 tarihli Kanun ile günümüz uygulamasındaki düzenlemeler kıyaslandığında, esasında aynı amaca hizmet etmekle birlikte 1909 tarihli Kanunun uygulama alanı sadece serseri kabul edilenleri kapsayarak daha dar tutulmuştur. Bu Kanunda gönüllülük şartı aranmamış olmasına karşın, bazı hallerde kişinin istediği yerde çalışmasına imkan sağlanmıştır. Bununla birlikte, günümüz düzenlemesinde olduğu gibi yerine getirilmemesi halinde ikame yaptırımlar öngörülmüştür. Ayrıca bu Kanunun uygulaması zabıtaya bırakılmışken, kamu yararına çalışmaya ilişkin kararın yerine getirilmesi günümüzdeki düzenlemelerle gerektiğinde kolluk veya ilgili kurumlarla işbirliği yapmak sureti ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezlerine bırakılmıştır.

“Serseri ve Mazannei Sui Eşhas Hakkında Kanun” uzun süre yürürlükte kalmış, TBMM tarafından kabul edilen 11.07.1963 tarih ve 272 sayılı “Serseri ve Mazannaisu Eşhas Hakkında Kanunun Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır²⁶. Serseriler hakkında ayrıntılı düzenlemeler içeren, onların çalıştırılması yoluyla ıslahını ön planda tutan

²⁵ Arşiv belgelerinden Beyoğlu ve Üsküdar Emniyet Müdürlüklerinin konuyu yakından takip ettiği anlaşılmaktadır. ÖZBEK, **Serseriler ve Dilenciler**, s. 39.

²⁶ 11.7.1963 Tarihli 272 Sayılı Serseri Ve Mazannaisu Eşhas Hakkında Kanunun Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun, Madde 1: “26 Nisan 1325 tarihli Serseri ve mazannaisu eşhas hakkındaki Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.” Resmî Gazete ile yayımı: 20.7.1963 - Sayı: 11459

ve ıslah olmayanlara da ikame yaptırımlar öngören bu kanun hükümlerinin birçoğu, sonraki tarihli mevzuatlarda bu nevi fiillere başka hükümlerin kabul edilmesiyle zaten zımnen ilga edilmiştir²⁷. Bununla birlikte, açıkça ilgasını düzenleyen bu hükümle mesele aydınlatılmış olmaktadır.

II. 765 SAYILI KANUNUN YÜRÜRLÜKTE OLDUĞU DÖNEMDE KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA

A. 765 Sayılı TCK'nın 19 ve 22. Maddesinde Yer Alan Hafif Hapis Cezası Yerine Hükmolunan Çalıştırma Yaptırımı

13 Mart 1926 tarihli ve 320 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde hafif hapis cezası düzenlenmiş, bir günden iki yıla kadar olan cezaların hafif hapis cezası olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 22. maddesinde ise, "hafif hapis yerine çalıştırma" başlığı altında, kanunda belirtilen hallerde hafif hapis cezasının bazı imalathanelerde veya bayındırlık ve belediye işlerinde kullanılmak suretiyle de icra ettirilebileceği ifade edilmiştir. Kanun bu madde ile hafif hapsin çalıştırılmak suretiyle infazını kabul etmiştir. Eğer mahkûm bu çalıştırmanın icrası için hazır bulunmaz veya hizmeti yerine getirmekten kaçınırsa, hafif hapis cezası buna ikame olacaktır. Diğer bir deyişle, mahkum kendisine verilen bu çalışmayı yerine getirmez ise hafif hapis cezası infaz olunacaktır.

Anılan Kanunun 19. maddesinin yedinci fıkrasında da benzer bir düzenlemeye yer verilmiş, hafif para cezasından çevrilen hafif hapsin çalıştırılmak suretiyle infazına karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu madde kapsamında hafif para cezasından çevrilen hafif hapsin, belediye veya kamu hizmetlerinde çalıştırılmak suretiyle infaz edilebilmesi için mahkum olan kişinin bu konuda talebinin olması gerekir. Şayet, hafif para cezasını yerine getirmeyen hükümlünün talebi yoksa, bu ceza hafif hapis şeklinde infaz edilecektir. Doğrudan doğruya verilen hafif hapis cezası yerine çalıştırma (765 sayılı TCK m. 22) ile hafif para cezasından çevrilen hafif hapsin çalıştırılmak suretiyle infazı (765 sayılı TCK m. 19) arasında bazı farlar bulunmaktadır. Kanun'un 19. maddesinin yedinci fıkrasına göre para cezasından çevrilen hafif hapsin çalıştırılmak suretiyle infazında iki günlük hizmet bir gün hafif hapis kabul edilmişken, Kanun'un 22. maddesinde belirtilen hafif hapis

²⁷ GİRİTLİ İsmet/TOSUN Öztekin /ELBİR Halit Kemal, **Mevzuat Kroniği (Amme Hukuku- Ceza Hukuku- Ceza Muhakemesi Hukuku-Medeni Hukuk)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, Sa. 3, Yıl 1963, (s. 738-776) s. 747.

yerine çalıştırılmada bir günlük hizmet süresi bir gün hafif hapis olarak kabul edilmiştir²⁸. Zira 22. maddede iki günlük hizmetin bir günlük hapis cezası olarak kabul edildiğine dair bir kayda yer verilmemiş, doğrudan hafif hapis yerine kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan Kanun'un aynı konuya ilişkin bu iki düzenlemesinde birliğin sağlanamadığı görülmektedir.

Bu iki düzenleme arasındaki diğer bir fark ise mahkûm olan kişinin talebi bakımındandır. Hafif hapis cezası yerine öngörülen çalıştırmada mahkûmun talebi aranmazken, hafif para cezası yerine öngörülen hafif hapis cezası yerine çalıştırmaya hükmedilebilmesi için mahkûmun talebinin bulunması gerekir. Ayrıca, hafif hapsin Kanun'un 22. maddesinde gösterilen şekilde infazına hâkimin karar verebilmesi için, kanunda cezanın bu surette infaz olunacağına dair hüküm bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, hangi suçlar için bu cezanın verileceğinin açıkça düzenlenmiş bulunması gerekmektedir. Bu hükmün mehzazını teşkil eden 1889 tarihli eski İtalya Ceza Kanunu'nda, bu cezanın dilencilik ve sarhoşluk suçları için konulduğu, ancak bu özel düzenlemeler 765 sayılı TCK'ya alınmadığı için bu maddenin karşılığını oluşturacak özel hükmün bulunmadığı belirtilmiştir²⁹.

765 Sayılı TCK'nın hükümlerinin tatbikine ilişkin 825 sayılı Ceza Kanununun Mevkii Mer'iyete Vaz'ına Mûteallik Kanunu'nun 7. maddesine göre, mahkûmun hafif hapis cezası yerine çalıştırılması (765 sayılı TCK m. 22) ile hafif para cezasından çevrilen hafif hapse karşılık çalıştırılması (765 sayılı TCK m. 19) kapsamındaki hizmetleri savcı, ait olduğu dairelerle kararlaştıracaktır. Mahkûmun kendisine gösterilecek hizmeti yerine getirmek için bu konuda tayin olunan günde gelmesi gerekir. Şayet gelmez ise belirtilen ilam hükmü hapis cezası şeklinde infaz edilecektir.

Anılan kanunun 7. maddesinin ikinci fıkrasında mahkûmun çalıştırılmasının karşılığı olarak verilecek ücrete ilişkin açıklamalar yer almaktadır. Söz konusu hükme göre, mahkûmun çalıştırılmasına karşılık, iş gördüren daireden hükümete ait olmak üzere alınacak ücret miktarı mahsus talimatname ile belirlenir. Bu ücretten mahsup olunmak üzere mahkûmun çalıştığı günlere ait iaşesi çalıştıran dairece temin edilir³⁰.

²⁸ GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması** (Gözübüyük Şerhi Cilt I), 4. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 107.

²⁹ GÖZÜBÜYÜK, **Gözübüyük Şerhi Cilt I**, s. 108.

³⁰ TANER Tahir, **Ceza Hukuku-Umumi Kısım-**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayın No:434, İstanbul 1949, s. 608.

Bu hükmün yürürlükte olduğu dönemde, konu hakkında fikir beyan eden Taner, “mahkumun mümkün olduğu kadar cezaevine sokulmamasını, hususiyle hürriyeti bağlayıcı kısa müddetli cezalardan kaçınılmasını icap ettiren düşünceler bakımından kanunun bu hükmünü muvafık ve yerinde bulduğunu, ancak sözü geçen iş ve hizmetlerin grup halinde ve tam bir intizam altında verimli olarak gördürülmesi iktiza ettiğine göre, bunun esaslı surette teşkilatlandırılması gereken bir maslahat olduğu, bu itibarla mevcut şartlara nazaran tatbikatta bundan beklenen neticelerin elde edilebileceğine” inandığını ifade etmiştir³¹.

765 Sayılı TCK’nın 22. maddesi ile hafif hapis cezası yerine düzenlenmiş olan çalıştırma yaptırımına ilişkin hükümler, 16.07.1965 tarihinde 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Buna karşılık anılan kanunun 4. maddesi yürürlüğe konulmuştur³².

B. 765 Sayılı TCK’nın 544. Maddesinde Yer Alan Dilencilik Suçu İçin Hükmolunan Boğaz Tokluğuna Çalıştırılma Cezası

765 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde önce değişiklik yapılan ve daha sonraki bir tarihte yürürlükten kaldırılan 544. maddenin konuya ilişkin önemli bir hüküm olması dolayısıyla ele alınması gerekir.

Dilencilik edenler hakkında boğaz tokluğuna çalıştırılma cezasını düzenleyen bu maddeye göre, çalışmaya gücü olduğu halde dilencilik ederken yakalananlar, bir haftadan bir aya kadar kamu idaresinde ve belediye işlerinde boğaz tokluğuna çalıştırılır.

Şayet kişi, bu cezasını tamamladıktan sonra beş sene içinde yeniden dilencilik suçu işlerse, yani bu suçta tekerrür söz konusu olursa, kamu idarelerinde ve belediye işlerinde on beş günden iki aya kadar boğaz tokluğuna çalıştırılmalarına karar verilir.

Dilencilik eden kişinin 15 yaşından küçük çocuk olması halinde, bu çocuğa dilencilik ettirenler veya çocuğa bakmakla yükümlü olduğu halde dilenmesine müsaade edenler hakkında bir cezalandırma yoluna gidilmiştir. Ancak bu kişiler bakımından boğaz tokluğuna çalıştırma cezası öngörülmemiş, üç aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis ve 100 liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmiştir (765 sayılı TCK m. 545).

³¹ TANER, s. 637.

³² ÖNDER Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi İstanbul 1992, s. 503.

765 Sayılı TCK'nın mehzazını teşkil eden 1889 tarihli eski İtalya Ceza Kanunu ile 1930 tarihli İtalya Ceza Kanunu'nda ise, dilencilik suçu için hapis cezası öngörülmüş olduğu göz önüne alındığında, kanun koyucunun burada mehaz kanundan ayrılmayı uygun gördüğü söylenebilir³³. Ancak bu durum Gözübüyük tarafından eleştirilmiştir. Yazarın ifade ettiği üzere, kanunda kamu hizmetlerinde ve belediye hizmetlerinde boğaz tokluğuna çalıştırılmak hususları öngörülmüş, fakat uygulamada bu şekilde bir yaptırımın müspet bir faydasının görülmediği, hatta bu hükmün uygulanmadığı müşahede edilmiştir³⁴.

765 sayılı Ceza Kanunu'nun Mer'iyet Mevkiine Konmasına Dair Kanun'un 29. maddesinde, sulh mahkemelerinin görevleri belirtilirken, boğaz tokluğuna belediye hizmetlerinde kullanılmak cezasını gerektiren fiillerin temyizi kabil değildir. Kanun'un bu açık anlatımından da anlaşılacağı üzere çalıştırılmanın bir ceza sayılması gerektiği belirtilmiştir³⁵.

Dilencilik suçu için öngörülen boğaz tokluğuna çalıştırma yaptırımına ilişkin bu hüküm, 1959 tarihinde 6123 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Adı geçen değişiklikle dilencilik ederken ilk kez yakalananlar için öngörülen ceza, bir haftadan bir aya kadar hafif hapis, bunun tekerrürü halinde ise bir aydan daha az olmayacak şekilde hafif hapis cezası biçimine getirilmiştir. Boğaz tokluğuna çalıştırmanın bir yaptırım olarak düzenlenmesini eleştiren Gölcüklü, uygulama olanağı olmayan bu düzenlemenin kaldırılarak hafif hapis ve hafif para cezası öngören yeni düzenleme yapılmasını yerinde bulmuştur³⁶.

III. 647 SAYILI CİHK'NIN YÜRÜRLÜKTE OLDUĞU DÖNEMDE KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA

16.07.1965 tarihinde yürürlüğe giren 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun (CİHK) ile 765 sayılı TCK'nın 22. maddesinde düzenlenen hafif hapis cezası yerine uygulanacak olan çalıştırma yaptırımına ilişkin hükümler yürürlükten kaldırılmıştır. Buna karşılık adı geçen kanunun 4. maddesi yürürlüğe konulmuştur.

³³ TANER, s. 650.

³⁴ GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması (Gözübüyük Şerhi Cilt IV)**, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, s. 923.

³⁵ TANER, s. 650.

³⁶ GÖZÜBÜYÜK, **Gözübüyük Şerhi Cilt IV**, s. 924.

Kanunun 3. maddesinde hürriyeti bağlayıcı cezalar tanımlanmış ve sınıflandırılmıştır. Söz konusu hükme göre, altı aya kadar (altı ay dâhil) hürriyeti bağlayıcı cezalar, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar olarak kabul edilmiştir. Kanunun 4. maddesinde, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenek yaptırımlar “Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek cezalar” başlığı altında düzenlenmiştir. Burada dikkate değer olan husus, madde başlığının “uygulanabilecek cezalar” adında düzenlenmesidir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu, seçenek yaptırımlara ilişkin düzenlemeyi ilk etapta ceza niteliğinde kabul etmiştir. Ancak aşağıda belirtileceği üzere, 1712 sayılı Kanun’la bu başlık değiştirilerek “Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirler” şeklinde düzenlenmiştir. Bu cümleden olarak, yapılan düzenlemeyle seçenek yaptırımların hukuki niteliğinin ceza kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Nitekim Dönmezer/Erman da seçenek yaptırımların hukuki niteliği itibariyle bir ceza değil, tedbir olduğu kanaatinde³⁷.

Kanun’un seçenek yaptırımlara ilişkin düzenleme içeren 4. maddesine göre; “*Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine; suçlunun ahvali mahsusasma (kişiliğine) ve suçun işlenmesindeki suret ve şekil hususiyetlerine göre mahkemece, altı ayı geçmemek üzere Devlet, belediye hizmetlerinde ve İktisadi Devlet Teşekküllerinde çalıştırmaya hükmedilebilir.*”

Kanunun tanımı itibariyle çalıştırma yaptırımına hükmedebilmek için, sanığa hükmedilen cezanın altı aydan az olması gerekir. Ancak Kanun bu hükme bir istisna getirmiş, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın uzun süreli olması halinde bile çalıştırma yaptırımına hükmedilebileceğini belirtilmiştir. Ayrıca belirtelim ki, çalıştırma yaptırımına hükmedilebilmesi için sanığın rızası aranmamıştır.

Çalıştırmaya ilişkin bir diğer düzenleme de Kanun’un 5. maddesinde yer almıştır. Anılan madde para cezalarının tespitine ve infazına ilişkindir. Para cezası hükmünü bildiren ilam kesinleşince Cumhuriyet Savcılığına verilir. Cumhuriyet Savcısı bir ay içinde para cezasını ödemesi için hükümlüye usulüne göre bir ödeme emri tebliğ eder. Ödeme gücü olmadığı tespit edilenler hakkında hükmedilen para cezası hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülmez. Bu takdirde mahkum devlet, iktisadi devlet teşekkülleri, belediye ve sair kamu hizmetlerinde bir yılı geçmemek üzere çalıştırılır. Bu durumda hükmedilen para cezası, rayice göre, emsallerine ödenen ücret tutarından hesaplanır.

³⁷ DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II (Cilt II)*, 14. Bası, İstanbul 1997, s. 662-663.

Şayet mahkum çalıştırma esnasında geri kalan parayı öderse tedbir kaldırılır. Çalıştırma süresi para cezasını tamamen karşılamış olursa cezası infaz edilmiş kabul edilir.

647 sayılı Kanun'un 4. maddesi 03.05.1973 tarih ve 1712, 12.06.1979 tarih ve 2248, 21.01.1983 tarih ve 2788,15.04.1987 tarih ve 3355, 07.12.1988 tarih ve 3506 ve ayrıca 4421 sayılı kanunlarla değişikliğe uğramıştır. Bunlardan özellikle 1712 sayılı Kanun önem arz etmektedir. Zira bu kanun ile "altı ayı geçmemek üzere Devlet, Belediye hizmetlerinde, İktisadi Devlet Teşekküllerinde çalıştırma" yaptırımı yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun'un madde gerekçesinde belirtildiği üzere, hürriyeti bağlayıcı ceza yerine devlet, belediye hizmetlerinde ve İktisadi Devlet Teşekküllerinde çalıştırmayı öngören bu hüküm uygulama olanağı bulunmadığı cihetiyle metinden çıkarılmıştır.

Aynı şekilde 1712 sayılı Kanunla, 647 sayılı Kanunun 5. maddesinde öngörülen, para cezasını ödeme güçlüğü içinde olanlara uygulanacak olan para cezası denkleştirilene kadar çalıştırma tedbiri de yürürlükten kaldırılmıştır.

IV. 5237 SAYILI TCK'NIN 50/1 (f) MADDESİNDE YER ALAN KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA

Türk hukukunda kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın esasını bu düzenleme oluşturur. TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince; kısa süreli hapis cezası mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma kavramı, 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105. maddesinin birinci fırfasında tanımlanmıştır. Buna göre, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, hükümlünün ücretsiz olarak bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılmasıdır (CGTİHK, m. 105; DSY, m. 46/1-a). Ceza İnfaz Tüzüğü'ndeki düzenlemeye göre ise bu yaptırım, hükümlünün bir kamu kurumu veya kuruluşunda belirli hizmetlerde çalıştırılmasıdır (CİT, m. 51/6-a).

TCK'nın 50/1 (f) maddesine göre kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına hükmedilebilmesi için öncelikle, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilebilir olması gerekir. Belirtilmelidir ki, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesi mahkemenin takdirine bağlıdır³⁸. Mahkemenin bu konudaki takdir yetkisi iki duruma ilişkindir:³⁹

³⁸ KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Ankara 2014, s. 530.

³⁹ ÖZGENÇ, s. 706.

Bunlardan birincisi, fail hakkında belirlenen kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlardan birine çevirip çevirmemeye ilişkindir; ikincisi ise, mahkemenin seçenek yaptırımlardan birine çevirme konusunda kanaate vardıktan sonra, ayrıca bu cezayı maddede sayılan seçenek yaptırımlardan hangisine çevireceğini takdir etmesidir. Mahkeme her iki husustaki takdir yetkisini suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere bakarak kullanacaktır.

Türk ceza hukukunda seçenek yaptırıma çevirmenin ilk ve objektif nitelikli koşulu cezaya ilişkindir⁴⁰. Türk hukukunda bir cezanın seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi için, genel olarak kısa süreli hapis cezaları olmaları gerekmektedir. Başka bir deyişle, seçenek yaptırıma çevirmenin ilk şartını bir yıl ve daha kısa süreli hapis cezasına mahkûmiyetin varlığı oluşturmaktadır (TCK, m. 49/2 ve m. 50/1). Süreli hapis cezasının, kısa süreli olup olmadığı işlenen suç için kanunda öngörülen cezaya göre değil, somut olayda sonuç cezaya bakılarak belirlenecektir⁴¹. Birden fazla mahkûmiyetin söz konusu olduğu hallerde hapis cezasının süresi belirlenirken toplam cezaya değil, her bir suç karşılığı verilen cezanın süresine bakılmalıdır⁴².

Hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilebilmesi için, hapis cezanın kısa süreli yani bir yıl veya daha az süreli olması yeterli olup, cezanın hangi suç tipi için verildiğinin önemi yoktur⁴³. Bir başka anlatımla, kısa süreli hapis cezasının TCK'nın 50. maddesinde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilmesi için, Kanun tarafından öngörülen veya sayılan bir suç bulunmamaktadır. Bu nedenle, kural olarak herhangi bir suç için belirlenmiş olan kısa süreli hapis cezası, zikredilen seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilir.

Seçenek yaptırıma çevirme için kural olarak bir yıl ve daha az süreli hapis cezasının bulunması gerekmele birlikte, TCK m. 50/4'e göre, bilinçsiz taksirle işlenen suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezalarının adli para cezasına çevrilmesi bakımından, hapis cezasının kısa süreli olması şartı

⁴⁰ ÖZBEK Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı C. I**, 3. Bası, Ankara 2006, s. 547; ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat M./ Bacaksız Pınar/DOĞAN Koray/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, Ankara 2010, Seçkin Yayınları, s. 546.

⁴¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 528.

⁴² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 528.

⁴³ ÇETİN Soner Hamza, **Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar**, Ankara 2011, s. 102.

aranmamıştır. Diğer taraftan, toplum içerisinde infaz edilen ceza hukuku yaptırımlarına çevirme bakımından, taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezalarıyla, kasıtlı suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezaları arasında, hapis cezasının süresine ilişkin bir ayırım yoktur⁴⁴.

Seçenek yaptırıma çevirmenin ikinci ve sübjektif nitelikli koşulunu, hakimın kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlardan birine çevirip çevirmeme hususunda karar verirken, yani takdir yetkisini kullanırken yararlandığı ölçütler oluşturur⁴⁵. TCK sisteminde seçenek yaptırımlara çevirme bakımından dikkate alınacak ölçütler, suçlunun kişiliği, suçlunun sosyal ve ekonomik durumu, suçlunun yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özelliklerdir (TCK, m. 50/1)⁴⁶. Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırıma çevirmenin sübjektif nitelikli şartını oluşturan bu ölçütler, hakimın takdir yetkisinin kapsamını da belirtmektedir⁴⁷.

TCK sisteminde, failin daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması genel koşuluyla, iki halde mahkûm olunan kısa süreli hapis cezasını seçenek yaptırımlara çevirme zorunluluğu bulunmaktadır. Birincisi, “mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezasının” seçenek yaptırımlardan birine zorunlu olarak çevrilmesidir. İkincisi, “fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği” kısa süreli hapis cezasının, seçenek yaptırımlardan birine zorunlu olarak çevrilmesidir. (TCK, m. 50/3).

⁴⁴ MADEN, s. 157.

⁴⁵ ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, **Genel Hükümler**, s. 546; ÖZBEK, **TCK İzmir Şerhi**, s. 547.

⁴⁶ Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında, yargılama sürecinde pişman olduğu gözlemlenen sanığın cezasının, 50. madde yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmemiş olmasını, bozma nedeni olarak kabul etmektedir. “Sabıkasız olan sanıklar hakkında ‘suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık’ durumu irdelenmeden, kişilik özellikleriyle duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurulup, yeniden suç işleyip işlemeyeceği hususunda bir kanaat açıklanmadan ‘Zararın karşılanmamış olması ve suçun tarihi bir binaya karşı ciddi bir ihmâl sonucu işlenmiş olmasından’ bahisle yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile TCK.nun 50. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi...” Yarg. 8. CD, E. 2014/38282, K. 2015/19736, T. 22.6.2015, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8cd-2014-38282.htm> (Erişim Tarihi:02.02.2016)

Burada, dikkat çekici olan husus, duyulan pişmanlığın, yargılama sürecinde gösterilen bir pişmanlık olmasıdır, yoksa sanığın suçun işlenmesinden hemen sonra, pişman olup olmaması veya bu hususu dile getirmiş olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. ÇETİN, s. 90.

⁴⁷ KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 531.

Belirtmek gerekir ki, bu hâllerde, mahkemenin, hapis cezasını seçenек yaptırma çevirme konusunda zorunluluğu var ise de, çevireceği seçenек yaptırımı seçme konusundaki takdir yetkisi devam etmektedir⁴⁸.

Kısa süreli hapis cezasının kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya çevrilebilmesi için gerekli olan genel olarak seçenек yaptırma çevirme şartlarının yanında, özel olarak bazı şartların da gerçekleşmesi gerekir. Kısa süreli hapis cezasının kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya çevrilebilmesi için, ayrıca hükümlü hakkında seçenек yaptırma hükmolunmadan önce, kendisine, mahkeme tarafından önerilen kamuya yararlı işte çalışma seçenек yaptırımını kabul etmesi gerekir. Bu seçenек yaptırımın, sanık tarafından kabul edilmemesi halinde, kişinin kamuya yararlı bir işte çalıştırılması seçenек yaptırımına hükmolunamaz⁴⁹.

Bu yaptırım bizzat failin üzerinden yerine getirileceği için özgürlüğü bağlayıcı ceza ve para cezasından daha fazla kişisel katılımı gerektirmek gibi olumlu bir yöne sahiptir⁵⁰. Alıcı'nın belirttiği gibi, "hükümlünün çalışmaya hazır ve razı olduğu ceza, çok daha etkili ve anlamlıdır"⁵¹. Bu katılım iradesi olmaz ise, cezanın hem infazı daha güç hale gelecek ve hem de sürekli denetimi gerekli kılacaktır; böylece kendisinden beklenen fayda üst düzeyde olamayacaktır⁵². Yine bu onay, hükümlünün rehabilitasyonunun başarısına hizmet edecektir⁵³. Bu itibarla kamuya yararlı bir işte çalıştırma, üstlenilen ödevin icra edilmesine hazır olmayı gerektirdiğinden ve failde yararlı bir şey yaptığı hissini uyandırılabilmesi bakımından, kişinin olurunun alınması önem arz etmektedir⁵⁴.

⁴⁸ ÖZGENÇ, s. 706.

⁴⁹ "5237 sayılı T.C.K.nın 50/1-f maddesi uyarınca, kısa süreli hapis cezasının kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenек yaptırımına çevrilmesinde gönüllülük hususunda sanığın rızasının olup olmadığı sorulmadan karar verilmesi..." Yarg. 3. CD, E. 2015/20015, K. 2015/30607, T. 3.11.2015, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/3cd-2015-20015.htm> (Erişim Tarihi: 02.02.2016)

⁵⁰ ÇETİN, s. 218.

⁵¹ ALICI Burhan, "Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası" (Çalışma Cezası), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Sa. 3, Yıl 2011, (s. 131-164) s. 147.

⁵² CEBRE Ayvaz, **Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı-Compulsory Public Service As a Sanction**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sa. 10, Yıl 3, Temmuz 2012, (s. 687-718), s. 706.

⁵³ ALICI, Çalışma Cezası, s. 147.

⁵⁴ ROXİN Claus, "Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var Mıdır?", (Çeviren: Yener Ünver) Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Claus Roxin'e Armağan, Ankara 2006, (s. 55-70) s. 66.

Sanığın bu konudaki rızasının kapsamını sadece kamuya yararlı bir işte çalıştırmayı kabul etme değil, aynı zamanda sanığın hangi iş yerinde ve hangi işte çalıştırılacağı da oluşturur. Keza sanığın hangi işte çalıştırılacağına ilişkin bir rıza açıklaması söz konusu değilse mahkeme bunu bozma konusu yapacaktır⁵⁵.

Kamuya yararlı bir işte çalışmaya örnek olarak, kamu kurumlarının, park ve bahçelerin, ibadethanelerin, mezarlıkların bakım ve temizlik işleri verilebilir⁵⁶. Yine, taksirle işlenen bir trafik suçu karşılığında, trafik kazası mağdurlarının tedavi edildiği bir hastanede çalışmak örnek gösterilebilir⁵⁷. Eğitim durumu, mesleği ve sosyal statüsü göz önünde bulundurularak kişiye, eğitim ve öğretim faaliyetine katkıda bulunmak şeklinde bir iş yüklenebilir. Örneğin kişi, yaşlı bir bakım yurduna giderek, yurttan barınan yaşlıların istedikleri kitaptan onların dinleyerek anlayabileceği bir tonla ve hızla okumak şeklinde bir iş verilebilir; hatta bakıma muhtaç olan ve talepte bulunan yaşlılara kendi konutlarında bakım hizmeti vermek de, kişiye kamuya yararlı bir iş olarak yüklenebilmelidir⁵⁸.

Ayrıca belirtilmelidir ki, sanığın çalıştırılacağı işin sanığın eğitim durumu, kişiliği sosyal ve ekonomik durumu, suçun işlenmesindeki özellikler gibi hususlar nazara alınarak seçilmesi gerekir. Örneğin, itibarlı bir memuriyeti olan kişi, çöp toplama işinde çalıştırılmayacağı gibi, ilkökul mezunu bir kimse de okuma yazma kurslarında eğitmen olarak çalıştırılmaz⁵⁹.

Bununla birlikte, mahkemece hükmedilecek olan “kamuya yararlı iş”, kamuya yararlı olan ve kamu hizmetini görmeye yönelik olan herhangi bir iş değildir⁶⁰. Bir başka deyişle mahkeme, istediği bir kamuya yararlı işe

⁵⁵ “Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımları düzenleyen 5237 sayılı TCK.nun 50/1-f. maddesinde gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte ücret ödenmeksizin çalıştırılmaya karar verilebileceği belirtilmesine rağmen sanığın rızası alınmadan ve infazda tereddüt yaratacak şekilde hangi iş yerinde çalıştırılacağı belirtilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi...” Yarg. 2. CD, 17.1.2007, 10747/263, ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler Madde 37-75, 2. Cilt**, Ankara 2009, s. 1164.

⁵⁶ ÖZGENÇ, s. 696.

⁵⁷ DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt III (Cilt III)**, 12. Bası, İstanbul 1997, s. 4.

⁵⁸ ÖZGENÇ, s. 696.

⁵⁹ AKKAYA Çetin, **Açıklamalı ve İçtihatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku**, 4. Bası, Ankara 2012, s. 682.

⁶⁰ “Sanık hakkında mala zarar vermek suçundan hükmolunan hapis cezasının tedbire çevrilmesi sırasında, sanığın, “kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına” karar verilmesiyle yetinilmesi

hükmedemeyecektir⁶¹. Mahkeme bu konuda geniş bir takdir yetkisine sahip değildir. Mahkeme ancak her yıl aralık ayında oluşturularak Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilen hizmetler listesindeki hizmetlerden birine hükmedebilecektir (DSHY m. 51)⁶².

CGTİHK'nın 105. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, denetimli serbestlik ve yardım merkezleri, bölgelerinde bulunan ilgili kurumlardan hükümlüleri ne suretle çalıştırabileceklerine dair bilgi alırlar ve hizmetler listesini oluştururlar. Bu listeler mahkemelere verilir. Mahkeme, bu listelerden uygun gördüğü hizmeti ve süresini hükümlüye önerir ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatır⁶³.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırılma yaptırımı kapsamında, kişiye herhangi bir ücret ödenmeyecektir. Kamuya yararlı işte çalışma dolayısıyla CGTİHK'nın 105. maddesinin birinci fıkrasında ve CİT'nin 51/6. maddesinin (a) bendinde belirtildiği üzere, kamuya yararlı bir işte “ücretsiz çalıştırma” söz konusudur. Keza sanığın ücret karşılığı çalıştırılmasına karar verilmiş ise,

gerektiği gözetilmeden, infazı kısıtlayacak şekilde, “Konya il sınırları dahilinde faaliyet gösteren sosyal bir kamu kuruluşunda çalıştırılmalarına” karar verilmesi...” (Yarg. 6.CD'nin 05.05.2010 tarih ve 12247/5775 sayılı kararı) AKKAYA, s. 720.

⁶¹ “Sanığın hakkında verilen kısa süreli hapis cezasının TCY'nin 50/1-f maddesi uyarınca kamuya yararlı bir işte çalıştırılma seçenek yaptırımına çevrilmesini talep etmesi karşısında, 5275 sayılı Ceza Güvenlik ve Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasanın 105/2 ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 51/6-b maddelerinde öngörülen prosedür uyarınca, denetimli serbestlik ve yardım merkezlerinde bölgede bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında hükümlülerin ne suretli çalıştırabileceklerine dair alınan bilgiler üzerine oluşturulup mahkemelere verilen hizmetler listesinden mahkemece uygun görülen hizmet ve süresinin sanığa açıkça teklif edilmesi ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunun hatırlatılması gerektiği gözetilmeden, doğrudan “2 ay 15 gün süreyle bir kamu hizmetinde temizlik işinde çalıştırılmasına” karar verilmesi...” (Yarg. 4.CD'nin 20.04.2011 tarih ve 1891/5423 sayılı kararı) AKKAYA, s. 719.

⁶² “Mahkum olduğu kısa süreli hapis cezası 5237 sayılı TCK 50.maddesinin 1.fıkrası (f) bendi uyarınca tedbire çevrilen sanığın 5275 sayılı CGTİK 105/2.maddesi uyarınca denetimli serbestlik yardım merkezlerince, bölgelerinde bulunan, bu tür kurumlara ilişkin mahkemeye liste verilmediğinden, mahkum olduğu cezanın yarısından bir katına kadar süreyle kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, “büro(ofis)hizmetleri alanında” çalıştırılmasına karar verilmek suretiyle infazı kısıtlayacak şekilde hüküm kurulması...”(Yarg. 4. CD'nin 28.12.2011 tarih ve 29014/25676 sayılı karar) AKKAYA, s. 717.

⁶³ “Ancak;1-TCY'nin 50/1-f maddesinde öngörülen kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımının gönüllülük koşuluna bağlandığı ve CGTİHY'nin 105/2 maddesi uyarınca denetimli serbestlik ve yardım merkezince oluşturulacak listeden mahkemenin uygun gördüğü hizmetin ve süresinin sanığa önerilmesi ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunun hatırlatılması gerektiğinin gözetilmemesi...” (Yarg. 4. CD'nin 14.12.2011 tarih ve 25152/23979 sayılı kararı) AKKAYA, s. 717.

mahkeme bunu bozma konusu yapacaktır⁶⁴. Ayrıca diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde kamu yararına çalışma kararı verilemez⁶⁵.

TCK'nın 50. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere hükümlünün çalışacağı kurumda kadrolu olması da söz konusu değildir. Yine, “kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına karar verilen hükümlülere, çalıştıkları sürece haklarında, 17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun ilgili hükümleri uygulanmaz” (DSY, m. 48/8)⁶⁶.

TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince; kısa süreli hapis cezası, “... mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar sureyle...” kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya çevrilebilir. Bir katına kadar ibaresinden ne anlaşılması gerektiği hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, gerek belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklama seçeneği yaptırımını ve gerekse TCK'nın 50/1 (e) maddesinde düzenlenen ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma seçeneği yaptırımları için yapılan açıklamalar da dikkate alınarak ve benzer biçimde, buradaki “bir katına kadar” biçimindeki ibareyi (1+1) olarak anlamak gerekir⁶⁷. Yani hükümlünün kısa süreli hapis cezası mesela bir yıl ise bu süre “en az altı ay en fazla bir yıl” değil, “en az altı ay en fazla iki yıl” olarak anlaşılmalıdır.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise; Kanun, “...tedbirin süresi mahkûm olunan hapis cezasının yarısından bir katına kadar (hükmedilen hapis cezası) kadardır...” demekle, üst sınır olarak mahkûm olunan hapis cezasının miktarının esas alınması gerektiğini bildirmektedir⁶⁸.

⁶⁴ “Kısa süreli hapis cezasına seçeneği yaptırımları düzenleyen 5237 sayılı TCK'nun 50/1-f. Maddesinde, gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte ücret ödenmeksizin çalıştırılmaya karar verilebileceği belirtilmesine rağmen, sanığın rızası alınmadan yazılı şekilde sanığın (E) Belediyesi'nde ücret karşılığı çalıştırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yarg. 2. CD, 05.10.2006, 1616/16026, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, **Madde 37-75**, s. 1164.

⁶⁵ “5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 105/3.madde ve fıkrasında yer alan “Diğer bir hapis cezasına hükmedildiğinde kamu yararına çalışma kararı verilemez” şeklinde düzenleme karşısında,5237 sayılı TCK'nın 86/1, 86/3-e, 87/1-d-son, 29, 62. madde ve fıkraları uyarınca 1yıl 13 ay hapis cezasına mahkum edilen sanık hakkında,6136 sayılı Yasanın 15/1, TCK'nın 62. maddeleri uyarınca tayin olunan 5 ay hapis cezasının TCK'nın 50/1-f maddesine göre kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezasının yarısı oranında 2,5 ay gönüllü olmak koşulu ile kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya çevrilmesine karar verilemeyeceğinin gözetilmemesi”, (Yarg. 8. CD'nin 03.02.2011 tarih ve 2010/11127-2011/716 sayılı kararı), AKKAYA, s. 684.

⁶⁶ ÇETİN, s. 226.

⁶⁷ ÇETİN, s. 225; CEBRE, s. 711.

⁶⁸ ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Caner, **Ceza Hukuku Genel**

Yargıtay özel Dairelerinin istikrar kazanmış uygulamalarına göre; kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın süresinin, sanık hakkında hükmolunan sonuç hapis cezasının yarısı ile bir katına kadar olan bir süre olduğu ve bir katından da hükmolunan sonuç hapis cezasının kendisinin anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir⁶⁹.

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 59/1. maddesine göre kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infaz süresi, saat hesabıyla belirlenir. Bir gün dört saat olarak hesap edilir. Hesaplama, mahkeme kararında yer alan gün sayısı dört saat ile çarpılarak toplam çalışma süresi saat olarak belirlenir. Hükümlü günde en az iki, en çok sekiz; haftada en az on, en çok kırk saat çalıştırılır. Yaptırımın infazının tamamlanma süresi, mahkemece verilen toplam ceza süresinin iki katını geçemez. Yönetmeliğin 59/2. maddesine göre ise, hükümlünün çalışacağı gün ve saatler şube müdürlüğü veya büroca kendi işi, aile veya eğitimi ve yaşamı gibi özellikler dikkate alınarak belirlenir.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımının infazı CGTİHK'nın 105. maddesine göre yapılır. Söz konusu maddeye göre denetimli serbestlik ve yardım merkezleri, bölgelerinde bulunan bir kamu kurumundan veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluştan hükümlüleri ne suretle çalıştırabileceklerine dair bilgi alırlar ve hizmetler listesini oluştururlar. Bu listeler mahkemelere verilir. Mahkeme, bu listelerden uygun gördüğü hizmeti

Hükümler (Genel Hükümler), 8. Bası, Ankara 2014, 714.

⁶⁹ “TCK'nın 50/1-f maddesinde düzenlenen seçenek yaptırımın süresinin, sanık hakkında hükmolunan sonuç hapis cezasının yarısı ile bir katına kadar olan bir süre olduğu ve bir katından da hükmolunan sonuç hapis cezasının kendisinin anlaşılması gerektiği gözetilerek TCK'nın 142/1-f,168/1 ve 62. maddeleri uyarınca sanık hakkında 6 ay 20 gün hapis cezası belirlenmiş olması karşısında, TCK'nın 50/1. maddesindeki seçenek yaptırımın süresinin de belirlenen 6 ay 20 gün hapis cezasının yarısı olan 3 ay 10 gün ile bir katı olan 6 ay 20 gün arasında takdir edilecek bir süre olması gerektiği gözetilmeden, 1 yıl süre ile seçenek yaptırımın uygulanmasına karar verilerek fazla ceza tayini...” (Yarg. 2.CD'nin 19.09.2011 tarih ve 57843/33904 sayılı kararı) AKKAYA, s. 692.

“5237 sayılı TCK'nın 50/1-f maddesine göre, kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre, mahkum olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalışma tedbirine çevrilebileceğinin hüküm altına alındığı, bu düzenleme gereğince sanık hakkında hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza, seçenek yaptırımlardan olan kamuya yararlı bir işte çalışma tedbirine çevrilmesi durumunda bu sürenin, mahkum olunan cezanın yarısından az olamayacağı gibi, hükmedilen 5 ay hapis cezası süresini geçemeyeceği de gözetilmeden 10 ay süreyle kamuya yararlı bir işte çalışma tedbirine hükmedilmesi...” (Yarg. 12.CD'nin 02.11.2011 tarih ve 5443/4246 sayılı kararı) AKKAYA, s. 726.

ve süresini hükümlüye önerir ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatır⁷⁰.

Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrildiği ve bu yaptırımın gereğinin yerine getirilmediği hallerde ne şekilde hareket edileceği kanunda gösterilmiştir. TCK'nın 50. maddesinin 6. fıkrasına göre, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesine ilişkin hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir⁷¹. Diğer bir ifadeyle hapse tahvil söz konusu olacaktır⁷².

Hapis cezasının merkezde olduğu bu sistemde seçenek yaptırımlar, kendisinden evvel verilen hapis cezasından çevrilmekte ve seçenek tedbirlerin koşullarına uyulmaması hâlinde asıl cezaya geri dönülerek hapis cezasının kısmen veya tamamen infazına karar verilmektedir. Seçenek yaptırımın gereklerine aykırılığın karşılığı, sadece hapis cezasının infaz edilmesiyle kalmamakta, hukukî sonuçlar bakımından da hapis cezasına geri dönülmektedir⁷³.

TCK m. 50/7'ye göre; "Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir." Bu itibarla, kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak uygulanan tedbirin yerine getirilememesi halinde, bu tedbir maddede öngörülen diğer bir seçenek tedbire çevrilebilecek, ancak bu tedbirler dışındaki bir yaptırıma, yani adli para cezasına çevrilemeyecektir⁷⁴. Böyle bir durumda hâkimin başka bir tedbire çevirip çevirmeme konusunda takdir hakkı yoktur⁷⁵.

Hükmolunan seçenek yaptırımın yerine getirilememesinde, başlangıçtan beri var olan bir sebep ile daha sonra ortaya çıkan bir sebep arasında fark gözetilemez; her iki durumda da, seçenek yaptırımın değiştirilmesine karar verilmesi gerekir⁷⁶. Örneğin, TCK'nın 50/1 (f) maddesi gereğince hükümlünün

⁷⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 538.

⁷¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 539.

⁷² ÇETİN, s. 264.

⁷³ MADEN, s. 183.

⁷⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 540.

⁷⁵ MADEN, s. 187.

⁷⁶ ÇETİN, s. 282.

kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına hükmolunmuş, ancak hükmün henüz infazına başlanmadan hükümlünün çalışamayacak derecede bir rahatsızlığı ortaya çıkmış ise, bu durumda kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın başka bir tedbire değiştirilmesine karar verilmesi gerekir.

V. 5275 SAYILI CGTİHK MADDE 105/4'TE YER ALAN KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun (CGTİHK) 105. maddesinin 4. fıkrasında hapis cezasının bir bölümünün ceza infaz kurumunda yerine getirildikten sonra, kalan bölümün “kamuya yararlı bir işte çalışarak” tamamlanabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, “*iki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlde geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin ya da Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilecektir.*”

Hükümlülerin infaz aşamasında kamuya yararlı bir işte çalıştırılabilmesi için dört koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. İlk olarak, mahkemece verilen hapis cezası iki yıl veya daha az süreli olmalıdır. Burada önemli olan mahkemece verilen sonuç cezadır. İki yıldan fazla hapis cezalarında kamuya yararlı bir işte çalıştırma infaz usulü uygulanamamaktadır.

İkinci şart ise, hükümlünün hapis cezasının infazına ceza infaz kurumunda başlanmalıdır.

Üçüncü şart ise, hükümlülük süresinin yarısı iyi hâlde geçirilmiş olmalıdır. Bu husus “hükümlülük süresinin yarısı” ve “iyi hal” olarak iki ayrı bölümde incelenebilir. Hükümlülük süresinin yarısından anlaşılması gereken, mahkemece verilen ceza süresinin yarısıdır. Örneğin; mahkemece iki yıl ceza verilmesi halinde, bir yılın ceza infaz kurumunda geçirilmesi gerekmektedir⁷⁷. İyi halden anlaşılması gereken ise, ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyulması, haklarını iyi niyetle kullanması, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmesi ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare ve gözlem kurulunca saptanmasıdır

⁷⁷ KAMER Vehbi Kadri, “5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Yüzbeşinci Maddesinde Yer Alan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma”, Adalet Dergisi, Sa. 33, Yıl Ocak 2009, Ankara, (s. 32-40) s. 34.

(GTİHK m. 89, Tüzük m. 133/1). İyi halli olmayan hükümlüler hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma infaz usulü uygulanmamaktadır. Son olarak ise, hükümlünün, kanuni temsilcisinin ya da Cumhuriyet Başsavcılığının talebi bulunmalıdır.

Hapis cezasının infazı aşamasında hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma verilen hükümlünün, mahkeme kararında belirtilen çalışma esasları ile rejimlere uymaması halinde geri kalan ceza aynen çektirilecektir (CGTİHK m. 105/5). Şayet hükümlü bu yükümlülüklerini yerine getirirse cezası infaz edilmiş sayılır.

CGTİHK'nın 105/4. maddesinde yer alan infaz aşamasında kamuya yararlı bir işte çalıştırma, üçüncü bölümde ayrıntılı bir şekilde açıklanacak olan TCK m. 50/1 (f)'deki kamuya yararlı bir işte çalıştırma seçenek yaptırımına benzer bir düzenlemedir. TCK m. 50/1 (f) ile CGTİHK 105/4. maddelerin esas itibarıyla farklı müesseseler olduğu konusunda değerlendirmeler olduğu⁷⁸ gibi, aynı müesseseler olduğu⁷⁹ da savunulmaktadır. Kanaatimizce, bu iki müessesenin birbirine benzerliği şekli olup esas itibarıyla birbirinden farklıdır. Bu farklılıklar kısaca şöyle özetlenebilir: TCK m. 50/1 (f)'daki düzenleme kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yerine kendisine başvurulmuş bir seçenek yaptırımdır. Bu seçenek yaptırımı başvurulması yargılama aşamasında ve cezanın belirlenmesi safhasında olmaktadır. Bu bir cezanın şahsileştirilmesi işlemidir ki; TCK'nın 50/1. maddesi gereğince suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre yapılacaktır. Oysa CGTİHK'nın 105/4. maddesinde yer alan düzenlemeye infaz aşamasında başvurulabilecek ve cezası bir yıl veya daha az kalmış olan hükümlünün istemi üzerine mahkûmiyet süresinin geriye kalan kısmını kamuya yararlı bir işte çalıştırılarak geçirebilmesine imkan tanınacaktır. Burada esas itibarıyla iki yıldan daha fazla olmayan bir hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı söz konusudur. Bu cümleden olarak CGTİHK'nın 105/4. maddesinde yer alan düzenleme bir seçenek yaptırım uygulaması değil, bir infaz usulüdür⁸⁰.

⁷⁸ MADEN, s. 212; ÇETİN, s. 227; CEBRE, s. 713.

⁷⁹ ALICI Burhan/BEYENS Kristel, "Belçika Hukukunda Kamu Yararına Çalışma Yaptırımından Çalışma Cezasına (Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı İnceleme)", Adalet Dergisi, Yıl 2012, Sa. 43, (s. 13-55) s. 30; ÖZBEK/KANBUR/BACAĞIZ/DOĞAN/TEPE, Genel Hükümler, s. 555-556.

⁸⁰ MADEN, s. 212.

Kamuya yararlı bir işte çalışarak cezasının infaz edilmesini hükümlünün istemesi yeterli değildir, buna mahkemece karar verilmesi gerekir. Madde metninde mahkeme için “karar verilebilir” denildiğinden burada mahkemenin bir takdir hakkının bulunduğu açıktır. Çetin’in de belirttiği gibi, mahkeme ise bu takdir hakkını TCK’nın 50. maddesinin birinci fıkrasında yazılı olan kriterlere göre kullanamaz⁸¹. Zira bu kriterler tamamen cezanın belirlenmesine ilişkindir. Burada ise belki mahkemece hükümlünün cezasının infaz edilen kısmındaki tutum ve davranışlarına bakılması vereceği kararda bunları tartışması daha yerinde olacaktır.

TCK’nın 50/1 (f) maddesi açısından cezanın tespiti söz konusu olduğundan, buna ilişkin kararlar açısından asıl olan temyiz (bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçmesinden sonra istinaf) kanun yolu iken, CGTİHK’nın 105/4 maddesi bakımından infaz aşamasına ilişkin bir karar söz konusu olduğundan kanaatimizce böyle bir karar temyiz edilemez yalnızca itiraza konu edilebilir⁸².

Her iki müessese bakımından en önemli fark sonuçları bakımından ortaya çıkmaktadır. TCK’nın 50/1 (f) maddesi gereğince verilen hüküm açısından uygulamada asıl mahkûmiyet TCK’nın 50/5 maddesi gereğince seçenek yaptırımdır (ya da kanundaki terim bakımından tedbirdir); oysa CGTİHK’nın 105/4 maddesi gereğince mahkûmun kamuya yararlı bir işte çalıştırılarak infaz edilecek olan hapis cezasına rağmen uygulamada asıl mahkûmiyet yine hürriyeti bağlayıcı cezanın kendisidir⁸³. Dolayısıyla ceza hapis cezası olarak infaz edilmiş sayılacaktır.

Ayrıntılarıyla ele alınmış olan bu düzenleme, 11 Nisan 2012 tarihli ve 28261 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5 Nisan 2012 tarihli ve 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu uygulama yerine, Kanuna eklenen 105/A maddesi ile “denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı” getirilmiştir⁸⁴.

⁸¹ ÇETİN, s. 228.

⁸² ÇETİN, s. 228.

⁸³ ÇETİN, s. 228.

⁸⁴ Tasarının gerekçesi ve adalet komisyonu raporunun yer aldığı metin, ilgili fıkraları yürürlükten kaldıran 6291 sayılı kanunun 3.madde gerekçesi de fıkraların kaldırılmasını şu şekilde açıklamıştır:

“5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 105 inci maddesinin

VI. 5275 SAYILI CGTİHK'NIN 105/A MADDESİNDE YER ALAN KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA

5 Nisan 2012 tarihli ve 6291 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesinde Kanun'a eklenen 105/A maddesi ile denetimli serbestlik ceza infaz usulü getirilmiştir. Denetimli serbestlik ceza infaz usulü, denetimli serbestlik ceza adalet sisteminin hükümden sonra hapis cezasının infazı yerine devreye giren bir türüdür⁸⁵. Bu usul esasında koşullu salıverilmenin şartlarının genişletilmiş, ancak denetim olarak ise ağırlaştırılmış halini oluşturmaktadır.

Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılmasına karar verilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle belirtilmelidir ki, hükümlünün denetimli serbestlik infaz usulünden faydalanabilir olması gerekir.

CGTİHK'nın 105/A maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre, denetimli serbestlik infaz usulünden faydalanmanın ve dolayısıyla koşullu salıverilme tarihine kadar kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılmasına karar verilebilmesinin ilk şartı, hükümlünün cezasının açık ceza infaz kurumunda infaz ediliyor olmasıdır. Ancak hükümlü, açık ceza infaz kurumunda kalmaya hak kazanmış ve kendisinden kaynaklanmayan şartlardan dolayı açık ceza infaz kurumuna geçmesi gerekirken kapalı ceza infaz kurumunda kalmaya devam ediyorsa, bu infaz usulünden aynı şekilde faydalanabilecektir⁸⁶.

Denetimli serbestlik infaz usulünden yararlanmanın ikinci şartı, hükümlünün açık ceza infaz kurumunda altı ay kesintisiz olarak kalmasıdır. Açık ceza infaz kurumunda altı ay kesintisiz kalma şartı, hükümlülerin ceza infaz kurumunu kısa bir süre de olsa görmesi, bu sayede hem hükümlünün iyi

dördüncü ve beşinci fıkralarında, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler için, koşullu salıverilme tarihinden önce, hükümlülerin erken salıverilmesini öngören, takdire bağlı farklı bir sistem öngörülmüştür. Yapılan yeni düzenlemeyle, bu sistem genişletilerek, "cezaların denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazı" şeklinde alternatif bir infaz şekli oluşturulmaktadır. Bu nedenle anılan Kanunun 105 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır." <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss207.pdf> (ET: 02.01.2016)

⁸⁵ TURHAN Faruk/ALTİKAT Abdurrahim, "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları", Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 2, Yıl 2012, (s. 1-46) s. 10.

⁸⁶ TURHAN/ALTİKAT, s. 17.

halinin tespitinin sağlanması hem de açık ceza infaz kurumunda özgürlüğün kıymetini anlaması için öngörülmüş bir şarttır⁸⁷.

Denetimli serbestlik yoluyla cezaların infazı usulünden yararlanabilmek için üçüncü şart, hükümlünün koşullu salıverilmesine 1 yıl veya daha az süre kalmış olmasıdır. Dolayısıyla bu infaz usulünden faydalanan hükümlü, koşullu salıverilmesine kadar bir yıl veya daha az olan süreyi denetimli serbestlik infaz usulünden faydalanmak suretiyle, koşullu salıverilme sürecinin başlamasından sonraki süreyi ise koşullu salıverilme kapsamında geçirecektir.

Dördüncü şart, hükümlünün açık ceza infaz kurumunda geçirdiği süreyi iyi halli olarak geçirmiş olmasıdır. Beşinci şart ise, belirtilen dört şartı taşıyan hükümlünün denetimli serbestlik infaz usulünden yararlanmak için talepte bulunmasıdır. Denetimli serbestlik ceza infaz usulünün uygulanabilmesi için hükümlünün, dilekçeyle ceza infaz kurumu idaresine başvurması gerekmektedir. Ceza infaz kurumu idaresi başvuruyu yukarıdaki şartlar açısından inceleyecektir. Süre şartlarının uygunluğunu ve hükümlünün iyi halini tespit eden ceza infaz kurumu idaresi, hükümlü hakkındaki dosyayı denetimli serbestlik ceza infaz usulü kararı verecek olan infaz hâkimine gönderecektir.

Hükümlünün iyi halli olması ve değerlendirme raporuna göre suç işleme, mağdura veya topluma zarar verme riskinin bulunmaması durumunda infaz hâkiminden talebin kabulüne, aksi halde reddine karar vermesi istenir (DSHY m. 78 f. 3). Hakkında denetimli serbestlik ceza infaz usulünün uygulanmasını talep eden hükümlünün talebi reddedilirse, hükümlü, bu işlemi öğrendiği tarihten itibaren on beş gün, her halde işlemin yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde infaz hâkimine şikâyet hakkını kullanabilir (DSHY m. 78 f. 2).⁸⁸

⁸⁷ TURHAN/ALTİKAT, s. 23.

⁸⁸ Denetimli serbestlik ceza infaz usulünün uygulanmasında bazı hükümlülere ilişkin olarak düzenlemeler getirilmiştir. Çocuk eğitim evindeki, çocuk hükümlüler için, CGTİHK m. 105/A'nın birinci fıkrasının (b) bendinde, genel şartlarda incelemiş olduğumuz hükümlülerin denetimli serbestlik ceza infaz usulünden faydalanmaları için gereken açık ceza infaz kurumunda altı ay kesintisiz olarak kalma şartı aranmamıştır. Bunun yerine, çocuk hükümlülerin cezalarının bir bölü beşini çocuk eğitimevinde geçirmeleri şartı kabul edilmiştir. Bu durumda, koşullu salıverilmesine bir yıl kalan ve cezasının beşte birini çocuk eğitimevinde geçiren çocuk hükümlüler, diğer şartları da taşımaları halinde, denetimli serbestlik ceza infaz usulünden faydalanacaklardır.

CGTİHK m. 105/A'nın üçüncü fıkrasının (a) bendinde çocuğu bulunan kadın hükümlülerin denetimli serbestlik ceza infaz usulünden faydalanabilmelerine ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükmeye göre, 0-6 yaş arasında çocuğu bulunan kadın hükümlülerin,

Belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, denetimli serbestlik ceza infaz usulünde hükümlünün ne şekilde denetleneceğini düzenleyen söz konusu maddenin 5. fıkrasına göre, hükümlü kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılabilir. Belirtmek gerekir ki, hükümlü bu fıkarda belirtilen yükümlülüklerden⁸⁹ birine tabi tutulabileceği gibi, birden fazlasına da tabi tutulabilir. Ancak buna ilişkin kararı, denetimli serbestlik müdürlüğü verecektir. Ayrıca hükümlünün risk ve ihtiyaçları dikkate alınarak yükümlülükleri değiştirilebilir.

Kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yükümlülüğünün ayrıntıları ise DSHY'nin 84. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddeye göre, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü, hükümlünün kurallara uyma becerisi ve çalışma disiplini kazanmasını, başkalarının haklarına saygı göstermesini, zamanı planlamasını, bir meslek edinerek kendi işini kurmasını veya bir iş edinmesini amaçlayan, iyileştirme ve topluma kazandırmayı esas alan bir yükümlülüktür.

DSHY'nin 83. maddesinin 3. fıkrasında belirtildiği üzere, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar verilen her hükümlü hakkında kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırma yükümlülüğünün uygulanmasına karar verilir.

denetimli serbestlik ceza infaz usulünden faydalanabilmeleri için diğer şartları da taşıması halinde koşullu salıverilmelerine iki yıl veya daha az süre kalması yeterlidir.

Denetimli serbestlik ceza infaz usulünün uygulanması için özel şart uygulanacak bir diğer hükümlü grubu ise ağır hasta hükümlülerdir. CGTİHK'nın 105/A maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde, maruz kaldıkları ağır bir hastalık, sakatlık veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen hükümlülerin koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalması durumunda açık ceza infaz kurumuna ayrılmaları öngörülmüştür.

İfade edilmelidir ki, belirtilen bu istisnai hükümler özellikle çalışmaya elverişli olmayan kişiler bakımından getirilmiştir. Bu cihetle bu hükümlülere denetim süresi içinde kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü verilmesi kurumun amacına uygun düşmeyecektir.

DSHY'nin 84. maddesinin 8.fıkrasında bu husus ayrıca belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, on sekiz yaşından küçük olan ve suçta sürüklenen çocuklar ile sıfır-altı yaş arasında çocuğu bulunan kadınların bu durumları devam ettiği sürece haklarında kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü uygulanamayacaktır. Yine aynı maddenin 9. fıkrasına göre, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü, altmış yaş ve üstüdeki hükümlüler, hayatlarını yalnız başına idame ettiremeyen hükümlüler ile doğumuna on hafta kalan hamile kadın hükümlüler hakkında uygulanmayacaktır.

⁸⁹ “a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması, b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması, c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi, d) Belirlenen programlara katılması”

DSHY’de bu yükümlülüğün her hükümlü hakkında uygulanması zorunlu olarak tespit edilmekle birlikte, bu hususta bazı istisnalara da yer verilmiştir. DSHY’nin 84. maddesinin 7. fıkrasına göre; hükümlünün çalışmasına engel bir sağlık problemi olduğunu, örgün eğitime devam ettiğini, bir iş sözleşmesine dayanarak çalıştığını, kendi işini kurduğunu ve işlettiğini belgelendirmesi ve bu nedenle kamuya yararlı işte çalışma yükümlülüğünün kaldırılmasını talep etmesi durumunda gerekirse kamuya yaralı bir işte ücretsiz çalıştırma yükümlülüğüne ara verilmesine karar verilecektir. Ancak uygulamada, denetimli serbestlik ceza infaz usulünden faydalanan hükümlülerin ücretsiz olarak çalıştırılabileceği işyerini bulmada sıkıntı çekildiği için, belirtilen şartları belgeleyen her hükümlünün bu yükümlülüğü ertelenmektedir⁹⁰.

Çalıştırılacak iş belirlenirken; hükümlünün iyileştirilmesi, mesleği, becerileri, mağdurun ve toplumun güvenliği dikkate alınır. Çalıştırılacak gün ve saatler, hükümlünün işi, aile yaşamı veya eğitimi dikkate alınarak belirlenir. Hükümlünün çalıştığı iş, kurum veya yer denetimli serbestlik müdürlüğüne değiştirilebilir. (DSHY m. 84/6)

Yükümlülüğün infazı, hükümlünün müdürlüğe başvurmasından itibaren on gün içinde başlatılır ve belirlenen sürenin sona ermesiyle, her halde koşullu salıverme süresinin tamamlanmasıyla sona erer (DSHY m. 84/2). Kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yükümlülüğü, denetimli serbestlik ceza infaz usulünün uygulandığı toplam sürenin en fazla üçte biri kamuya yararlı bir işte çalışmak suretiyle yerine getirilecektir. Örneğin, denetimli serbestlik ceza infaz usulünden yararlanan hükümlünün koşullu salıverilmesine dokuz ay kala ceza infaz kurumundan çıkmış olması durumunda, hükümlünün en fazla üç ay kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırılması söz konusu olacaktır⁹¹. Ayrıca hükümlünün günde en fazla dört saat, haftada ise yirmi saat çalıştırılmasına karar verilebilecektir. Ancak bu süreler içerisinde kalmak şartı ile hükümlü hafta sonları da çalıştırılabilir.

Ayrıca ele alınması gereken bir husus da denetimli serbestlik ceza infaz usulü olarak uygulanan kamuya yararlı çalıştırma yükümlülüğü ile seçenek yaptırım olarak uygulanan kamuya yararlı bir işte çalıştırma arasındaki ayrımın yapılmasıdır.

Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak uygulanan kamuya yararlı bir işte çalıştırma, yargılamayı yapan hakim tarafından, sanık hakkında

⁹⁰ TURHAN/ALTIKAT, s. 36.

⁹¹ TURHAN/ALTIKAT, s. 37.

hükmedilen bir yıl veya daha az hapis cezası yerine geçen bir seçenek yaptırım şeklidir. Ancak denetimli serbestlik ceza infaz usulü, infaz hâkimi tarafından hükmedilen, hapis cezasının infazına alternatif oluşturan bir kurumdur⁹².

VII. 5275 SAYILI CGTİHK'NİN 106/3. MADDESİNDE YER ALAN KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA

18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanununun 81. maddesi ile 5275 sayılı CGTİHK'nın 106/3ve 106/8 fıkraları değiştirilmiştir. Söz konusu madde adli para cezalarının infazına ilişkindir. Adli para cezası, TCK'nın 52. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. Adli para cezasını içeren ilâm Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Cumhuriyet savcısı otuz gün içinde adli para cezasının ödenmesi için hükümlüye 20. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emri tebliğ eder.

Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir.

Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir.

Hükümlü, hapis yattığı veya kamuya yararlı işte çalıştığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır veya kamuya yararlı işte çalıştırılma sona erer (m. 106/8).

İnfaz edilen hapsin veya kamuya yararlı işte çalışmanın süresi, adli para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığınca mahallin en büyük mal memuruna verilir. Bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre kalan adli para cezası tahsil edilir (m. 106/11).

⁹² TURHAN/ALTIKAT, s. 10.

VIII. TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÜCRETLİ OLARAK ÇALIŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TCK'nın 50/1 (f) maddesinde yer alan kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yaptırımından farklı olarak, TCK'nın 51/4 (b) maddesinde, CGTİHK'nın 107/7 maddesinde ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 231/8-b maddesinde, esas itibariyle ücretli çalıştırma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, Türk ceza adaleti sisteminde kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırmadan farklı olarak, hapis cezasının infazının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumlarında ücretli çalıştırma yükümlülüğüne yer verilmiştir.

A. 5237 Sayılı TCK'nın 51/4 (b) Maddesinde Yer Alan Ücretli Çalıştırma Yükümlülüğü

TCK'nın 51/4 (b) maddesi gereğince, cezası ertelenen ve hakkında bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere bir denetim süresi belirlenen hükümlü hakkında, bir meslek veya sanat sahibi olmak koşuluyla, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilebilir.

Buna göre, hükümlü hakkında ücretli çalıştırma yükümlülüğüne karar verilebilmesi için, öncelikle kişi hakkında hükmolunan hapis cezasının ertelenmesi gerekir. Mahkûm olunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ise, ertelenebilir. Bu itibarla, adli para cezasının ertelenmesi söz konusu değildir. Yine mahkûmiyet konusu hapis cezası ile ilgili olarak ertelemeye karar verilebilmesi için kişinin, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması gerekir. Dolayısıyla, kişinin adli para cezasına ya da üç ay veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olması halinde cezası ertelenebilecektir. Son olarak ertelemeye hükmedilebilmesi için, kişinin suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.

Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Böylece mahkeme, hükmettiği hapis cezasının ertelenmesi yönünde karar verirken, mahkûmiyet kararında faille ilgili olarak bir denetim süresi belirleyecektir. Ayrıca bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

Hapis cezasının ertelenmesine karar veren mahkeme tarafından, belirlenmiş olduğu denetim süresi içinde bir meslek veya sanat sahibi

hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılabileceği öngörülmüştür.

Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen ücret karşılığında çalıştırma yükümlülüğüne, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir (TCK m. 51/7). Şayet, denetim süresi iyi halli olarak veya ücret karşılığında çalıştırma yükümlülüğüne uygun geçirildiği takdirde, mahkûmun cezası infaz edilmiş sayılır (TCK m. 51/7).

İşaret etmek gerekir ki, hapis cezasının ertelenmesi bağlamında düzenlenen çalıştırma yükümlülüğü ile TCK'nın 50/1 (f) maddesinde yer alan kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yaptırımı, aynı amaca hizmet eden kurumlar olmakla birlikte esas itibariyle farklılık arz etmektedirler. Her iki kurumun temelinde, hükümlünün cezasının bireyselleştirilmesini sağlamak, hapis cezasının hükümlü üzerindeki kötü etkilerini azaltmaya çalışmak ve hükümlünün sosyalleştirilmesini hedeflemek bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, her iki kurum da cezanın özel önleme amacını yerine getirmeye çalışmaktadır.

Bu iki kurum arasındaki ayrıma bakıldığında, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırmanın temelinde toplum hizmetinde olan bir işte çalıştırma koşulu ön plandadır. Ancak, ücretli çalıştırma yükümlülüğü kapsamındaki çalışmanın kamuya yararlı bir işte yapılması gerektiğine ilişkin bir şart bulunmamaktadır. Çalışma kavramı dışında, kamuya yararlı çalışma yaptırımı ile herhangi bir ortaklık söz konusu değildir. TCK'nın 50/1 (f) maddesinde yer alan kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yaptırımı, kısa süreli hapis cezasına bir seçenek kurum iken, TCK 51/4 (b) maddesinde yer alan ücretli çalıştırma yükümlülüğü, bir ceza infaz kurumu olan ertelemeye bağlı olarak öngörülmüş bir yükümlülüktür.

B. 5275 Sayılı CGTİHK'nın 107/7 Maddesinde Yer Alan Ücretli Çalıştırma Yükümlülüğü

5237 sayılı CGTİHK'nın 107/7. maddesi gereğince hakkında koşullu salıverilme kararı verilen hükümlünün infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığı çalıştırılmasına karar verilebilir. Bu, infaz aşamasında kendisine başvurulabilen bir yoldur ve bir cezanın infaz biçimidir. Seçenek yaptırım niteliğindeki cezalandırmadan

tamamen farklı ve sonraki bir aşamada zaten hükümlü olan birinin cezasının infazı ile alakalıdır⁹³.

Buna göre, hükümlü hakkında ücretli çalıştırma yükümlülüğüne karar verilebilmesi için, öncelikle kişinin koşullu salıverilmeden yararlanabilmesi gerekir gerekir. Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir. (CGTİHK m. 107/1)

Koşullu salıverilmeden yararlanabilen hükümlü hakkında infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadar bir denetim süresi belirlenir. Ancak bu süre, süreli hapislerde hakederek tahliye tarihini geçemez. (CGTİHK m. 107/6)

Hükümlü hakkında koşullu salıverilme kararı veren mahkeme tarafından, belirlemiş olduğu denetim süresi içinde bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılabileceği öngörülmüştür.

Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen ücret karşılığında çalıştırma yükümlülüğüne, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir (CGTİHK m. 107/12). Şayet, denetim süresi iyi halli olarak veya ücret karşılığında çalıştırma yükümlülüğüne uygun geçirildiği takdirde, mahkûmun ceza infaz edilmiş sayılır (CGTİHK m. 107/14).

İşaret etmek gerekir ki, koşullu salıverilme kapsamında düzenlenen çalıştırma yükümlülüğü ile TCK'nın 50/1 (f) maddesinde yer alan kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yaptırımı, aynı amaca hizmet eden kurumlar olmakla birlikte esas itibarıyla farklılık arz etmektedir. Nitekim, kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırmanın temelinde toplum hizmetinde olan bir işte çalıştırma koşulu ön plandadır. Ancak, ücretli çalıştırma yükümlülüğü kapsamındaki çalışmanın kamuya yararlı bir işte yapılması gerektiğine ilişkin bir şart bulunmamaktadır. Çalışma kavramı dışında, kamuya yararlı çalışma yaptırımı ile herhangi bir ortaklık söz konusu değildir. TCK'nın 50/1 (f) maddesinde yer alan kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırma yaptırımı, kısa süreli hapis cezasına bir seçenek kurum iken, CGTİHK'nın 107/1 maddesinde yer alan ücretli çalıştırma yükümlülüğü, bir ceza infaz kurumu olan koşullu salıverilmeye bağlı olarak öngörülmüş bir yükümlülüktür.

⁹³ CEBRE, s. 705.

C. 5271 Sayılı CMK'nın 231/8 (b) Maddesinde Yer Alan Ücretli Çalıştırma Yükümlülüğü

CMK'nın 231/8 (b) maddesine göre, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümlünün bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilebilir.

Buna göre, hükümlünün ücretli çalıştırma yükümlülüğüne tabi tutulabilmesi için, öncelikle kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gerekir. Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir. (CMK m. 231/6)

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sonucunda denetim süreci beş yıl olarak belirlenmekle birlikte, bu süre içerisinde mahkeme tarafından hükümlü en fazla bir yıl yükümlülüğe karar verebilecektir. Mahkeme, hükümlü hakkında en fazla bir yıl olarak belirleyebileceği yükümlülüğü kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılma olarak belirleyebilir. Burada seçenek yaptırım uygulamasındaki gibi ücretsiz çalıştırma değil, hükümlünün bir sanat veya meslek sahibi olması halinde ücretli çalıştırılması söz konusudur. Ayrıca TCK'nın 50/1 (b) maddesinin aksine, CMK 231/8-b'deki çalışma, bir ceza usul hukuku kurumu olan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı takdiri bir tedbir olarak düzenlenmiştir⁹⁴.

Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbiri olarak uygulanan ücret karşılığı çalıştırma yükümlülüğüne uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. (CMK m. 231/10)

Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbiri olarak uygulanan ücret karşılığı çalıştırma yükümlülüğüne

⁹⁴ ALICI/BEYENS, s. 32.

aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen bu yükümlülüğü yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir. (CMK m. 231/10)

D. Ücretli Çalıştırma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği'nin 52. maddesine göre ücretli çalıştırma yükümlülüğünün infazı için hükümlü hakkında denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanır. Denetleme planında; sanığın, hükümlünün veya çocuğun hangi kurum veya kuruluşta hangi gün ve saatlerde çalışacağı ve yükümlülüğün başlayış ve bitiş tarihleri belirtilir. Yükümlülüğün başlama tarihi, sanık veya hükümlünün çalışmaya başladığı tarihtir.

Rehber zararlı alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur ve yol gösterir; yanında çalıştığı kişilerle görüşerek istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişmeyi takip ederek üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime gönderilmek üzere şube müdürlüğüne veya büroya verir.

Çalışma süresinin hesabında, sanık veya hükümlünün çalıştığı kurumun bu konuda tabi olduğu mevzuat esas alınır. Ayrıca belirtilmelidir ki, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hapis cezasının ertelenmesi ve koşullu salıverilme halinde ücretli çalıştırma yükümlülüğüne karar verilen sanık veya hükümlülere, çalıştıkları sürece haklarında 506 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulanır. (Yönetmelik m. 52/9)

On beş yaşını doldurmamış çocukların çalışması yasaktır. Ancak böyle bir karar verilmişse, on dört yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerine; eğitimini sürdürenler ise okullarına devamına engel olmayan, hafif işlerde çalışabilir. Bu konuda 4857 sayılı Kanunun 71, 85 ve 87. madde hükümleri uygulanır.

E. Ücretli Çalıştırma Yükümlülüğünün İhlali ve Kaydın Kapatılması

DSYMKKY'nin 53. maddesine göre denetim süresi içinde suç işlenmesi halinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Ayrıca

5271 sayılı Kanunun 231. maddesinin sekizinci fıkrasının (b) bendi gereğince, ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilen hükümlülerin denetleme planına uymadığının kolluk, ilgili kurum veya kuruluş tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde sanık şube müdürlüğü veya büroca uyarılır. Uyarıya rağmen denetleme planına uyulmaması halinde, kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

Bununla birlikte, 5275 sayılı Kanunun 107. maddesinin 7. fıkrası ve 5237 sayılı Kanunun 51. maddesinin 4. fıkrasının (b) bendi gereğince ücret karşılığında çalıştırılmasına karar verilen hükümlülerin denetim veya denetleme planına uymaması halinde, hükümlünün uyarılması için durum Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirilir. Bu halde kayıt kapatılmayarak açık bırakılır. Mahkemenin uyarısına rağmen denetim veya denetleme planına uyulmaması halinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Yükümlülük sona erdiğinde durum, kolluk ve ilgili kurum ve kuruluşa iletilerek evrakın iadesi istenir, kayıt kapatılır ve evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

SONUÇ

19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ceza infaz sistemlerinde hürriyeti bağlayıcı cezaların suçu önleme ve suçluyu yeniden topluma kazandırma amacını gerçekleştirmediği anlaşılmıştır. Bunun sonucunda, suçu önleme ve suç işleyen kişiyi ıslah etme görevini yerine getiren yeni yaptırımlar gündeme gelmiştir. Bu süreçte hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulama alanı bulmuş ve fakat hürriyeti bağlayıcı cezalara son çare olarak başvurulması gerektiği kabul edilmiştir. Hürriyeti bağlayıcı cezaları ikame edecek yeni yaptırımlar türetilmiştir. Hapis cezasının yanında alternatif yaptırım olarak yer alan bu yaptırımlar, suçlunun iyileştirilmesini ve sosyalleşmesini sağlayarak suçluyu toplumla bütünleştiren yaptırımlar olma özelliğini göstermektedir. Böylece, suçluların kişisel ve sosyal gelişimleri olumlu yönde etkilenecek, kamu güvenliği temin edilecektir. Bu yaptırımlardan biri olan kamuya yararlı bir işte çalıştırma, Türk ceza hukuku sisteminde esas itibarıyla 5237 sayılı Kanunla gelen bir kavram olmasına rağmen, Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinden itibaren farklı şekillerde uygulama alanı bulmuştur.

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde örneğine rastlanmamakla birlikte, Fatih döneminden itibaren uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir

ceza türü olan tazir cezalarından kürek cezası, niteliği itibariyle çalıştırma mahiyetindedir. Ancak belirtilmelidir ki Osmanlı dönemindeki bu uygulama, suçlunun ıslahı ve toplumla bütünleşmesi amacına hizmet etmenin aksine, Osmanlı donanmasında yeni gemi yapma ve bunların mürettebat ihtiyacını karşılama amacına hizmet etmiştir. Genel olarak bakıldığında kürek cezası, hapis cezasından daha ağır bir ceza olarak tezahür etmektedir.

Osmanlı döneminde kamuya yararlı bir işte çalıştırma mahiyetinde olan bir başka yaptırım türü de 26 Nisan 1909 tarihinde Meclis-i Mebusan tarafından kabul edilen “Serseri ve Mazannai Sui Eşhas Hakkında Kanun”da düzenlenmiş olan serserilerin çalıştırılmasıdır. Bu düzenlemenin amacı ise serseriliği itiyat haline getirenlerin ıslah edilerek belli bir istihdamın sağlanması ile asayişin muhafazasının sağlanması olmuştur.

Osmanlı dönemindeki bu uygulamaya benzer bir düzenleme 765 sayılı TCK’da yer almıştır. Söz konusu kanunun 544. maddesinde çalışmaya gücü olduğu halde dilencilik edenlerin boğaz tokluğuna çalıştırılacağı belirtilmiştir. Uzun süre yürürlükte olan bu hüküm, uygulama olanağı olmadığı için 1959 tarihinde 6123 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

1965 tarihli 647 sayılı CİHK ile çalıştırma yaptırımını uygulamaya yeniden getirilmiştir. Ancak söz konusu Kanunun bu düzenlemesi, daha önceki düzenlemelerden farklı olarak kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenek bir yaptırım olarak kabul edilmiştir. Bu düzenleme de uygulama olanağı bulunmadığı cihetiyle 1979 tarihinde kanun metninden çıkarılmıştır.

Görüldüğü üzere Türk ceza adaleti sisteminde kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına benzer nitelikte olan bu düzenlemeler, uygulamaya konulduğu dönemlerde infazındaki güçlük gerekçe gösterilerek yürürlükten kaldırılmıştır. Bu cümleden olarak söylenebilir ki iyi bir cezalandırmanın esasını iyi bir infaz sistemi oluşturur.

Hemen belirtelim ki, kamuya yararlı bir işte çalıştırma kurumunun esasını oluşturan düzenleme 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendidir. Kısa süreli hapis cezasına ikame olarak düzenlenmiş olan söz konusu düzenlemenin temelinde, topluma verilen zararın topluma yararlı bir işte çalışılması suretiyle telafisi düşüncesi yatmaktadır. Mahkûm böylelikle, topluma karşı gerçekleştirmiş olduğu yanlış davranışını topluma hizmet etmek suretiyle telafi etme imkânına sahip olmakta; bir bakıma bu

yanlış davranışını denkleştirmekte, tazmin etmektedir⁹⁵. Bu düzenlemeyle karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinde görülen modern anlamda kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımını 5237 sayılı Kanunla birlikte sistemli bir şekilde düzenlenmiş ve uygulanmaya başlanmıştır.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma müessesinin gerek suçlu, gerek toplum ve gerekse devlet adına olumlu sonuçlarının görüldüğü muhakkaktır. Keza son dönemlerde infaz aşamasında hükümlünün toplumla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla, farklı ceza hukuku kurumlarında (erteleme, koşullu salıverilme, denetimli serbestlik) kamuya yararlı bir işte çalıştırma hüküm altına alınmaktadır. Kanaatimizce kamuya yararlı bir işte çalıştırmaya ilişkin farklı hukuki nitelikte olan bu düzenlemelerin infazının tek çatı altında toplanması ve böylece daha etkin bir uygulamanın sağlanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKKAYA Çetin, **Açıklamalı ve İcraatlı Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku**, 4. Bası, Ankara 2012

ALICI Burhan, **“Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası” (Çalışma Cezası)**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Sa. 3, Yıl 2011, (s. 131-164)

ALICI Burhan/Beyens Kristel, **“Belçika Hukukunda Kamu Yararına Çalışma Yaptırımından Çalışma Cezasına (Türk Hukuku İle Karşılaştırmalı İnceleme)”**, Adalet Dergisi, Yıl 2012, Sa. 43, (s. 13-55)

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA Ahmet Caner, **Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler Madde 37-75, 2. Cilt**, Ankara 2009, s. 1164.

ARTUK Mehmet Emin/GÖKCEN Ahmet/YENİDÜNYA Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)**, 8. Bası, Ankara 2014

AVCI Mustafa, **“Osmanlı Uygulamasında İnfazı Özellik Gösteren Hapis Türleri: Kalebentlik, Kürek ve Prangabentlik” (Hapis Türleri)**, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, Sa. 1, Yıl 2002 (Sayfa numarası bulunmamaktadır.)<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/esosder/article/>

⁹⁵ MORRIS Norval/TONRY Michel, **Between Prison and Probation; Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System**, Oxford University Press, 1990, s. 166.

view/5000067867 (Erişim Tarihi: 04.11.2015)

CEBRE Ayvaz, **Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı- Compulsory Public Service As a Sanction**, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sa. 10, Yıl 3, Temmuz 2012, (s. 687-718)

CİN Halil/AKYILMAZ Gül, **Türk Hukuk Tarihi**, 3. Bası, Konya 2009

ÇETİN Soner Hamza, **Türk Ceza Kanunu'nda Seçenek Yaptırımlar**, Ankara 2011

DEMİRBAŞ Timur, **İnfaz Hukuku**, 2. Bası, Ankara 2008.

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt II (Cilt II)**, 14. Bası, İstanbul 1997

DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt III (Cilt III)**, 12. Bası, İstanbul 1997

GİRİTLİ İsmet/TOSUN Öztekin/ELBİR Halit Kemal, **Mevzuat Kroniği (Amme Hukuku-Ceza Hukuku- Ceza Muhakemesi Hukuku-Medeni Hukuk)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 29, Sa. 3, Yıl 1963, (s. 738-776)

GÖKCEN Ahmet, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları (Osmanlı Ceza Kanunları)**, İstanbul 1989

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması (Gözübüyük Şerhi Cilt I)**, 4. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, **Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması (Gözübüyük Şerhi Cilt IV)**, 5. Bası, Kazancı Hukuk Yayınları

HEYD Uriel, **Studies in Old Ottoman Criminal Law (Studies)**, Oxford 1973

HEYD Uriel, **“Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat” (Kanun ve Şeriat)**, (Çeviren: Selahaddin Eroğlu), Türk Hukuk ve Kültür Tarihi Üzerine Makaleler, Ankara, 2002, (s. 633-652)

KAMER Vehbi Kadri, **“5275 Sayılı Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun Yüzbeşinci Maddesinde Yer Alan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırılma”**, Adalet Dergisi, Sa. 33, Yıl Ocak 2009,

Ankara, (s. 32-40)

KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Ankara 2014

MADEN Mehmet, **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar (Seçenek Yaptırımlar)**, Ankara 2012

Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, Kırkbeşinci İnikat, 11 Mart 1325, Devre: I, Cilt: 2, İçtima Senesi: I

MORRİS Norval/TONRY Michel, **Between Prison and Probation; Intermediate Punishments in a Rational Sentencing System**, Oxford University Press, Oxford 1990

ROXİN Claus, “**Ceza Hukukunun Bir Geleceği Var Mıdır?**”, (Çeviren: Yener Ünver) Suç Politikası, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5, Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Claus Roxin’e Armağan, Ankara 2006, (s. 55-70)

SOYASLAN Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Bası, Ankara 2005

TANER Tahir, **Ceza Hukuku-Umumi Kısım-**, Ahmet Sait Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayın No:434, İstanbul 1949

TURHAN Faruk/ALTIKAT Abdurrahim, “**Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları**”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 2, Yıl 2012, (s. 1-46)

ÖZBEK Nadir, “**İkinci Meşrutiyet İstanbul’unda Serseriler ve Dilenciler**”, Toplumsal Tarih Dergisi, Sa. 64, Nisan 1999, (s. 34-43)

ÖZBEK Veli Özer, **TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı C.I**, 3. Bası, Ankara 2006

ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Nihat M./ BACAĞSIZ Pınar/DOĞAN Koray/TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Ankara 2015

HAYVANLARIN KORUNMASINA DAİR GÖRÜŞLERE ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

Dilara Buket TATAR*

ÖZET

Geçmişten bugüne insanlar ve hayvanlar arasındaki yakın ama karmaşık, bir nevi “şizofrenik” ilişkidir. Bu ilişkinin bir tarafı olan insanın rolünü belirlemeye ve diğer tarafı olan hayvanları korumaya yönelik, tarihsel süreçte “hayvan refahı”, “hayvan özgürleşmesi” ve “hayvan hakları” olmak üzere üç görüş ortaya çıkmıştır. Hayvan refahı görüşünde hayvanların, araştırmada kullanılmasında, yiyecek olarak satılmasında ve spor amaçlı avlanmasında ahlaki bir yanlışlık olmadığı savunulmaktadır. Bentham ve Mill’den felsefi temellerini alan hayvan refahı görüşü, genel görünüm itibarıyla “yarar”cıdır. Hayvan özgürleşmesi görüşünde, biyolojik karakteristik ya da psikolojik özellikler ne olursa olsun tüm türlere eşit muamele yapılması gerekliliği vurgulanmaktadır. Bu görüşün mimarı olan Peter Signer, yararçı felsefenin temel savlarıyla örtüşmektedir. Hayvan hakları görüşünde ise hayvanların kullanılmasının ve istismar edilmesinin tamamen ortadan kaldırılması gerektiği belirtilmektedir. Hayvan hakları görüşünün önemli figürlerinden Regan, hayvan haklarını, Kant’ın “değer” kavramından hareket ederek geliştirdiği “içkin değer” kavramıyla gerekçelendirmiştir. Ayrıca hayvan haklarını “hayvan doğası”ndan hareketle gerekçelendiren, doğal hukuk ve ekolojik bakış da bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hayvan, hayvan refahı, hayvan özgürleşmesi, hayvan hakları, hayvan doğası

A CRITICAL APPROACH TO VIEWS ON ANIMAL PROTECTION

ABSTRACT

Humans have always had a close but complex, “schizophrenic,” relationship with animals. Until today, three views “animal welfare”, “animal liberation” and “animal rights” have been suggested for determining the parameters of animal protection and human’s role as one side of the relationship. Animal welfare holds that humans do nothing wrong when they use animals in research, raise them to be sold as food, and hunt them for sport. The justification of this view is based on arguments of Bentham and Mill and is “utilitarian” in nature. On the other hand, animal liberation claims that all species should be treated the same, without taking into consideration biological and psychological features. As an architect of animal liberation, Peter

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25.03.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11.07.2016

Signer's arguments coincide with utilitarian propositions. Lastly, animal rights view proposes that human utilization of animals should be abolished in practice. Regan as the leading figure of the view, takes Kant's concept of "worth" a step further by using the term "inherent value". Furthermore, there are "natural law" and "ecological approach" views that justify animal rights characterized by "animal nature".

Keywords : *Animal, animal welfare, animal liberation, animal rights, animal nature*

GİRİŞ

Geçmişten bugüne insanlar ve hayvanlar arasında yakın ama karmaşık, bir nevi “şizofrenik” bir ilişki olmuştur¹. İnsanlar bazen hayvanlara eziyet etmekte, bazen de onları çok önemsemektedir. Örneğin bazı kültürlerde atalar, ruhlar ve hatta tanrılar, hayvan şeklindedir. Olymposlular’da kahramanlar yabancı hayvan suretindedir ya da hayvana dönüşebilir². Yunan Tanrıçalarından Aphrodite “arkasında, onu pohpohlayan bozkurtlar, kızıla çalan sarı postlarıyla aslanlar, ayılar ve geyik yavrusuna doymayan hızlı panterler” yürüyen bir “Yabancı Hayvanlar Tanrıçası”dır³. Benzer şekilde Yahudilik, Hristiyanlık ve İslamiyet’te Tanrı tarafından yaratılmış hayvanlar, Tanrı için var olmaktadır. Tanrı, yarattığı canlılarda farklı şekillerde görünmektedir⁴. Örneğin Kur’an-ı Kerim’de “Göklerde ve yerde bulunanlarla dizi dizi kuşların Allah’ı tesbih ettiklerini görmez misin? Her biri kendi duası ve tesbihini (öğrenmiş) bilmıştır”⁵ denilerek; hayvanların, Tanrı’nın varlığını, birliğini, üstün kuvvet ve kudretini gösteren birer delil olduğu söylenmektedir⁶. İfade ettikleri bu kutsallık yanında insanlar, hayvanları yüzyıllarca çalışma arkadaşları ve yoldaşları olarak görmüş, onlara kıymet vermiştir.

¹ FRANCIONE, Gary L., **Hayvan Haklarına Giriş, Çocuğunuz mu Köpeğiniz mi?**, (çev. Renan Akman, Elçin Gen), İletişim Yayınları, İstanbul, 2008, s. 23.

² ELIADE, Mircea, **Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi I, Taş Devrinden Eleusis Mysterialarına**, (çev. Ali Berkay), Üçüncü Basım, Kabalıcı Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 346, 347.

³ ELIADE, s. 341.

⁴ LINZEY, Andrew, “Christian Theology and Animal Rights”, http://www.shapworkingparty.org.uk/journals/articles_89/6_Linzey.pdf, (erişim tarihi 10.02.2016), s. 4.

⁵ **Kur’an-ı Kerim ve Açıklamalı Meali**, 26. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 86-A, Ankara, 2012, En-Nûr 24: 41.

⁶ AKTAŞ, Hamza, “İslam’da Çevre Bilinci ve Eğitimi”, **Turkish Studies-International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, Cilt: 9, Sayı: 8, 2014, s. 161.

Fakat aynı insanlar, hayvanlara dehşet verici muameleler de yapmıştır ve maalesef hâlâ yapmaktadır. Örneğin tavuk çiftliklerinde yumurtlama döngüsünü “teşvik etmek” için tavuklara on-on beş gün yem verilmemekte ve bu sürede tavuklar vücut ağırlıklarının %25’ini kaybetmektedir. Bu süreçte tavuklar tüylerini dökmekte ve tüy dökme sırasında tavuklarda oranı %10’a varan ölümlere rastlanmaktadır⁷. Çin’de ve diğer Güneydoğu Asya ülkelerinde yılda iki milyon kedi ve köpek sadece kürkleri için öldürülmektedir. Bu hayvanların öldürülme yöntemleri ise dehşet vericidir. Kediler kimi durumlarda sahipleri tarafından boğazlanarak, asılarak ya da bir yere asılıp boğazlarına zorla su akıtılarak öldürülmektedir. Köpekler ise bir telle boyunlarından asılarak ya da havada asılıyken bedenlerine keskin bir bıçak saplanarak öldürülmektedir. Deri yüzme işlemi ise kimi zaman hayvanın ölmesi bile beklenmeden yapılmaktadır⁸. Yani insanlar, hayvanların ahlaken önemli varlıklar olduğunu savunurken ve onları önemserken bile onlara bu kabulü yalanlayan biçimlerde muamele etmektedir⁹.

Geçmişte teologlar ve düşünürler nadiren de olsa insanların hayvanlara karşı sorumluluklarını tartışmıştır. Fakat insanların hayvanlara karşı davranışlarını değiştirmeye ya da düzenlemeye dair sistematik girişimler, XIX. yüzyılda gerçekleşmiştir. Birçok tarihinin işaret ettiği gibi hayvanların korunmasına dair sistematik çalışmalar, Sanayi Devrimi’nden sonra başlamıştır. Bu erken çabalar, atlara ve çalıştırılan diğer hayvanlara zulmedilmesine ve hayvanlar üzerinde deney yapılmasına odaklanmıştır¹⁰.

XIX. yüzyılın sonlarına doğru ise hayvanlara dair toplumsal kaygılar azalmaya başlamıştır. Fakat endüstri ve bilimde yaşanan gelişmeler, insanlığa harika şeyler katmasına rağmen, hayvanların dünyasına denek hayvanı olma ve fabrika çiftliğinde çalıştırılma gibi korkutucu şeyler getirmiştir¹¹. Hayvanların özellikle çiftliklerde ve tıbbi araştırmalarda kullanımının hızla yükseldiği II. Dünya Savaşı’ndan sonra, hayvanların korunması konusunda yeni tartışmalar başlamış ve buna bağlı olarak yeni organizasyonlar kurulmuştur¹². Peter

⁷ REGAN, Tom, **Kafesler Boşalsın Hayvan Haklarıyla Yüzleşmek**, (çev. Serpil Çağlayan), İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 144.

⁸ REGAN, (2007), s. 176, 177.

⁹ FRANCIONE, (2008), s. 23.

¹⁰ YOUNT, Lisa, **Animal Rights**, Revised Edition, Infobase Publishing, USA, 2008, s. 3.

¹¹ KISTLER, John M., **Animal Rights, A Subject Guide, Bibliography and Internet Companion**, Greenwood Press, USA, 2002, s. XV.

¹² YOUNT, s. 3.

Signer'in ezber bozan kitabına kadar, bu konuda yazılanların sayısı yavaş yavaş artmıştır¹³. 1975'te Avusturyalı düşünür Peter Signer'in yazdığı "*Hayvan Özgürleşmesi*" adlı kitap, hayvanların korunmasına dair tartışmaların doruk noktası kabul edilmektedir¹⁴. Bu kitap, "*hayvan refahı*" görüşünden esinlenen ve hâlâ varlığını sürdüren ve hayvan refahından farklılaşan amaçlarıyla "*hayvan hakları*" görüşüne ilham vermiştir. Çoğu hayvan refahı görüşü savunucusu, gereksiz zulmün sona erdirilmesine odaklanmış ve hayvanların öldürülmesini ahlaki açıdan sorgulamamışken; Signer ve taraftarları, insanların hayvanları öldürmeye hakkı olup olmadığını sorgulamıştır.

XX. yüzyıldan XXI. yüzyıla gelindiğinde hayvan hakları görüşü, hayvan refahı görüşünden daha geniş bir kitleye ulaşmıştır. "*Hayvan hakları*" görüşüyle birlikte insanlar ilk defa hayvanlarla olan ilişkisini gözden geçirmeye başlamıştır¹⁵.

Bu açıklamalardan da görüldüğü üzere hayvanların korunmasına dair, "*hayvan refahı (animal welfare)*", "*hayvan özgürleşmesi (animal liberation)*" ve "*hayvan hakları (animal rights)*" olmak üzere üç terim kullanılmaktadır. XIX. yüzyılda kullanılmaya başlayan "*hayvan refahı*"nda insanların, hayvanlara karşı davranışlarına öncelik verilmektedir. Hayvanların araştırmada kullanılmasında, yiyecek olarak satılmasında ve spor amaçlı avlanmasında ahlaki bir yanlışlık olmadığı savunulmaktadır. Zira hayvan refahı terimi etrafında şekillenen görüşlere göre; insanların menfaatleri, hayvanların menfaatlerinden üstündür. Buna rağmen hayvanlara gereksiz yere acı çektirilmemelidir¹⁶. Dolayısıyla bu görüşlere göre hayvanların kullanılması, yasaklanmamalı sadece onların kullanılmasına kabul edilebilir sınırlar çizilmelidir. Bu anlamıyla hayvanlar, mülkiyet konusu olmaya devam edebilir ama onlara nasıl davranılacağı daha iyi bir şekilde düzenlenmelidir¹⁷.

Hayvan özgürleşmesi terimi¹⁸, 1970'lerin ürünü olarak hayvan refahı teriminden nispeten daha yenidir. Hayvan özgürleşmesi savunucularından olan

¹³ KISTLER, s. XV.

¹⁴ YOUNT, s. 3.

¹⁵ YOUNT, s. 3.

¹⁶ REGAN, Tom, "Animal Rights" **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall, Greenwood Press), USA, 1998, s. 42.

¹⁷ GIBSON, Miah, "The Universal Declaration of Animal Welfare", **Deakin Law Review**, Vol.: 16, No.: 2, 2011, s. 544.

¹⁸ Bu terim ilk defa Richard Ryder tarafından kullanılmış, fakat Peter Signer tarafından meşhur edilmiştir. Bkz.: YOUNT, s. 124.

Signer, doğada hâkim olduğu iddia edilen “*Bitkiler hayvanlar için, hayvanlar insanlar içindir.*” hiyerarşisini kabul etmemekte ve bunun, türçülük olduğunu savunmaktadır¹⁹. Bu anlamıyla “*hayvan özgürleşmesi*”yle biyolojik bir türün üstünlüğünü savunan “*türçülük*”e karşı çıkmaktadır. Biyolojik karakteristik ya da psikolojik özellikler ne olursa olsun tüm türlere eşit muamele yapılması gerekliliği vurgulanmaktadır²⁰. İnsan da bir tür olarak kabul edilmekte ve insan türünün merkeze alınarak değerlendirme yapılması reddedilmektedir. Dolayısıyla bu terim, aynı itirazı dillendiren “*hayvan refahı*” ve “*hayvan hakları*” terimlerini kapsayan bir üst terim statüsündedir.

“*Hayvan hakları*” terimi ise, hayvanların kullanılmasının ve istismar edilmesinin tamamen ortadan kaldırılması gerekliliğiyle özdeştir. Bu savununun amacı, hayvanların temel haklarını güvence altına almak ve daha üstün olduğu iddia edilen insan ihtiyaçları için feda etmemektir²¹. Hayvan hakları savunucuları, hayvanların laboratuvarında, tarlada kullanılmasının ya da vahşi yaşam alanlarına müdahale edilmesinin ilkesel olarak yanlış olduğunu ve uygulamada buna son verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Hayvan refahında dikkate alınan ne kadar acı ve ölüm olduğu sorusu, hayvan hakları görüşüne göre merkezi problemi gözden kaçırmaya sebebiyet vermektedir. Çünkü hayvanlar, daha en başında bu şekilde kullanılmamalıdır. Ayrıca hayvanlara nasıl davranılması gerektiğini belirlemek için insanların yararının kullanılması uygun değildir. İnsanlar böyle bir kullanımdan ne kadar fayda elde ederse etsin, bu durum başlı başına bir haksızlık teşkil etmektedir²².

Makalede hayvanların korunmasına dair kullanılan bu üç terim, kronolojik sıralama gözetilerek irdelenecektir. Daha sonra, söz konusu bu terimlerin etrafında şekillenen görüşlerin felsefi temelleri incelenecek ve bu görüşlere getirilen yorumlar eleştirel bir bakışla değerlendirilecektir.

¹⁹ SHERRY, Clifford, J., **Animal Rights: A Reference Handbook**, 2. Edition, Greenwood Publishing, USA, 2009, s. 254.

²⁰ CAVALIERI, Paola, “Animal Liberation Ethics”, **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998, s. 34

²¹ Tom Regan bu argümanı, “*hayvan kafeslerinin kaldırılması*” olarak isimlendirmektedir. Bkz.: REGAN, (2007), GIBSON, s. 544.

²² REGAN, (1998), s. 42.

I. TERMİNOLOJİ

A. HAYVAN REFAHI

Hayvan refahı, hayvan özgürleşmesi ve hayvan hakları terimlerinde yer alan ilk kelime, hayvandır. Dilimize Arapça “*canlı olma, yaşama*” anlamına gelen ve “*hayat*” kelimesinin de kökeni olan “*hayya*” kelimesinden girmiş olan hayvan²³, Türkçe sözlükte “*hareket yeteneği olan, içgüdüleriyle hareket eden canlı yaratık*”²⁴ olarak tanımlanmıştır. Hayvanın İngilizce’deki karşılığı, Latince “*yaşayan varlık*” anlamına gelen “*animale*”den türetilmiş²⁵ “*animal*”dır ve “*organik olarak beslenen, özelleşmiş duyu organları ve sinir sistemi olan, uyarıcılara hızlıca cevap veren insanoglu dışında yaşanan bir organizma*”²⁶ anlamına gelmektedir.

Biyoloji sözlüklerinde ise hayvan, “*hareketli, çok hücreli, her zaman diploit olan ökaryotik hücrelerden oluşan, dokularla çevrili, dış beslek, hücre çeperi olmayan hücrelere sahip, cinsel açıdan üretken, embriyosu blastula aşamasında olan hayvan familyasına ait bir organizma*”²⁷; “*hayvan familyasından kendi yiyeceğini üretme kabiliyetinden yoksun olan bu yüzden diğer organizmalarla beslenen, yiyeceklerini aramak için hareket eden ve çevredeki değişimleri algılamak için uzmanlaşmış duyu organlarına ve duyu organlarıyla el ettiği bilgiyi ileten ve çevredeki değişimlere hemen cevap vermeye yarayan sinir sistemlerine sahip yaşayan bir organizma*”²⁸; “*hücre çeperi olmayan, dış beslek hücreli organizmaları içeren familya*”²⁹ ve “*yarı kromozomlu yumurtalar ve spermin birleşmesinden oluşan embriyodan üreyen çok hücreli bir organizma*”³⁰ olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlardan yola çıkılarak hayvanın özellikleri kısaca, hücre çeperi olmayan, kendi besinini üretemeyen, hareketli, çok hücreli ve sinir sistemine sahip bir organizma olarak ortaya konulabilir³¹.

²³ NİSANYAN, Sevan, Sözlerin Soyağacı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Everest Yayınları, İstanbul, 2012, s. 231, 232.

²⁴ **Türkçe Sözlük**, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu Yayınları, Ankara, 2010, s. 1073.

²⁵ http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=animal, (erişim tarihi 02.03.2016).

²⁶ <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/animal>, (erişim tarihi 06.01.16).

²⁷ REES, Paul A., **Dictionary of Zoo Biology and Animal Management**, Wiley Blackwell, 2013, s. 15.

²⁸ **A Dictionary of Biology**, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 29.

²⁹ ABERCROMBIE, M./HICKAMN, M./JOHNSON, M. L./THAIN, M., **The New Penguin Dictionary of Biology**, Eighth Edition, Penguin Books, 1990, s. 26.

³⁰ **A Dictionary of Science**, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 43

³¹ İnsanın hayvan familyasından olup olmadığına dair tartışmalar, makalenin kapsamını ve

“Hayvan refahı” sözcük öbeğinde yer alan refah, Arapça “*bolluk, zenginlik*” anlamına gelen “*rafah*”tan türetilmiştir ve kökeniyle örtüşerek “*gönenç, bolluk, rahatlık ve varlık içinde iyi yaşama*” anlamına gelmektedir³². Refahın İngilizce’deki karşılığı ise Latince “*iyi olma ya da iyi yapma durumu*” anlamına gelen “*wel faran*”dan türetilmiş ve “*bir insanın ya da grubun sağlığı, mutluluğu, talihi*”³³ anlamına gelen “*welfare*”dir. “Hayvan” ve “refah”ın sözlük anlamlarından hareketle hayvan refahı, hayvanların biyolojik durumlarının ve yaşam koşullarının iyileştirilmesi olarak tanımlanabilir.

Tarafımızca yapılan “*hayvan refahı*” tanımına paralel olarak hayvan refahı görüşünde de, hayvanlara gereksiz zulüm edilmemesi ve onların minimum refahının sağlanması savunulmaktadır. İnsanlar hayvanlara zulüm etmemek koşuluyla onları kullanmaya devam edecektir. Hayvan refahının genel anlamına rağmen, hayvanların refahının nasıl arttırılacağına dair üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşımların ilkinde göre; önemli olan, hayvanların nasıl hissettiğidir. Hayvanların duyuları, onların hayat kalitesinin temel unsurlarıdır. Bu yüzden refahın artması, hayvanların rahat, memnun, hayatın normal zevklerini yaşıyor olmasına olduğu kadar aşırı acıdan, korkudan, açlıktan ve diğer hoş olmayan durumlardan da uzak olmasına bağlıdır. İkinci yaklaşım, hayvanların biyolojik fonksiyonlarını vurgulamaktadır. Bu yaklaşıma göre; hayvanlar gelişebilmeli, büyümeli, üremeli ve hastalıktan, yaralanmadan, kötü beslenmeden ve anormal fizyolojik, psikolojik durumlardan uzak olmalıdır. Üçüncü yaklaşıma göre, hayvanların doğalarına uygun yaşamalarına izin verilmelidir³⁴.

Hayvan refahının nasıl arttırılacağına yönelik bu yaklaşımlara ek olarak, hayvan refahının arttırılmasının pratikte ne anlam ifade ettiğine yönelik alternatifler bulunmaktadır. İlk olarak, hayvanların ticari kaynak ya da eğlence kaynağı olarak kullanılması durumunda onlara iyi bakılması gerektiği ileri sürülmektedir. İkinci olarak hayvan refahının, ortalama bir insanın zulmetmemesini veya hayvanlara saygılı olmasını ifade ettiği belirtilmektedir. Üçüncü olarak, hayvanlara zulmedilmesine karşı olunmasına rağmen, onların sömürüldüğü çoğu endüstrinin ve faaliyetin de kabul edildiği bir anlayış söz

maksadını aşacağından görmezden gelinmiştir.

³² **Türkçe Sözlük**, s. 963.

³³ <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/welfare>, (erişim tarihi 07.01.16).

³⁴ Bu üç yaklaşım da pratikte uyusmalarına rağmen, aralarında farklılıklar da bulunmaktadır. Detaylı bilgi için Bkz.: FRASER, David, “Animal Welfare” **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998, s. 48.

konusudur. Dördüncü yaklaşım ise, acı çekmenin minimuma indirilmesini savunmakta fakat örneğin hayvanlar üzerinde yapılan bazı deneyleri kabul etmektedir³⁵.

B. HAYVAN ÖZGÜRLEŞMESİ

“Hayvan özgürleşmesi” teriminde yer alan Türkçe “özgür” kelimesinden gelen özgürleşme, “herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama, serbesti” olarak tanımlanmıştır³⁶. İngilizce’deki karşılığı ise, “tutsaklıktan, kölelikten ya da baskıdan uzaklaşma, serbest kalma”³⁷ anlamına gelen “liberation”dır. Dolayısıyla özgürleşme sözcüğü, bir kısıtlama, zorlama ya da baskı olmadan davranışta bulunmaya giden süreci ifade etmektedir. Bu çerçevede hayvan özgürleşmesi ise, hayvanların kısıtlamalardan, tutsaklıktan, baskıdan uzaklaşması ve özgürlüğüne kavuşturulması olarak tanımlanacaktır.

Toplum ve siyaset felsefesi teorisyeni Isaiah Berlin’e göre insanlık tarihi boyunca “özgürlük”e övgüler atfedilmiştir. Oysa Berlin’e göre mutluluk, iyilik ve gerçeklik gibi özgürlüğün de anlamı geçirendir. Bu sebeple o, özgürlüğün anlamını tartışmak yerine; onun anlamlarından sadece ikisini incelemeyi seçmiştir: Negatif ve pozitif anlamda özgürlük.

Özgürlük sözcüğünün negatif anlamı; öznenin, diğerlerinin müdahalesi olmadan eylemde bulunabilmesidir. Başka türlü yapabileceği bir şey için diğerleri tarafından engellenen özne, özgür değildir. Bu anlamıyla özgürlük, başkaları tarafından müdahaleye uğramamaktır³⁸.

Canlılar, doğasına aykırı bir şeyi gerçekleştirme kabiliyetinden yoksundur. Örneğin bir çiçek, yürüyemez; bir aslan, uçamaz; bir insan, havada iki metreden fazlaya zıplayamaz ya da gözleri görmeyen birisi kitap okuyamaz. Fakat bunların yapılamıyor olması, bu canlıların köleleştirilmiş ya da tutsak olduğu anlamına gelmez³⁹. Tüm bu durumlarda “doğa”nın kanunları geçerlidir (suyun 100 derece kaynaması, yer çekimi vs. gibi). Bu kanunların

³⁵ SZYTBEL, David, “Distinguishing Animal Rights from Animal Welfare” **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998, s. 44.

³⁶ **Türkçe Sözlük**, s. 1869.

³⁷ <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/liberation>, (erişim tarihi 02.03.2016).

³⁸ BERLIN, Isaiah, “İki Özgürlük Kavramı”, **Kirpi ve Tilki Seçme Makaleler**, (der. Murat Borovalı, çev. Mete Tunçay, Zeynep Mertoğlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 52.

³⁹ BERLIN, (2008), s. 53.

aksi istikametinde davranmak mümkün değildir. Dolayısıyla bu durumların aksini gerçekleştirmeye dair bir olanak olmadığından, doğada “özgürlük” ya da “tutsaklık”tan söz edilemez. Özgürlük beşeri ilişkiler bağlamında söz konusu olabilir. Özgürlüğün, ıssız bir adadaki Robinson Crusoe için Cuması olmadan hiçbir anlamı olmayacaktır⁴⁰. Fakat Crusoe’nun, Cuma tarafından bir yere seyahati engellendiğinde özgürlüğünün engellendiğinden bahsedilecektir.

Berlin’e göre özgürlük sözcüğünün pozitif anlamı, bireyin kendisinin efendisi olma isteğinden türemiştir: “*Birisi olmayı istiyorum, hiç kimse olmayı değil. Bir yapıcı ve karar verici, hakkında karar verilen değil. Kendini yöneten; bir şey, bir hayvan ya da bir köle gibi doğaya göre ya da diğer insanlara göre hareket eden değil. Hedeflerini, ilkelerini belirleyebilen ve onları fark edebilen. Rasyonel olduğumu söylediğimde, beni dünyanın geri kalanından, insan olarak ayıran sebep bu. Düşünen, isteyen, hareket eden, seçimlerinden sorumlu olan ve onları kendi amaçları ve fikirleriyle açıklayabilen*”⁴¹ kişi, pozitif anlamda özgürdür. Berlin’e göre pozitif anlamda özgürlük, sadece insana özgüdür. Çünkü insan, akılcıdır ve onu, dünyanın geri kalanından farklılaştıran, işte bu özelliğidir⁴².

Berlin’e göre bu yönüyle, kişinin kendi kendisinin efendisi olmasında yatan özgürlük (pozitif) ile eylemde bulunurken engellenmemesinde yatan özgürlüğün (negatif) bir çatışma hâlinde olduğu söylenebilir. Zira ona göre bir varlık, “*kimsenin kölesi değilim ya da kendimin efendisiyim*” dediğinde bile aslında “*doğanın kölesi ya da dizginlenemez tutkularının kölesi*” olabilir⁴³. Yani negatif anlamda özgür olsa bile, pozitif anlamda özgür olmayabilir. O’na göre doğasına karşı koyabilecek ve hatta onu aşabilecek, “*akılla...uzun vadede tatmin edecek olanı hesaplayan ve amaçlayan...akıldışı dürtüyle zıtlaşan*” tek varlık, insandır⁴⁴. Çünkü insan, doğal nedenselliğin ötesinde bir varlıktır. Bu yönü, onun arzularını ortadan kaldırdığını değil; onlara karşı koyabileceğini ve onları denetim altına alabileceğini gösterir⁴⁵.

⁴⁰ FRIEDMAN, Milton, **Kapitalizm ve Özgürlük**, (çev. Doğan Erberk, Nilgün Himmetoğlu), Altın Kitaplar, İstanbul, 1988, s. 30; YAYLA, Atilla, **Liberalizm**, 6. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2011, s. 158.

⁴¹ BERLIN, Isaiah, **Four Essays on Liberty**, Clarendon Press, Oxford, 1969, s. 373.

⁴² BERLIN, (2008), s. 53.

⁴³ BERLIN, (2008), s. 64.

⁴⁴ BERLIN, (2008), s. 64.

⁴⁵ BERLIN, (2008), s. 68.

Hayvan özgürleşmesi görüşü, hayvanların özgür olduğu varsayımından hareket etmektedir. Oysa özgürlük, diğerlerinin engellemesinden (dışsal) olduğu kadar içgüdülerden, dürtülerden, arzulardan, tutkularından (içsel) bağımsız olarak hareket edebilme, hareketlerinin sonucunu öngörebilme ve isteme yetilerine sahiptir. Özgürlüğe dair tüm bu değerlendirmelerin ışığında hayvanların negatif anlamda özgür olsa bile pozitif anlamda özgür olmadıkları söylenmek zorundadır. Çünkü hayvanlar, insanlardan farklı olarak kendi içgüdüleriyle bağlıdır. Onlar, kendilerini harekete geçiren sebepleri değerlendiremez. Bazı durumlarda bu sebepler arasında tercihte bulunup, daha önemli olan sebep veya değerlerle mevcut tercihlerini değiştiremez. Özgürlük için konulan bu standart, çok yüksektir ve bu anlamıyla çıkarımda bulunma yeteneğini ve kendinin bilincinde olmayı yani akıl sahibi olmayı gerektirmektedir⁴⁶. Sonuç olarak bizce, özgür olmayan hayvanların özgürleştirilmesine yönelik “özgürleşme” teriminin kullanılması yerinde değildir.

C. HAYVAN HAKLARI

Gerek doktrinde gerekse medyada en çok tercih edilen terim, “*hayvan hakları*”dır⁴⁷. Hak, Arapça “*doğru olma, gerçek ve sahih olma*” anlamına gelen “*hakk*”tan gelmektedir⁴⁸. “*Adalet; adaletin, hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç; davaya veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk; verilmiş emekten doğan yetki; doğru, gerçek*” olarak Türkçe sözlükte tanımlanmaktadır⁴⁹.

Eski İngilizce “*ahlaki hak, görev, ödev, davranış kuralı, birinin hak ettiği, adil talep, doğruluk, gerçek, hukuki yetki, ayrıcalık*” anlamlarına gelen “*riht*” kelimesinden⁵⁰ türetilmiş olan “*right*” kelimesi ise, “*bir şeye sahip olmaya ya*

⁴⁶ DEGRAZIA, David, “Autonomy of Animals, Animal Rights” **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998, s. 84.

⁴⁷ Beauchamp’a göre “...*hayvan hakları terimi, kablolu televizyonda, haberlerde ve radyoda kullanılmaya devam etmektedir*”. Bkz.: BEAUCHAMP, Tom L., “Rights Theory and Animal Rights”, **The Oxford Handbook of Animal Ethics**, (der. BEAUCHAMP, Tom L./FREY, R. G. Frey), Oxford University Press, New York, 2011, s. 199; DEGRAZIA; EDMUNDSON, William A., “Do Animals Need Rights?”, **The Journal of Political Philosophy**, Vol.: 23, No.: 3, 2015, SCRUTON, Roger, **Animal Rights and Wrongs**, <http://www.demos.co.uk/files/Animalrightsandwrongs2nded.pdf>, (erişim tarihi 09.02.2016).

⁴⁸ NİSANYAN, s. 223.

⁴⁹ **Türkçe Sözlük**, s. 1026.

⁵⁰ http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=right, (erişim tarihi 03.03.2016).

da bir şey yapmaya dair ahlaki ya da hukuki yetki⁵¹ olarak tanımlanmaktadır. “Right”ın “hak” anlamının yanında “sağ” anlamı da bulunmakta ve XIII. yüzyılın ortalarından bu yana “sağ”, “sol”un karşıtı olarak kullanılmaktadır. Sağ el, “doğru ve daha güçlü eli” ifade etmektedir⁵².

Hakka ilişkin tartışmalarda üç farklı hak biçiminden söz edilmektedir: Negatif haklar olarak bilinen din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğü gibi geleneksel liberal haklar; pozitif veya refah hakları olarak bilinen eğitim, sağlık, barınma gibi sosyo-ekonomik haklar ve son olarak kolektif karakterli olan grup, azınlık hakları⁵³. Bu ayırmda negatif haklar, hak sahibinin hakkın konusu olan şeyi yapmasına veya ona sahip olmasına, diğerlerinin engel olmamasını sağlamaktadır. Pozitif haklar, kişiye hakkının konusunu veya içeriğini kendisinin karşılayamaması durumunda, diğerlerinin bu ihtiyaçları karşılaması yönünde bir talep sağlamaktadır. Kolektif haklarda ise, bireylerin dinsel ve kültürel aidiyetlerinden doğan özgüllükleri hesaba katılmaktadır⁵⁴. Fakat bu üç biçimde de hak, bir kişiye bir defa verilen ve başka zaman reddedilebilen bir şey değildir. Ayrıca hak söz konusuysa, diğer insanlar bu hakka saygı duymaya dair hukuki bir ödev yüklenmiştir⁵⁵.

Siyaset felsefesi Profesörü Vernon Van Dyke’a göre hak, “Aksine zorlayıcı başka sebepler olmadığı sürece karşılanması ya da yerine getirilmesi meşru olan yetki, ahlaki talep, ihtiyaç ya da menfaat” olarak tanımlanabilir⁵⁶. Dolayısıyla bu tanıma göre hak, diğer insanlara karşı ileri sürülebilen hukuki,

⁵¹ <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/right>, (erişim tarihi 06.01.16).

⁵² http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=right, (erişim tarihi 03.03.2016).

⁵³ KUYURTAR, Erol, **Haklar**, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/haklar-erol-kuyurtar,232.php>, (erişim tarihi 10.02.2016), s. 1.

⁵⁴ KUYURTAR, s. 2.

⁵⁵ Maurice Cranston’a göre bir hak, ahlaksal ödevler gibi gerçekleştirilebilir olmalıdır: “Benim fiziksel olarak yapmamın mümkün olmadığı bir şeyi yapmaya dair bir ödevim olamaz. Richmond’daki Thames Nehri’nde boğulmakta olan bir çocuğu kurtarmanın, ben Richmond’un yakınlarda değilsem, benim ödevim olduğunun söylenmesi makul değildir”. Cranston’a göre “Ödevler için doğru olan, haklar için de doğrudur.” CRANSTON, Maurice, “İnsan Hakları Nelerdir?”, **Sosyal ve Siyasal Teori**, (der. Atilla Yayla), Siyasal Kitabevi, 1993, s. 66. Buna göre gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir şeyi hak olarak talep etmek saçma olacaktır. Zira hak kavramının kullanıldığı yerde hakkın konusu olan şey yerine getirilebilir olmalıdır. Bkz.: KUYURTAR, s. 3; <http://teacherweb.com/ON/PerthDistrictCollegiateInstitute/CindyRotar/What-is-the-difference-between-a-Right-and-a-Freedom.pdf>, (erişim tarihi 30.12.15).

⁵⁶ DYKE, Vernon Van, “The Cultural Rights of Peoples”, **Universal Human Rights**, Vol.: 2, No.: 2, 1980, s. 3.

ahlaki ya da toplumsal bir talep, iddia ya da istemdir. Dyke'a göre meşru bir talep, bir ihtiyaç veya çıkarı ifade eden hak, söz konusu talebi, ihtiyacı ya da çıkarı karşılayabilecek ve karşılması gerekenlerin ödevlerini de içermektedir. Yani haktan söz edildiğinde aynı zamanda bu hakkın içeriğini teşkil eden konuya muhatap olabilecek kimselerin ödevlerinden de söz edilmektedir. Hakkın gerçekleşip hayata geçmesi için üçüncü kişilerin, sadece hakka saygı duyma ödevi değil, aynı zamanda hak sahibi lehine birtakım edimlerde bulunma ödevi de bulunmaktadır⁵⁷.

Hakkın sözlük tanımları ve Dyke'ın "hak" tanımı dikkate alındığı takdirde hayvan hakları; hayvanların, bir şeye sahip olmaya ya da bir şey yapmaya dair ahlaki veya hukuki yetkisi olarak tanımlanacaktır. Bu tanım akla, hayvanların hak sahibi olma yetisine sahip olup olmadığı sorusunu getirmektedir. Sorunun cevaplandırılabilmesi için öncelikle hakkın mevcudiyeti için talep ya da istemin zorunlu olup olmadığı sorunu değerlendirilmelidir. Bizce hakkın mevcudiyeti için talep ya da istem şart değildir. Bunlar sadece hakkın bir unsuru olarak kabul edilmelidir⁵⁸. Zira talep etme yetisine sahip olmayan, ayırt etme gücünden yoksun bir insan, öldürülemeyecektir; çünkü onun yaşama hakkı bulunmaktadır. Benzer şekilde anne karnındaki bir bebek, doğmadan önce mirasçı olabilecektir. Tüm bunlar hak sahibi olmanın değil; hakkı kullanmanın önüne geçen engellerdir. Bu durumun aksinin kabulü, hayvan haklarının dışında fetüsün, insanlığın gelecek nesillerinin, gençlerin ve engellilerin hak iddialarını da zayıflatacaktır. Her ne kadar hakkın varlığı hâlinde talepler daha görünür hâle geliyorsa ve kuvvetleniyorsa da; talep, haklara sahip olmanın değiştirilemez bir koşulu değildir⁵⁹. Bu yönüyle ele alındığı takdirde, hayvanlar da hak sahibi olabilecektir. Yukarıda yapılan tanım, bu gerekçelerle kabul edilemez.

Tartışılması gerekli olan bir diğer husus hakkın, hak sahibine ödev yükleyip yüklediğidir. Genel kabul gören görüş, hakları olan bir varlığın,

⁵⁷ GÖKPINAR, Mahmut, "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması", **TBB Dergisi**, 2015, Cilt: 120, s. 26.

⁵⁸ Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesine bakıldığında "*Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar; hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler.*" hükmü görülecektir. Bu hükümle hak sahibi olabilme ehliyeti herkese yani tüm insanlara tanınmıştır. 9. maddede ise "*Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girilebilir.*" hükmü düzenlenmiş ve müteakip maddelerde ayırt etme gücüne sahip olmak, kısıtlı olmamak ve erginlik fiil ehliyetinin şartları olarak sıralanmıştır.

⁵⁹ EDMUNDSON, s. 354.

başkalarının haklarına saygı duyma ödeviyle de bağlı olduğudur⁶⁰. Sorulması gereken sorular “*Hak aynı zamanda ödev yükler mi?*” ve “*Eğer yüklüyorsa bu durumda hayvanlar hak sahibi olabilir mi?*”dir. İlk soruya olumsuz yanıt verilmesi daha uygun olacaktır. Çünkü hakkın talep içerip içermediği sorusu cevaplanırken yararlanılan örneklerden hareket edilirse görülecektir ki, ayırt etme gücü olmayanların ve çocukların, diğer insanların haklarına saygı duyma ödevini yerine getirmeseler de hakları vardır. Örneğin, çoğu hukuk sisteminde yaşama hakkına sahip olan ayırt etme gücünden yoksun kişi, komşusunu öldürdüğü gerekçesiyle idama mahkum edilemeyecektir.

Eğer ödevin, hakkın zorunlu bir unsuru olduğu ve hayvanların da hak sahibi olduğu kabul edilirse; hayvanlara hiçbir zaman yerine getiremeyecekleri ödevler de yüklenmiş olacaktır. Bu, açıkça zalimlikdir. Hayvanlarla insanlar arasında kurulma ihtimali olan candan ilişkilerin yok olmasını bile gündeme getirebilir. Zira hak sahibi hayvanlar, onlara yüklenen bu ödevin ve ödevin yüklediği sorumluluğun bilincinde değildir. Örneğin, bir köpek bir koyunu katlettiğinde, sahibinin değil; köpeğin, zarardan dolayı dava edilmesi düşünülemez⁶¹.

Tüm bu gerekçelerle bizce talep ve ödev, hakkın zorunlu birer unsuru değildir. Hakkın tanımından talep ve ödevin çıkarılması durumunda, hayvanların da hak sahibi olabileceği kabul edilmelidir.

II. HAYVANLARIN KORUNMASINA DAİR GÖRÜŞLERİN FELSEFİ TEMELLERİ

A. YARARCI BAKIŞ: “*HAYVANA ZARAR VEREN, İNSANA DA ZARAR VERİR!*”

Hayvan refahının temelleri, klasik yararçı felsefeye dayanmaktadır. Ayrıca “*hayvan özgürleşmesi*”ni sistematikleştiren Signer, yararçı felsefenin kurucularından Bentham’ın modern yandaşdır⁶². Fakat bu konuyu incelemeden önce, sorgulanması gereken meşhur bir söyleyişten dem vurulmalıdır: “*Hayvana zarar veren, insana da zarar verir!*”. Bu söyleyiş, gazetelerin, haber kanallarının, hayvanların korunmasını savunan derneklerin ve insanların dillerine pelesenk olmuştur. Bizce bu söyleyiş, açıkça klasik yararçı felsefenin ürünüdür. Çünkü bu söyleyişte, hayvanların insan türünden

⁶⁰ Bir hakka sahip olmanın değeri, diğerlerinin o hakka saygı duymaya dair ödevine dayanmaktadır. Bkz.: EDMUNDSON, s. 346.

⁶¹ SCRUTON, s. 60

⁶² FRANZIONE, (2008), s. 254.

olmamaları nedeniyle zarar görmesi bir kenara bırakılmakta ve bir sonraki adımda, insanların zarar görmesi olasılığına odaklanılmaktadır. Sonuç olarak bu söyleyişte; insanlar, merkeze alınmakta ve insanın, tür bakımından hayvandan üstün olduğu kabulüyle hareket edilmektedir.

Signer, “*Hayvan Özgürleşmesi*” adlı kitabında bu türden bir söyleyişten kaçındığını belirtmiştir. O’na göre, insanlara ve hayvanlara iyi davranmak çakışabilir. Fakat insanların hayvanlara kibar olmasının gerçek nedeni bu değildir. Signer’e göre, hayvanların menfaatleri dikkate alınmalıdır. Çünkü onların menfaatleri vardır ve onların, ahlaki bağlamdan koparılması adil değildir. Signer’e göre burada söz konusu olan, insanların değil; hayvanların menfaatleridir⁶³.

Yararcı felsefenin⁶⁴ kurucularından olan ve Signer’a felsefi zemin sağlayan Jeremy Bentham⁶⁵ ve John Stuart Mill ise, bu söyleyişi destekler gözükmektedir. Zira hayvan refahı kavramının XIX. yüzyılda Britanya’da doğuşundan itibaren, hayvanların insanlardan daha az ahlaki değeri olduğu varsayımı hâkim olmuştur. Bentham ve Mill de, hayvanların insanlar tarafından kullanılmasına karşı çıkmamıştır. Onlara göre hayvanlar acıyı ve mutluluğu hisseden varlıklardır. Fakat onların insanlar tarafından kullanılmamaya ilişkin bir menfaatleri yoktur. Çünkü onların öz farkındalıkları yoktur. Bu yüzden, varlıklarının devamı konusunda da bir menfaatleri yoktur. Onların tek menfaati, kendilerine iyi muamele edilmesidir⁶⁶. Bu anlamıyla Bentham ve Mill’e göre hayvanların haklarından da söz edilemez.

Amerikalı akademisyen Francione’ye göre bu tutum; yararcılıkta, hak kavramına sıcak bakılmamasıyla ilişkilendirilebilir. Hakkın göz ardı edilmesi

⁶³ SIGNER, Peter, **Animal Liberation**, Harper Collins Publishers, New York, 2002, s. 244.

⁶⁴ Klasik yararcı teori, kökenleri itibarıyla Antik Yunan’daki en önemli temsilcisi Epikür (Epicurus) olan hedonizm (hazcılık) anlayışına dayanmaktadır. Epikür acıyı kötü, hazı ise iyi olarak nitelendirmektedir. Antik Yunan düşüncesindeki bu görüş, İngiliz düşünürlerce yeni bir kavrayışla ele alınmıştır. Yararcılara göre insan doğası gereği haz veren şeyleri ister ve acıdan kaçınır. Haz verenler sevinç doğurduğu için iyi, doğru, haklı; elem verenler ise acıya neden oldukları için kötü, yanlış ve haksızdır. Bkz.: ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji ve Hukuk**, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 315.

⁶⁵ Bentham, hayvanlar konusunda savlar ileri süren ilk düşünür olarak kabul edilmektedir. Bkz.: SHERRY, s. 11.

⁶⁶ FRANCIONE, Gary L./CHARLTON, Anna E., “Abolitionist Approach to Animal Rights” **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998, s. 1-2.

başkalarının yararına bile olsa mümkün değildir. Çünkü hak, çıkarın etrafına koruyucu bir duvar örmektedir. Sadece sonuçların önemli olduğunu savunan bir kısım yararlılar ise, sonuçlar öyle gerektirdiğinde hakkın etrafına örülmüş bu koruyucu duvarın yıkılmasını istemektedir⁶⁷.

Bentham, insanı merkeze koysa ve hayvandan üstün görse de hayvanların geri kalanının tiranlıkla ellerinden alınan hakları kazanacağını ifade etmiştir. Çünkü Bentham'a göre; yetişkin bir at ya da köpek, ussal kapasitesi ve iletişim yetileri bakımından, bir günlük, bir haftalık, hatta bir aylık bir bebekle kıyaslanamayacak kadar gelişmiştir. Kaldı ki öyle olmadığı farz edildiğinde bile ona göre, bunun bir önemi yoktur. Sorulması gereken, hayvanlar "Akıl yürütebiliyorlar mı?" ya da "Konuşabiliyorlar mı?" değil; "Acı çekebiliyorlar mı?"dır⁶⁸. Benzer şekilde Mill de "Eğer bir eylemin hayvanlara çektiği acı, insana verdiği zevkten daha fazla ise, o eylem ahlaki midir?" sorusunu sormuş ve bu sorunun cevaplanması için yarar ilkesinin devreye sokulması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁹.

Bentham ve Mill'den felsefi temellerini alan hayvan refahı görüşünün, genel görünüm itibarıyla yararlı olduğu ileri sürülmüştür⁷⁰. Çünkü bu görüşte, ahlaki açıdan "iyi", insanların refahına yani onların menfaatinin tatminine göre belirlemektedir⁷¹. Bilindiği gibi insanların hayvanlara dair pratiklerinin çoğu (yemek için yetiştirmek, spor için avlamak, deneylerde kullanmak gibi) onlar üzerinde bir zarar doğurarak insanlara fayda sağlamaktadır. Hayvan refahı görüşü, herhangi bir pratiğin değerlendirilmesinde hayvanların maruz kaldıkları zararlara karşı insanların yararlarını ölçmektedir. Yararlar açıkça zararlardan üstünse o pratik, meşrudur. Fakat hayvanlara verilen zararlar, insanların elde ettikleri zararlardan fazlaysa o pratik, meşru olmayacaktır. Bu yüzden hayvan refahı görüşünde her olay, kendi özelliklerine göre değerlendirilmektedir. Bu tutum, hayvanların boğa güreşleri gibi kanlı sporlarda kullanılmasının tamamen kaldırılması şeklinde bir tavır alınmasını

⁶⁷ FRANCIONE, (2008), s. 249, 250.

⁶⁸ BENTHAM, Jeremy, **An Introduction to The Principles of Morals and Legislation**, T. Payne and Son, London, 1780, s. 351: Of the Limits of The Penal Branch of Jurisprudence.

⁶⁹ MILL, John Stuart, "Whewell on Moral Philosophy" **Autobiography and Literary Essays by John Stuart Mill**, (ed. John M. Robson, Jack Stillinger), University Of Toronto Press, Collected Works, Vol.: X, s. 185-187.

⁷⁰ REGAN, (1998), s. 36, FRANCIONE/CHARLTON, s. 1.

⁷¹ MATHENY, Gaverick, "Utilitarianism and Animals" **In Defense of Animals Second Wave**, (ed. Peter Singer), Blackwell Publishing, 2006, s. 14. SUMNER, L. W., "Animal Welfare and Animal Rights", **The Journal of Medicine and Philosophy**, Vol.: 13, 1988, s. 162.

ise engellememektedir⁷².

Francione'ye göre Bentham ya da Mill'e getirilebilecek ilk eleştiri, hiçbir zaman hayvanların, insanların malı olma statüsünü sorgulamamış olmalarıdır. Ayrıca ona göre; Bentham'ın yaklaşımında iki ciddi hata bulunmaktadır. Birincisi, hayvanların hissetme yetisine sahip oldukları ancak kendilerinin farkında olmadıkları ya da hayatlarını sürdürmede bir çıkarları olmadığı iddiası sorunludur. İkincisi insanlarla hayvanlar arasındaki farklılıklar nedeniyle hayvanlara yeri doldurabilir kaynaklar olarak muamele edebileceği iddiası, hayvanların çıkarlarının ahlaken önemsenmesini de imkânsız hâle getirmektedir⁷³. Sonuçta Bentham ve Mill'in savunularının aksine hayvanların acı çekmeleri de önemsenmeyecektir. Bu, hayvanların çıkarlarını hiç önemseyen diğer görüşlerle Bentham ve Mill'in görüşleri kıyaslandığında, onların görüşlerinin de aynı sonuçlara götürüyor olması demektir⁷⁴.

Hayvan özgürleşmesi görüşünün mimarı olan Signer, Bentham'ın meşhur vecizesini desteklemekte ve ileri sürdükleriyle yararçı felsefenin temel savları örtüşmektedir⁷⁵. Signer'e göre acı çekebilme ve zevk alma yetisi, menfaatlere sahip olmanın önkoşulu olmalıdır. Signer bu hususu, "*Bir taşın fırlatılması, taşın menfaatine değildir*" çünkü taş acı çekebilme ya da zevk alabilme yetisine sahip değildir diyerek açıklamıştır. Bu yüzden ona göre, taşın refahının artırılması için hiçbir şey yapılamayacaktır. Oysa Signer, bir farenin eziyet edilmemeye dair menfaati olduğunu, çünkü farenin, eziyetten dolayı acı çekebildiğini belirtmiştir. O'na göre, bir varlık acı çekebiliyor ya da zevk duyabiliyorsa, dikkate alınması gereken başkaca bir şey yoktur. Konulması gereken tek sınır, budur. Bu sınırın zekâ, ussallık ya da tür gibi başka karakteristiklerle belirlenmesi keyfidir⁷⁶. Signer, kitabında ileri sürdüğü

⁷² SUMNER, s. 162.

⁷³ FRANCIONE, (2008), s. 254.

⁷⁴ FRANCIONE, (2008), s. 254.

⁷⁵ Doktrinde Signer, daha çok yararçı felsefenin taraftarı olarak nitelendirilmektedir. Bkz.: FRANCIONE, Gary L., "Animal Rights Movement, New Welfarism", **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998, s. 40, SUMNER, s. 161; ROWLANDS, Mark, **Animal Rights Moral Theory and Practice**, 2. Edition, Palgrave Macmillan, UK, 2009, s. 1, 55; YOUNT, s. 149; SHERRY, s. 11. Llorente bunun bir yanlış anlaşılma olduğunu ve Signer'in yararçı olmadığını iddia etmektedir. Bkz.: LLORENTE, Renzo, "The Moral Framework of Peter Signer's Animal Liberation: An Alternative to Utilitarianism", **Ethical Perspectives**, Vol.: 16, No.: 1, 2009, s. 62.

⁷⁶ SIGNER, Peter, "A Utilitarian Defense of Animal Liberation", **Animal Rights and Human**

görüşlerin sadece acıyı en aza indirme ilkesine dayandığını belirtmektedir⁷⁷.

Bu ilkeden hareketle Signer, “*Nasıl hayvanlara daha az çektirerek daha fazla yiyecek elde edilebilir?*” sorusunu sormuş ve yapılması gerekenin hayvan eti tüketiminin sonlandırılması olduğunu çünkü onları acı çektirmeden öldürmenin bir yolu olmadığını olsa da insanların belli tipte bir besini tatması için hayvanları öldürmesinin meşru olmadığını savunmuştur. Zira bu durumda hayvanlar, insanların amaçlarının araçları olmaktadır⁷⁸. Ayrıca Signer, hayvanlar üzerinde yapılan deneyleri de ele almıştır. Signer’e göre; deneyinde hayvanları kullanmasını gerekçelendirmek için deneyinin önemli olduğunu iddia eden kişiye, hayvanlarla aynı zihinsel seviyedeki beyin hasarlı bir insanı da deneyinde kullanmayı planlayıp planlamadığı sorulmalıdır. Signer böyle bir deneyin yapılabileceğini hayal bile edemediğini belirtmektedir. O’na göre ırkçılık ve türçülük arasındaki benzerlik bu anlamıyla deney alanında da görülmektedir⁷⁹.

Signer tarihsel süreç boyunca insanların birbirlerine karşı ten rengi ya da cinsiyet gibi nedenlerle ayrımcılık uyguladığını belirtmiştir. Fakat ona göre bugüne kadar uygulanan bu türden ayrımcılıklar son değildir. Ayrımcılıkların son bulduğundan bahsedilmesi de sakıncalıdır. Zira Signer’e göre; bugün aynı durum hayvanlara yapılan ayrımcılık için gündeme gelmiştir. İnsanlar, onların insan türünden olmamaları nedeniyle hayvanlara karşı ayrımcılık yapmaktadır. O’na göre hayvanlar üzerinde deney yapılması ve onların etinin yenilmesi bu ayrımcılığın, yani türçülüğün iki belirgin şeklidir. Diğer iki şekle kıyasen daha önemsiz olsa da, son türçülük şekli, ona göre; çağdaş felsefede görülebilmektedir. Bugün üniversitelerde okutulan felsefe derslerinde insanların diğer türlerle olan ilişkilerine dair önyargılarına meydan okunmamaktadır. Ayrıca sorgulanmamış varsayımları ele alan felsefeciler bile okuyucuların türçü alışkanlıklarını devam ettirmelerini onaylama eğilimindedir. Ahlaki ve siyasi felsefedeki eşitlik sorunu, ona göre sadece “*insani eşitlik*” olarak formüle edilmektedir. Bunun etkisi, bir tür olan insan ve hayvanın eşitliğinin başlı başına bir sorun olarak ele alınmamasıdır. Signer’e göre bu durum, felsefenin yerleşik inançları yıkmadaki başarısızlığını

Obligations, (ed. Tom Regan, Peter Signer), Prentice Hall, 1976, s. 77.

⁷⁷ SIGNER, Peter, **Hayvan Özgürleşmesi**, (çev. Hayrullah Doğan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2002, s. 62.

⁷⁸ SIGNER, (2002), s. 159, 160.

⁷⁹ SIGNER, (2002), s. 83.

göstermektedir⁸⁰.

Signer'ın “*hayvan özgürleşmesi*” terimini kullanması, hayvanlar için olduğu kadar insanlar için de “*haklar*” kavramını reddetmesine dayanmaktadır. O'na göre bazı düşünürler hayvanların haklara sahip olmadığını göstermek için çok zahmet çekmiştir. Onlar, otonom olmanın, toplumun bir üyesi olmanın, diğerlerinin haklarına saygı duymanın ya da adalet duygusuna sahip olmanın haklara sahip olmanın koşulları olduğunu iddia etmiştir. O'na göre bu iddialar, hayvanların özgürleşmesiyle ilgili değildir. Haklar siyasi bir kullanımdır, fakat hayvanlara olan davranışlarımızda radikal bir değişim yapmak için gerekli bir kullanım değildir⁸¹. Signer bunun yerine türcülüğün kaldırılması ve tüm türler arasında eşitliğin sağlanmasını savunmaktadır. O, yararcı bir bakıştan yola çıkarak tüm canlıların menfaatlerine eşit muamele edilmesi ve özen gösterilmesi gerektiğini iddia etmektedir⁸².

Francione'ye göre Signer, insanların mal statüsünde olmasını reddederek, tüm türcüklere karşı çıkmakta, bu anlamda özgürleşmeyi savunmaktadır. Fakat hayvanların, mal statüsünde olmasında hiçbir sorun görmemektedir. Bu yönüyle savunduğu “*eşit muamele ve özen*” gösterilmesi iddiasına aykırı bir yaklaşım sergilemektedir⁸³.

B. KANTÇI BAKIŞ: “*DEĞER*”

Hayvan haklarının felsefi gerekçelendirilmesinde Kant, önemli bir yer teşkil etmektedir. Kant'a göre ikili bir yapıya sahip olan insan, bir yanı ile doğal bir varlık, diğer yanı ile ise akli bir varlıktır. Doğada sıkı bir nedensellik hâkimdir, insan doğanın bir parçası olarak bu nedenselliğin de bir parçasıdır. Bu anlamıyla arzularının kölesidir. Ancak aynı zamanda akli bir varlık da olan ve bu özelliği ile diğer varlıklardan ayrılan insan, nedenler zincirini kırabilir. Özgürlüğün başlangıcı, bu noktadır. Sonuçta insan, bir yönüyle doğaya bağlı olsa da bir yanı ile özgürdür. Yani insanın özgürlüğünün temeli, aklıdır⁸⁴.

Kant'a göre, aklın yasaları vardır. Bunlar “*olması gerekeni*” belirtmektedir. Akılla kavranan dünyada, doğanın aksine nedensellik söz konusu değildir. Çünkü insan, bu yasalara uyup uymamakta özgürdür. Ancak yasalara uyduğunda insan olma, uymadığında ise insanlık vasfından ayrılma

⁸⁰ SIGNER, (2002), s. 237.

⁸¹ SIGNER, (2002), s. 8.

⁸² SUMNER, s. 162.

⁸³ FRANCIONE, (2008), s. 277.

⁸⁴ ÖKTEM/TÜRKBAĞ, s. 162, 163.

durumu söz konusudur. İnsanın sorumluluğu, sahip olduğu bu özgürlüğe dayanmaktadır. Kant'a göre aklın temel yasası, "Öyle eyle ki, her defasında senin istemenin maksimi aynı zamanda genel bir yasamanın ilkesi olarak da geçerli olabilsin."dir. Bu noktada kişinin istemesi, nedensellikten kopmuştur. Çünkü herhangi bir etki ortaya çıksın diye yapılması gereken bir eylemin buyruğu değildir⁸⁵. Bu yasa, koşulsuz olup, insanı bir eyleme zorlamaktadır. İşte bu eylemin adı ise, "ödev"dir.

Kant'a göre bir koşulu beraberinde getiren bir buyruk, aklın yasası sayılmamalıdır. Çünkü özgürlük, istemeyi nedenselliğin dışında bırakmaktadır. Dolayısıyla kişinin kendi mutluluğu, menfaati ya da hoşnutluğu istemenin belirleyici nedeni olduğunda, ahlaklı bir tutumdan ya da ödevin yerine getirilmesinden söz edilemeyecektir⁸⁶. Kant bu anlamıyla yararçı felsefenin tam karşısında yer almaktadır.

Kant'a göre insan, sahip olduğu akıl ve aklın getirdiği özgürlük nedeniyle değerlidir. Bu değerinden ötürü daima başlı başına bir amaç olarak görülmelidir. Özellikle başkalarının bazı yararlar elde etmesi amacıyla birisine bilerek zarar vermek, elde edilen yarar ne kadar büyük olursa olsun, her zaman yanlıştır. Çünkü bu durumda insan, araçsallaştırılmaktadır ki bu Kant'ın felsefesine göre kabul edilemez bir durumdur. Değerli olan insana, diğerlerinin saygılı davranma ödevi de bulunmaktadır ve ona asla araçsal bir değeri varmış gibi davranılamayacaktır⁸⁷.

Hayvan haklarının gerekçelendirilmesinde Kant'ın "değer" görüşünden hareket edilmekte ve hatta bu görüş bir adım öteye taşınmaktadır. Hayvan hakları savunucularına göre, örneğin yenilmek üzere yetiştirilen ve laboratuvarlarda kullanılan hayvanlara her zaman amaç olarak davranılmalı, onlar asla araçsallaştırılmamalıdır. Yani hayvan haklarının bu şekilde temellendirilmesinde aynı insanlarda olduğu gibi bu hayvanların da kendilerine saygıyla davranılması hakkı vardır⁸⁸.

Fakat Kant temel alınarak yapılan bu gerekçelendirme eleştiriyi açıktır. Bizce Kant'ın görüşlerinin temelinde yer alan "özgürlük" ve "akıl" kavramları, hayvan haklarına dair bu savlarla uyuşmamaktadır. Zira hayvanlar ne akıl

⁸⁵ KANT, Immanuel, *Pratik Aklın Eleştirisi*, 5. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2014, s. 23, 28, 33-36.

⁸⁶ KANT, (2014), s. 40.

⁸⁷ REGAN, (2003), s. 30, 67, 68.

⁸⁸ REGAN, (1998), s. 36, 37.

sahibidir ne de özgürdür. Bu yüzden onlar, başlı başına birer amaç olarak kabul edilemez. Keza Kant, “*Etik Üzerine Notlar*” adlı eserinde bunu açıkça belirtmiştir: “*Hayvanlara konu gelince, bizim onlara karşı doğrudan ödevimiz yoktur. Hayvanlar öz bilince sahip değildir ve sadece bir amacın aracı olarak var olmaktadır. Amaç insandır... Bizim hayvanlara karşı ödevimiz sadece insanlığa karşı olan dolaylı ödevimizdir*”⁸⁹.

Kant’a göre bir insan daha fazla bir işe yaramadığı için köpeğini vurursa, köpeğe karşı ödevini ihlal etmiş olmayacaktır. Çünkü köpek, karar verme yetisinden yoksundur. Fakat o kişi kendisinin nazik ve insani özelliklerine zarar vermiş olacaktır ki bu onun insanlığa karşı ödevinin bir parçasıdır. Bilim insanları deney yapmak için yaşayan bir hayvanı kullandıklarında bu kesinlikle zulümdür. Fakat iyi bir amaç için gerçekleştirilmektedir. Sonuç olarak Kant’a göre insanın ödevi, sadece insanadır. Hayvanlara karşı ödevi ise, insanın insanlığa karşı dolaylı ödevidir⁹⁰.

Birçok teoriye kıyasla en çok bilinen haklar teorisini Tom Regan⁹¹ “*Hayvanların hakları var mıdır?*” sorusunu cevaplandırmadan önce “*İnsanların hakları var mıdır?*” sorusunun cevaplandırılması gerektiğini iddia etmektedir. Bu soruyu cevaplandırmak için Kant’a atıfta bulunmaktadır. Kant “*değer*” kavramını kullanırken; Regan “*içkin değer*” kavramını kullanmaktadır. Regan’a göre içkin değere sahip olanlara saygıyla davranmak doğru, saygısızca davranmak ise yanlıştır⁹². Regan, sadece insanların içkin değere sahip olduğunu söylemenin, açıkça türcü bir önyargı olduğunu belirtmektedir⁹³.

Regan’a göre içkin değeri belirlemenin yolu, “*yaşamın öznesi olma*” kriteridir. Bir yaşamın öznesi olan bireyler, inançlara ve arzulara, algılama, hatırlama gibi yetilere ve kendilerinininki de dâhil olmak üzere gelecek duygusuna, haz ve acı hisleriyle birlikte bir duygusal hayata, tercihlere ve esenliklerini belirleyecek çıkarılara, arzuları ve amaçları doğrultusunda eyleme geçme yetisine, zaman içinde gelişen psiko fiziksel kimliğe, başkalarına sağladıkları yararlarından ya da başkalarının çıkarlarına alet olmalarından mantıken bağımsız olarak, yaşantılarının kendileri açısından iyi ya da kötü

⁸⁹ KANT, Immanuel, *Lectures on Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, s. 212.

⁹⁰ KANT, (2001), s. 212, 213.

⁹¹ BEAUCHAMP, s. 199.

⁹² REGAN, (2003), s. 30, 67, 68.

⁹³ REGAN, (2003), s. 94.

olması anlamında bireysel bir refaha sahip bireylerdir. Bir yaşamın öznesi olma kriterini yerine getiren bireyler, kendi başlarına bağımsız içkin bir değere sahiptir⁹⁴.

Regan, bu noktada hangi hayvanların yaşamın öznesi olduğu sorusunu sormuştur. O'na göre en azından memeliler açısından kanıtlar olumlu yöndedir. Ortak duyular, ortak dil, insanlarla ortak olan davranışlar, ortak anatomik yapı, ortak sinir sistemi ve ortak kökenler bu yanıtı desteklemektedir. Ayrıca memeliler, yalnızca insanların biyolojik akrabası olmakla kalmayıp, ruhsal akrabalarıdır. Tıpkı insanlar gibi bu dünyanın içinde, onun farkında, kendi yaşadıklarının farkındadır ve başlarına geleni önemsemektedir. Dolayısıyla insanlar gibi onlar da yaşamın öznesidir⁹⁵. Bu yönüyle insanlarla eşit içkin değer sahiptir ve onlara gösterilen muamele ve saygı, insana gösterilenle eşit olmalıdır. Böylece yaşamın öznesi olan hayvanlara saygı göstermek, bir nezaket meselesi olmaktan çıkmakta ve adalet meselesi olmaktadır⁹⁶. Regan'a göre; insanların kategorik olarak daha üstün, daha yüksek, daha alçak şeklinde sınırlandırılmasını reddeden bu fikir, hayvanlar ve insanların mukayesesinde de uygulanmalıdır. İnsanlar daha üstün ya da yüksek değildir. Hayvanlar da daha düşük ya da alçak değildir. Ahlaki önem açısından insanların içkin değeri ve onlarınki eşittir⁹⁷.

Regan, memeli hayvanların bir yaşamın öznesi olarak görülmesini destekleyen faktörlerin, diğer türdeki hayvanlar için de geçerli olabileceğini savunmuştur. Bu bağlamda kuşlar ve balıklar da dâhil tüm omurgalılardan bahsetmiştir. Fakat tartışmanın selameti için, savunduğu tezleri en az tartışmalı örneklerle yani memeliler ve kuşlarla sınırlı tutmaya razı olduğunu belirtmiştir⁹⁸.

Regan, Signer'in yararcılığını reddetmiş, birçok hayvan türünün ahlaki hakları olduğunu savunmuştur. O'na göre bu türden hayvanlar "*içkin değer*"e sahiptir. Bu yüzden insanlar, o hayvanların sahip olduğu değere saygı duyacak şekilde davranmak zorundadır. Regan için içkin değer, nesnel bir sahipliktir. Yani bir bireyin içkin değere sahip olup olmadığı, diğerlerinin o bireye gösterdiği değere göre belirlenmemektedir. Bu değer sadece onun doğasına,

⁹⁴ REGAN, Tom, **Case for Animal Rights**, University of California Press, USA, 1983, s. 153.

⁹⁵ REGAN, (2007), s. 91.

⁹⁶ REGAN, Tom, "Hayvan Hakları için Temel Argümanlar (The Case for Animal Rights)", (çev. Elçin Gen), **Birikim Dergisi**, No.: 195, 2005, s. 5.

⁹⁷ REGAN, (2003), s. 94.

⁹⁸ REGAN, (2007), s. 94.

nasıl türden bir varlık olduğuna dayanmaktadır. Bu sav, Regan'ı en azından bir açıdan doğal haklar doktrinine yaklaştırmaktadır⁹⁹.

Regan kendisini tutkuyla hayvan haklarına inananlardan saymıştır. Ama iddiasına göre tutkulu inancı, kör duygusallıktan, akla saygısızlıktan ya da insan sevmemeden kaynaklanmamaktadır. Regan hayvan haklarına inancını, hayvan haklarının kabulünün mantıki açıdan daha tatminkâr olduğu gerekçesiyle oluşturmuştur¹⁰⁰. Regan'a göre haklara sahip olmak bir çeşit koruyucu ahlaki kalkan sağlamaktadır. Bu "geçilmez" işareti olarak da tasavvur edilebilir. Eğer insanların hakları olduğunu varsayarsak bu işaretin iki şeyi yasakladığı görülebilecektir. Yasaklardan ilki, diğerlerinin ahlaki olarak bize zarar vermede özgür olmaması, diğeriye başkalarının istedikleri gibi vücudumuza zarar vermemesi ya da bizi öldürememesi ve bizim özgür seçimimize karışmamasıdır. İki durumda da geçilmez işareti diğerlerinin özgürlüklerini ahlaki olarak sınırlandırarak, hakları korumaktadır. Ayrıca hak, insanlara ahlaki güç olarak koz kazandırmakta, ahlaki statü olarak eşitlik sağlamakta, ahlaki iddia olarak adaleti tesis etmekte, ahlaki hak olarak geçerli talep vermekte ve ahlaki bir bütün olarak saygınlık oluşturmaktadır. Bunlar hakların anlamı ve önemini anlamak açısından önemlidir¹⁰¹.

Regan'a göre hayvanların hakları olduğunu reddeden diğer teoriler başarısızdır. Örneğin insanların hayvanlara karşı doğrudan ödevleri olmadığını söylenmesi tatmin edici değildir. O'na göre türcü ahlaki teoriler, insanın karakterinden dolayı ödevde sahip olduğunu belirten teoriler, yararçı teori, Kant'ın fikri ve hayvan refahı teorileri yetersizdir. Kendi iddiası olan hayvanların hakları olduğu konusunda sağlam bir delili olup olmadığı sorusuna insan haklarını işaret ederek cevap vermektedir. O'na göre bu sahalarda sağlam deliller gösterilmesi mümkün değildir. Bu yüzden onun iddiasının aksi kanıtlanmalıdır. Bu külfet de onun ulaştığı sonuçlara karşı çıkan diğerlerine aittir¹⁰².

Regan, hayvanlar ve insanların çıkarları çatıştığında ne yapılması gerektiğini anlatmak için bir metafordan yararlanmıştır. Bu metaforda bir kurtarma botunda dört normal insan ve bir köpek vardır. Beşinden biri denize atılmazsa bottakilerin hepsi ölecektir. Regan'a göre köpek, denize atılmalıdır.

⁹⁹ ROWLANDS, s. 1, 2.

¹⁰⁰ REGAN, (2003), s. XIII.

¹⁰¹ REGAN, (2003), s. 25-29.

¹⁰² REGAN, (2003), s. 95, 96.

Çünkü bottakilerin tümünün içsel değeri eşit olsa bile, köpeğin ölmesinin doğuracağı zarar ile insanın ölmesinin doğuracağı zarar kıyaslanamaz¹⁰³.

Regan bu metaforda, insanın hayatı ve hayvanın hayatının kıyaslanamayacağını belirtmiştir. Oysa teorisinde köpekler ve insanların eşit değerde olduğunu savunmaktadır. Bu durum çevre ve hayvan çalışmaları profesörü Jamieson'a göre akla; Regan'ın iddiasının, hangi durumlarda pratiğe yansıtacağı sorusunu gelmektedir. Zira Regan yararcı teorisinin aksine kendi teorisinin hayvan deneylerini tümünden reddettiğini savunmaktadır. Fakat onun kurtarma botuna dair verdiği metafor hatırlanırsa, tek bir normal insanın hayatı için bile sayısız hayvanın hayatı feda edilecektir¹⁰⁴. Bu da büyük bir çelişki yaratmaktadır.

C. HAYVAN DOĞASI

Regancı görüşün yanında hayvan hakları görüşünün felsefi temeli olarak “*hayvan doğası*” argümanı gösterilebilir. Bu argümana göre hayvanlar, doğal canlılardır. Her biri, doğada ayrı birer işlev yerine getirmektedir. Dolayısıyla tüm varlıklar gibi doğanın mevcudiyetini ve sürekliliğini sağlayan hayvanlar, kıymetlidir. Onların doğadaki işlevlerinin devamının sağlanması, tüm evrenin varlığı açısından zaruridir. Bu yüzden hayvanların doğal yaşam şartlarının korunması ve kendi doğalarına uygun yaşama koşullarının sağlanmasına dair hakları bulunmaktadır. Onların sahip olduğu bu hakkı yerine getirecek olan; yani hayvanların doğal özelliklerinin korunması ve biyolojik sistemlerinin işlevini sürdürmesini sağlamak ödeviyle donatılmış olan, insandır. Hayvanların doğalarının korunmasına yönelik hakları ihlal edildiği takdirde, suçlanacak olan da yine insandır.

1. Doğal Hukuk

Hayvanların doğasının korunmasına dair insanın ödevi, İlk Çağ'da doğal hukuk¹⁰⁵ tarafından yüklenmiştir. “*Doğa*” kavramı üzerine kurulu olan doğal hukuk; tabiatta geçerli olan hukuk, tabiattan kaynaklanan hukuk, tabiata uygun olan hukuk demektir. Aynı şekilde İlk Çağ doğal hukukçuları tarafından hukukun geçerliliğinin ölçüsü olarak görülen adalet de doğaya uygunluk

¹⁰³ REGAN, (1983), s. 324.

¹⁰⁴ JAMIESON, Dale, “Rights, Justice, and Duties to Provide Assistance: A Critique of Regan's Theory of Rights”, *Ethics*, Vol.: 100, No.: 2, 1990, 359.

¹⁰⁵ Hukuk felsefesi tarihinde önemli ve sürekli rolü olan bir düşünce akımını temsil eden Tabii Hukuk anlayışı, tarihsel bir evrime sahiptir ve farklı kişisel öğretilerde farklı anlamlar kazanmıştır. Bu nedenle tek tip bir tabii hukuk anlayışından söz edilmesi olanaksızdır. Bkz.: GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007, s.149.

ile tanımlanmaktadır. Doğaya uygun olan adil; doğaya aykırı olan ise gayri adildir¹⁰⁶.

İlk Çağ doğal hukukçuları tarafından hukuk ve adaletin ölçüsü olarak görülen “doğa” ile kastedilen şey, beşerî değil, fiziki ve biyolojik doğadır. Yani İlk Çağ doğal hukukçuları, “doğa”dan; fiziki doğa düzenini anlamıştır. Onlara göre, “toplumsal düzen”, “doğal düzen”e uygun olmalıdır. Aynı şekilde insan doğası da fizikî ve biyolojik doğaya tâbidir. Dolayısıyla insanların koyduğu kanunlar da, biyolojik doğanın koyduğu kanunlara uygun olmalıdır¹⁰⁷. Söz konusu bu yaklaşım, insanın hayvan doğasına saygı duyma ödevinin temellerinden birini oluşturmaktadır. Zira doğada var olan düzene uyum sağlanması, ancak hayvanların doğalarının korunmasıyla olacaktır.

2. Ekolojik Bakış

İlk Çağ’da doğal hukuk tarafından yüklenen bu ödev, bugün çevre etiğinin yüklediği bir ödevdir. İnsanın diğer canlı ya da cansız varlıklarla ilişkilerini düzenleyen, varlık bütünlüğü bilincine dayanan yeni bir kültürün geleneği olarak ortaya çıkan çevre etiği, ekosistemi oluşturan tüm varlıkların uyum ve işbirliği içinde var olabileceği bir yaşam etiğinin temelini oluşturmaktadır¹⁰⁸. Ekolojik bulguları çevre etiğine ilk uygulayanlardan biri, Aldo Leopold’ dur. Leopold’a göre toprak etiğinde birey, bağımsız parçalardan oluşan ve toprakları, suları, bitki ve hayvanları içeren bir topluluğun parçasıdır. Bu anlamıyla bu topluluğun bütünlüğünü ve güzelliğini koruyan her şey, etikdir¹⁰⁹.

Alman düşünür Hans Jonas ise, insanın hayatta kalmasının dünyayı ve dünyanın geleceğinin korunmasına dair çabalara bağlı olduğunu savunmaktadır. Jonas insan merkezci bakış ve faydacı bakış açısından tam olarak ayrılmaya da, Batı uygarlığının saplandığı nihilizmi, insanın doğaya karşı sorumluluğunu vurgulayarak aşmaya çalışmaktadır¹¹⁰. Hatta “insanlığı” sorumluluk

¹⁰⁶ GÖZLER, Kemal, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, **Muhafazakâr** Düşünce, Cilt:4, Sayı: 15, 2008, s. 79.

¹⁰⁷ Doğal hukukta tabiatın kanunu (fusus) ve insanların koyduğu kanun (nomos) arasında ikilik vardır. Bkz.: FRIEDMANN, Wolfgang, **Legal Theory**, Fourth Edition, Stevens & Sons Limited, London, 1960, s.47.

¹⁰⁸ Bugün çevre etiği tartışmalarında yer alan en önemli sorun etiğin, insan mı, canlı mı yoksa çevre merkezci mi olması gerektiğine yöneliktir. Bkz.: AKKOYUNLU ERTAN, Kıvılcım, “Çevre Etiği”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 1, 1998, s. 135.

¹⁰⁹ AKKOYUNLU ERTAN, s. 136.

¹¹⁰ ŞAHİN, Ümit, “Yeşiller ve Hayvan Hakları”, **Birikim Dergisi**, No.: 195, 2005, s. 2.

kapasitesine sahip olmasıyla tanımlamaktadır. Jonas’a göre sorumluluk, fiziki varoluşumuzun ontolojik bileşimini ahlaksal olarak tamamlamaktadır. O’na göre tabiatın “*kendinde iyiliği*” insanda derin bir saygı uyandırmaktadır. Bu “*iyiyi*” oluşturan her organizmanın kendi varlığının devamına yönelik doğal çabası ise, “*ahlaksal bir aracı olan*” insanın kendisinde, tüm canlıların varoluşunu amaç edinen bir sorumluluğa dönüşmektedir¹¹¹. Jonas, doğada tanımladığı erekselliği insan aracılığıyla ahlaksal dizgeye taşımıştır ve böylece insana yüklediği “*ödev*” ile insanın doğanın “*herhangi*” bir unsuru olarak tanımlanmasını engellemiş olmaktadır¹¹².



SONUÇ YERİNE: “*ŞİZOFRENIYE İLAÇ MAHİYETİNDE*”¹¹³

Tarafımızca yazılmış bu makalede hayvanların korunmasına dair görüşler ele alınmıştır. Her görüşün takdir edilecek yanları olduğu gibi eleştirilecek yanları da bulunmaktadır. Fakat bizce “*hayvan doğası*” argümanı, ele alınan görüşlerden daha tutarlıdır. Çünkü “*doğa*” merkeze alındığında, tutarsızlık kendiliğinden ortadan kalmaktadır. Zira “*doğa*”ya müdahale edilemez, “*doğa*” değiştirilemez ya da “*doğa*”, herhangi bir tarafın lehine kullanılamaz. Doğa sadece vardır ve insanlar korumaya devam ettiği sürece

¹¹¹ JONAS, Hans, **The Imperative of Responsibility**, University of Chicago Press, 1984, s. 10, 136, 137.

¹¹² ŞAHİN, s. 2.

¹¹³ Resimler için Bkz.: AKALIN, Şebnem, “*Kuşevi*”, **İslam Ansiklopedisi**, Yıl: 2002, Cilt: 26, s. 472, 473.

var olacaktır. Bu yüzden “doğa” (tümel anlamda doğa ya da insan, hayvan ya da bitki doğası) ölçü alınmalı ve ona uygun olan, iyi; uygun olmayan ise, kötü addedilmelidir. Doğanın içeriğinin belirlenmesi ise şüphesiz felsefecilerin, hukukçuların, siyasetçilerin ya da sıradan şahısların işi değildir. Bilim insanlarının, biyologların ve çevre bilimcilerin işidir.

İlk Çağ’da doğal hukukun ve günümüzde çevre etiğinin insana yüklediği hayvan doğasını koruma ödevinin, nasıl yerine getirildiğine dair tarihimizde çarpıcı örnekler bulunmaktadır. Osmanlı Devleti mimarisinde XVI. yüzyıldan itibaren örneklerine rastlanan serçe, güvercin gibi kuşların barınması için binaların cephelerine yapılan ve zamanla süsleme öğesi niteliği kazanan kuş evleri bu örneklerden birisidir. Bu evler literatürde; kuş köşkü, kuş sarayı, serçe sarayı ve güvercinlik adlarıyla da geçmektedir. Sıva, ahşap, tuğla veya taştan işlenmiş kuş evleri çoğunlukla cami, medrese, han veya türbelerde görülmekle birlikte sivil mimaride de uygulama alanı bulmuştur. Yapıların kuzey rüzgârını almayan cephelerine, kuşların düşmanlarının ulaşamayacağı yüksekliklere, güneşten ve yağıştan korunmaları için geniş saçakların ve konsolların altına yerleştirilmiştir¹¹⁴. Bu husus, zamanı ve kökeni bilinmemesini rağmen, Türk kültüründe ve mimarisinde diğer hiçbir coğrafyanın tanıklık etmediği bir durumdur¹¹⁵. Bu örneklerde insanların, doğal ortamlarını tahrip ve işgal ettiği hayvanlara karşı ödev bilinciyle hareket ettiği görülmektedir. Kentleşmeyle doğadan uzaklaşan kuşların doğasının korunması amacıyla bir özür mahiyetinde bu türden evler inşa edilmiştir. Bugünkü mimaride artık kuş evlerine rastlanmamaktadır. Barınacak yer bulamayan kuşlar, şehirlerimizi büyük ölçüde terk etmiştir¹¹⁶.

Bir başka ilginç örnek, tarihteki ilk hayvan hastanesi olan ve Bursa’da kurulmuş Gurabahane-i Laklakan’dır. Bu hastane, kentleşmeyle göçleri zorlaşan ve göç yolunda yaralanan ya da bitap düşen leylekleri tedavi etmek için kurulmuştur¹¹⁷.

¹¹⁴ AKALIN, s. 472.

¹¹⁵ ERMAN, Deniz Onur, “Bird Houses in Turkish Culture and Contemporary Applications”, *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, Vol.: 122, 2014, s. 307. <http://www.marra-kech-riad.co.uk/2015/01/the-mysterious-holes-in-the-walls-of-marrakech/>, (erişim tarihi 14.03.16).

¹¹⁶ SUNGURBEY, İsmet, *Hayvan Hakları Bir İnsanlık Kitabı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.: 3685, İstanbul, 1992, s. 97.

¹¹⁷ ORUÇ, Soner, “Kuş Evleri Almadan Verebilmenin Sembolü”, http://www.trakus.org/kods_bird/pdf/22856.pdf, (erişim tarihi 11.02.2016).

Hayvanların doğasına insanın duyduğu derin saygıyı göstermek açısından takdire şayan başka bir örnek Osmanlı Devleti avcılığında görülmektedir. Osmanlı Devleti'nde avcılar, üç kısma ayrılmaktaydı: Padişahla beraber ava giden ulufeli avcılar, muhtelif orta ve bölükler efradı arasında bulunan tımarlı avcılar ve muafli avcılar. Muafli avcılar, kendi aralarında yuvacı, kayacı, tülekçi ve yavrucu gibi sınıflara ayrılmaktaydı. Yuvacılar ve kayacılar, sarp ve kayalık yerlerde yuvaları arayıp bulmakta; tülekçi ve yavrucular ise, yavruların büyümesini ve kanatlanmasını sağlamaktaydı. Bu hizmetlerine karşılık bu avcıların emrine çiftlikler verilmekte ve avcılar, vergiden muaf tutulmaktaydı. 1528 tarihinde çıkarılan bir Kanunname'de Padişah, kuşlarla ilgilenen avcıların defter tutmasını ve bu defterlere, vahşi doğanların, çakırların, şahinlerin ve diğer kuşlarla yavrularının nerede ve ne durumda olduklarının yazılmasını emretmekteydi¹¹⁸. Bu Kanunname, hayvan hakkı olarak “*hayvan doğası*”nı merkeze alması nedeniyle önemlidir. Avcılık yasaklanmamasına rağmen, yavruların avlanması ya da zarar görmesi engellenerek, vahşi kuşların doğadaki varlığı korunmakta ve türlerinin devamı sağlanmaktaydı.

1502 tarihli başka bir Kanunname'de ise “*ve ayağı yaramaz bargiri işletmeyeler. Ve at ve katır ve eşek ayağını gözedeler ve semerin göreler. Ve ağır yük urmayalar; zira dilsüz canâverdir. Her kangısında da eksük bulunursa, sahibine tamam etdüre. Eslemeyeni gereği gibi hakkından gele. Ve hammallar ağır yük urmayalar, müte'aref üzerine ola*” hükmüne yer verilmiştir. Yukarıdaki maddede hayvanların dilsiz canlılar olduğu için duydukları acıyı anlatamayacakları bu yüzden onlara gerekli özenin gösterilmesi gerekliliği ifade edilmiştir¹¹⁹. Bir katıra taşıyabileceğinden fazla ağırlık yüklenmesi, onun doğasına uygun davranılmaya dair hakkını zedelemektedir. Bu yönüyle insanların hayvanları kullanabileceği, fakat bunu onların doğalarına uygun olarak yapmaları gerektiği belirtilmiştir.

XIX. yüzyılın başında Londra'da gerçekleşen bir isyan, insanların “*hayvan doğası*”nı korumaya yönelik çabalarına çarpıcı başka bir örnek

¹¹⁸ AKGÜNDÜZ, Ahmet, **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri**, İstanbul, 1992, s. 62, 63.

¹¹⁹ Hayvan haklarının XX. yüzyılın başında savunulmaya başlandığı düşünüldüğü takdirde, bu maddenin çok ilerici bir hukuk anlayışının mahsulü olduğu anlaşılacaktır. Bkz.: AKGÜNDÜZ, Ahmet, **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri**, İstanbul, 1990, s. 295. Osmanlı Devleti'nde hayvanların korunmasını amaçlayan “*Sokak Hayvanlarına Emek Veren Vakıf*”, “*Hayvanlara Mera Açan Vakıf*”, “*Güvercinhane Yaptırma Vakfı*” ve “*Leylekleri Koruyan Vakıf*” gibi birçok vakıf kurulmuştur. Bkz.: **Tarihte İlginç Vakıflar**, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları No.: 102, İstanbul, 2012.

oluşturmaktadır. 1902 yılında Londra Üniversitesi Profesörü Starling, Terrier cinsi bir köpeği pankreas tedavisine yönelik yürüttüğü deneyinde kullanmak için ameliyata almıştır. Ameliyattan sonra iki ay boyunca köpek, kafeste tutulmuştur. 1903 Şubatı'nda Profesör, ameliyatın sonuçlarını görmek için köpeğin karnını açmıştır. Daha sonra yarayı pensle kapatmış ve köpeği Dr. Bayliss'e teslim etmiştir. Dr. Bayliss ise ders verdiği esnada öğrencilerine göstermek için, köpeğin boynunda tamamen yeni bir yara daha açmıştır. Acılar içinde kıvranan köpek, yarım saat sonra araştırmacı lisansı olmayan Dale'e verilmiştir. Dale, köpeğin ölmesine sebep olmuş, köpeğin ölümü üzerine açılan dava sırasında, İngiliz halkı ayaklanmıştır. Gönderilen sayısız mektup üzerine, basın bu durumu bir "*adalet*" meselesi olarak ele almıştır. "*Kahverengi köpek isyanı*" olarak anılan bu olay, hayvanların deneylerde kullanılmasına dair ilk büyük ve sesli karşı çıkış olarak tarihe geçmiştir¹²⁰.

Verilen tüm bu örneklerde hayvanların, "*doğal canlılar*" olduğu ve doğal yaşam şartlarının korunmasıyla hayvanların kendi tabiatlarına uygun yaşama kapasitelerinin sağlandığı gözlemlenmektedir. Tüm bu örnekler, girişte belirtildiği üzere hayvan ve insan arasındaki "*şizofrenik*" durumun aşıldığını göstermekte adeta bu şizofreniye ilaç gibi gelmektedir.

¹²⁰ http://www.navs.org.uk/about_us/24/0/286/, (erişim tarihi 05.03.2016).

KAYNAKÇA

İnternet Kaynakları

http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=animal, (erişim tarihi 02.03.2016).

http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=right, (erişim tarihi 03.03.2016).

http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=right, (erişim tarihi 03.03.2016).

http://www.navs.org.uk/about_us/24/0/286/, (erişim tarihi 05.03.2016).

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/animal>, (erişim tarihi 06.01.16).

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/liberation>, (erişim tarihi 02.03.2016).

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/right>, (erişim tarihi 06.01.16).

<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/welfare>, (erişim tarihi 07.01.16).

<http://teacherweb.com/ON/PerthDistrictCollegiateInstitute/CindyRotar/What-is-the-difference-between-a-Right-and-a-Freedom.pdf>, (erişim tarihi 30.12.15).

Diğer Kaynaklar

A Dictionary of Biology, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 1996.

A Dictionary of Science, Sixth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010.

ABERCROMBIE, M./HICKAMN, M./JOHNSON, M. L./THAIN, M., **The New Penguin Dictionary of Biology**, Eighth Edition, Penguin Books, 1990.

AKALIN, Şebnem, “Kuşevi”, **İslam Ansiklopedisi**, Yıl: 2002, Cilt: 26.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri**, İstanbul, 1992.

AKGÜNDÜZ, Ahmet, **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki**

Tahlilleri, İstanbul, 1990.

AKKOYUNLU ERTAN, Kıvılcım, “Çevre Etiği”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 1, 1998.

AKTAŞ, Hamza, “İslam’da Çevre Bilinci ve Eğitimi”, **Turkish Studies-International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic**, Cilt: 9, Sayı: 8, 2014, 153-170.

BEAUCHAMP, Tom L., “Rights Theory and Animal Rights”, **The Oxford Handbook of Animal Ethics**, (der. BEAUCHAMP, Tom L./FREY, R. G. Frey), Oxford University Press, New York, 2011.

BENTHAM, Jeremy, **An Introduction to The Principles of Morals and Legislation**, T. Payne and Son, London, 1780.

BERLIN, Isaiah, “İki Özgürlük Kavramı”, **Kirpi ve Tilki Seçme Makaleler**, (der. Murat Borovalı, çev. Mete Tunçay, Zeynep Mertoğlu), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

BERLIN, Isaiah, **Four Essays on Liberty**, Clarendon Press, Oxford, 1969.

CAVALIERI, Paola, “Animal Liberation Ethics”, **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998.

CRANSTON, Maurice, “İnsan Hakları Nelerdir?”, **Sosyal ve Siyasal Teori**, (der. Atilla Yayla), Siyasal Kitabevi, 1993.

DEGRAZIA, David, “Autonomy of Animals, Animal Rights” **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998.

DYKE, Vernon Van, “The Cultural Rights of Peoples”, **Universal Human Rights**, Vol.: 2, No.: 2, 1980, 1-21.

EDMUNDSON, William A., “Do Animals Need Rights?”, **The Journal of Political Philosophy**, Vol.: 23, No.: 3, 2015, 345–360.

ELIADE, Mircea, **Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi I, Taş Devrinden Eleusis Mysterialarına**, (çev. Ali Berktaş), Üçüncü Basım, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2012.

ERMAN, Deniz Onur, “Bird Houses in Turkish Culture and Contemporary Applications”, **Procedia-Social and Behavioral Sciences**, Vol.: 122, 2014, 306-311.

FRANCIONE, Gary L., **Hayvan Haklarına Giriş, Çocuğunuz mu Köpeğiniz mi?**, (çev. Renan Akman, Elçin Gen), İletişim Yayınları, İstanbul, 2008.

FRANCIONE, Gary L., “Animal Rights Movement, New Welfarism”, **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998.

FRANCIONE, Gary L./CHARLTON, Anna E., “Abolitionist Approach to Animal Rights” **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998.

FRASER, David, “Animal Welfare” **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998.

FRIEDMAN, Milton, **Kapitalizm ve Özgürlük**, (çev. Doğan Erberk, Nilgün Himmetoğlu), Altın Kitaplar, İstanbul, 1988.

FRIEDMANN, Wolfgang, **Legal Theory**, Fourth Edition, Stevens & Sons Limited, London, 1960.

GIBSON, Miah, “The Universal Declaration of Animal Welfare”, **Deakin Law Review**, Vol.: 16, No.: 2, 2011, 539-567.

GÖKPINAR, Mahmut, “Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması”, **TBB Dergisi**, Cilt: 120, 2015.

GÖZLER, Kemal, “Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı”, **Muhafazakar Düşünce**, Cilt:4, Sayı: 15, 2008, 77-90.

GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2007.

JAMIESON, Dale, “Rights, Justice, and Duties to Provide Assistance: A Critique of Regan’s Theory of Rights”, **Ethics**, Vol.: 100, No.: 2, 1990, 349-362.

JONAS, Hans, **The Imperative of Responsibility**, University of Chicago Press, 1984.

KANT, Immanuel, **Lectures on Ethics**, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

KANT, Immanuel, **Pratik Aklın Eleştirisi**, 5. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2014.

KISTLER, John M., **Animal Rights, A Subject Guide, Bibliography**

and **Internet Companion**, Greenwood Press, USA, 2002.

Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Meali, 26. Baskı, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 86-A, Ankara, 2012.

KUYURTAR, Erol, **Haklar**, <http://www.liberal.org.tr/sayfa/haklar-erol-kuyurtar,232.php>, (erişim tarihi 10.02.2016).

LINZEY, Andrew, "Christian Theology and Animal Rights", http://www.shapworkingparty.org.uk/journals/articles_89/6_Linzey.pdf, (erişim tarihi 10.02.2016).

LLORENTE, Renzo, "The Moral Framework of Peter Singer's Animal Liberation: An Alternative to Utilitarianism", **Ethical Perspectives**, Vol.: 16, No.: 1, 2009, 61-80.

MATHENY, Gaverick, "Utilitarianism and Animals" **In Defense of Animals**, Second Wave, (ed. Peter Singer), Blackwell Publishing, 2006.

MILL, John Stuart, "Whewell on Moral Philosophy" **Autobiography and Literary Essays by John Stuart Mill**, (ed. John M. Robson, Jack Stillinger), University Of Toronto Press, Collected Works, Vol.: X.

NİSANYAN, Sevan, Sözlerin Soyağacı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Everest Yayınları, İstanbul, 2012.

ORUÇ, Soner, "Kuş Evleri Almadan Verebilmenin Sembolü", http://www.trakus.org/kods_bird/pdf/22856.pdf, (erişim tarihi 11.02.2016).

ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, **Felsefe, Sosyoloji ve Hukuk**, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

REES, Paul A., **Dictionary of Zoo Biology and Animal Management**, Wiley Blackwell, 2013.

REGAN, Tom, "Animal Rights" **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall, Greenwood Press), USA, 1998.

REGAN, Tom, "Hayvan Hakları için Temel Argümanlar (The Case for Animal Rights)", (çev. Elçin Gen), **Birikim Dergisi**, No.: 195, 2005.

REGAN, Tom, **Case for Animal Rights**, University of California Press, USA, 1983.

REGAN, Tom, **Kafesler Boşalsın Hayvan Haklarıyla Yüzleşmek**, (çev. Serpil Çağlayan), İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.

ROWLANDS, Mark, **Animal Rights Moral Theory and Practice**, 2.

Edition, Palgrave Macmillan, UK, 2009.

SCRUTON, Roger, **Animal Rights and Wrongs**, <http://www.demos.co.uk/files/Animalrightsandwrongs2nded.pdf>, (erişim tarihi 09.02.2016).

SHERRY, Clifford, J., **Animal Rights: A Reference Handbook**, 2. Edition, Greenwood Publishing, USA, 2009.

SIGNER, Peter, **Hayvan Özgürleşmesi**, (çev. Hayrullah Doğan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2002.

SIGNER, Peter, “A Utilitarian Defense of Animal Liberation”, **Animal Rights and Human Obligations**, (ed. Tom Regan, Peter Signer), Prentice Hall, 1976.

SIGNER, Peter, **Animal Liberation**, Harper Collins Publishers, New York, 2002.

SUMNER, L. W., “Animal Welfare and Animal Rights”, **The Journal of Medicine and Philosophy**, Vol.: 13, 1988, 159-175.

SUNGURBEY, İsmet, **Hayvan Hakları Bir İnsanlık Kitabı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.: 3685, İstanbul, 1992.

SZYTBEL, David, “Distinguishing Animal Rights from Animal Welfare” **Encyclopedia of Animal Rights and Animal Welfare**, (ed. Marc Bekoff with Carron A. Meaney, Foreword by Jane Goodall), Greenwood Press, USA, 1998.

ŞAHİN, Ümit, “Yeşiller ve Hayvan Hakları”, **Birikim Dergisi**, Sayı: 195, 2005.

Tarihte İlginç Vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğü Yayınları No.: 102, İstanbul, 2012.

Türkçe Sözlük, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurulu Yayınları, Ankara, 2010.

YAYLA, Atilla, **Liberalizm**, 6. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, 2011.

YOUNT, Lisa, **Animal Rights**, Revised Edition, Infobase Publishing, USA, 2008.

İDARE HUKUKUNDA KAMU GÜCÜ AYRICALIĞI KAVRAMI VE BİR KAMU GÜCÜ AYRICALIĞI OLARAK HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ*

İsmail UÇAR**

ÖZET

İdari rejim sistemindeki kamu gücü fikri, idarenin birçok ayrıcalık ve üstünlüğe sahip olması sonucunu doğurmaktadır. İdarenin bu kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olmasının nedeni ise idari faaliyetin konusunun kamu hizmeti, amacının ise kamu yararı olmasıdır. Kamu gücü kavramı birçok farklı disiplin ve alanda kullanıldığından çok sayıda görünüme sahip olsa da, idare hukukunda kullanıldığında daha dar ve teknik bir niteliğe bürünmektedir. İdarenin sahip olduğu kamu gücü ayrıcalıkları, idare hukukunu özel hukuktan ayıran en önemli yön olmasıyla birlikte, kamu gücünü de idare hukukunun temel kavramlarından biri haline getirmektedir. Kamu gücü, idari işlemin özelliklerinde kendini fazlasıyla göstermektedir. En genel anlamıyla, idari işlemin aksi ispat edilinceye dek hukuka uygun varsayılması sonucunu doğuran hukuka uygunluk karinesi, hem bir kamu gücü ayrıcalığı olarak idari işlemin özellikleri arasında yer almakta hem de idarenin kullandığı kamu gücü ayrıcalıklarına meşruiyet sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu gücü, ayrıcalık, idari işlemin özellikleri, hukuka uygunluk karinesi, meşruiyet.

THE CONCEPT OF PUBLIC POWER PRIVILEGE IN ADMINISTRATIVE LAW AND PRESUMPTION OF LEGAL CORRECTNESS AS A PUBLIC POWER PRIVILEGE

ABSTRACT

The concept of public power in the administrative regime system leads to that administration has several privileges and supremacies. The reason why the administration has these public power privileges is that its purpose is public service, but its intention is public interest. The public power concept, despite having several aspects due to its being used in several different disciplines and areas, takes on a more narrow and technical characterization when it is used in administrative law. The public power privileges of the administration, in conjunction with being the most important

* Bu makale, yazarın İdare Hukukunda Kamu Gücü Kavramı adlı Yüksek Lisans Tezi'nden türetilmiştir.

** Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, İdare Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi, ismailucar305@gmail.com.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24.06.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01.09.2016

aspect which makes administrative law different from private law, makes public power one of the fundamental concepts of administrative law. Public power clearly demonstrates itself through the characteristics of the administrative act. In the most general sense, the presumption of legal correctness, which leads the administrative act to be presumed to be in compliance with laws until proven otherwise, is one of the characteristics of the administrative act as a public power privilege and also legitimizes the public power privileges which are used by the administration.

Keywords: *Public power, privilege, characteristics of the administrative act, presumption of legal correctness, legitimacy.*

GİRİŞ

İdare hukukunda kamu gücü kadar çok başvurulan ve itibarlı ancak aynı zamanda bu kadar karmaşık olan çok az kavram vardır. Hukuk dilinde bu kavram, farklı dönemlerde, birçok farklı yönde kullanılmıştır. Kavramın zenginliği, belki de özünü oluşturan niteliğinden daha çok, bu kavramın bilinmezliği ve aynı zamanda akla getirdiği kudretten kaynaklanmaktadır¹.

Siyaset bilimi ve kamu hukuku doktrinde geçmişte adı sıkça anılan ve bugün de anılmaya devam eden kamu gücü kavramının ne anlama geldiğine ilişkin muğlaklık bulunmaktadır². Bu sebeple kavrama, belki de ulaştığı bu geniş yelpazeden dolayı, birbirinden oldukça farklı anlamlar yüklenmektedir.

İdare hukukunda en genel anlamda idarenin sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıkları ifade etmek için, “kamu gücü” ya da “kamu gücü ayrıcalıkları” kavramları kullanılmaktadır. Bu iki kavram dışında, “özel hukuku aşan şartlar”, “kamu gücü ayrıcalıkları ve yükümlülükleri” gibi kavramlara da başvurulmaktadır.

Kamu gücü ayrıcalıkları, kamu yararını sağlamak amacıyla idari faaliyetin konusu olan kamu hizmetlerini yerine getirmek için idarece başvurulan araçlardır. İdare hukukunun ana kavramlarından biri olan kamu gücü ayrıcalığına, idare hukukuna ilişkin tüm konularda rastlamak mümkündür.

¹ Michel, ROUSSET, **L'idée de la Puissance Publique en Droit Administratif**, Dalloz, Paris, 1960, s. 7.

² Mazéres kamu gücü nedir sorusunun, “unutulan ve hatta unutulduğu da unutulmuş” bir soru olduğunu belirtiyor. Jean-Arnaud, MAZERES, “Qu'est-ce Que la Puissance Publique?”, **La Puissance Publique à l'Heure Européenne**, sous la direction de Philippe Raimbault, Dalloz, Paris, 2006, s. 9.

İdari faaliyetin en temel aracı olan idari işlem ise, bu vasfı sebebiyle doğal olarak kamu gücü ayrıcalıklarının en yoğun görüldüğü alandır.

İdari işlemin hukuk düzeninde yer aldığı sürece hukuka uygun addedilmesine hukuka uygunluk karinesi adı verilmektedir. Bu yönüyle idarenin ayrıcalıkları lehine bir çeşit meşruiyet zırhı haline de gelen karinenin değeri, niteliği ve doğurduğu hukuki sonuçlar üzerinde, doktrinde tam bir fikir birliğinin olmadığı belirtmek gerekir.

Çalışmanın birinci bölümünde kamu gücü kavramı incelenerek, kamu gücü ayrıcalıklarının idare hukukundaki anlamı ve yeri değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise hukuka uygunluk karinesi kavramı, üzerindeki tartışmalarla birlikte ele alınarak, bu kavramın kamu gücü fikri ve ayrıcalıklarıyla ilişkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

1. KAMU GÜCÜ

Kamu gücü kavramı idare hukuku dışında, siyaset bilimi ve diğer kamu hukuku dallarında sıklıkla kullanılmakta ve bu yönüyle geniş bir yelpazeye hitap etmektedir. Aslında idare hukukundaki kamu gücü fikri de, devlet teorisindeki geniş anlamda kamu gücü kavramıyla bütünleşmekte ve onun içinde yer almaktadır. Devlet teorisindeki kamu gücü ile kastedilen, devlete kararlarını kabul ettirme ve gerektiğinde zorla icra etme yeteneği veren tek yanlı emir verme gücüdür³.

Denizeau yasama, yürütme ve yargının da yararlandığı kamu gücünü ifade etmek için “devletsel kamu gücü” ifadesini kullanmıştır⁴. Okandan’a göre ise devletin üstün gücünü ifade etmek için kullanılan egemenlik teriminin çeşitli tartışmalarla birlikte tercih edilmemeye başlanmasıyla emretme gücü, amme kudreti, amme iktidarı, devlet gücü, devlet iktidarı, otorite, siyasi güç gibi terimler kullanılmaya başlanmıştır⁵. Dolayısıyla geniş anlamda kamu gücü kavramının kapsamına, devletin üç organı olan yasama, yürütme ve yargının sahip olduğu devlet yetkilerinin, ayrıcalıklarının ve üstünlüklerinin tamamı girmektedir. Başka bir deyişle geniş anlamda kamu gücü sadece idareye ayrılmış değildir⁶. Bu yönüyle kamu gücü kavramının kapsamına

³ Charlotte, DENIZEAU, *L’idée de Puissance Publique á l’Epreuve de l’Union Européenne*, LGDJ, Paris, 2004, s. 5.

⁴ Denizeau, s. 5.

⁵ Recai G., OKANDAN, *Umumi Amme Hukuku*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1966, s. 742.

⁶ Denizeau, s. 5.

idari fonksiyon içerisinde değerlendirilemeyecek olan, yasama organının kanun yapması, anayasa değişikliği, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı vermesi, Bakanlar Kurulu'nun ifa ettiği siyasi fonksiyon, birtakım askeri faaliyetler gibi faaliyetler de girmektedir. Dolayısıyla kavram geniş anlamıyla kullanıldığında idare hukukuna özgü, teknik bir kavram olmaktan çıkmakta; sınırları oldukça geniş, anayasa hukuku, ceza hukuku ve hatta icra-iflas hukuku gibi birçok hukuk dalıyla ve siyaset bilimi, felsefe gibi bilimlerle doğrudan ilgili hale gelmektedir.

Genç bir hukuk dalı olması itibariyle idare hukukunda, diğer hukuk dallarındaki kurum ve ilkelerden sıklıkla yararlanır. Ancak idare hukuku diğer hukuk dallarına bağımlı olmayan özerk bir hukuk dalı olduğundan, bu yararlanma bünyesinde taşıdığı özellikler dikkate alınarak yapılır⁷. Kamu gücü kavramı, idare hukukunda kullanıldığında, idare hukukuna özgü teknik bir kavram haline gelmekte ve aslında kendine has bir anlayışı ifade etmektedir. Kamu gücü ayrıcalığı kavramı ise bu anlayış neticesinde, idarenin işlevini yerine getirebilmek için sahip olduğu üstün araçları işaret etmektedir. Kamu gücü kavramının çok geniş bir çerçevede kullanıldığı da düşünüldüğünde “kamu gücü ayrıcalığı”, kamu gücüne nazaran “idare hukukuna daha özgü” bir olguyu işaret etmektedir. Dolayısıyla bugün idare hukuku literatüründe daha çok “kamu gücü ayrıcalığı” kavramı tercih edilmektedir⁸.

Karmaşık bir kimliğe ve birçok görünüme sahip olan kamu gücü kavramı, birbirinden ayrılmaz iki bileşeni; “kamu”daki niteliği ve “güc”ündeki özü bir arada değerlendirilerek anlaşılabilir⁹. Dolayısıyla kamu gücü ayrıcalığını incelemek için öncelikle “kamu”, “güç” ve “ayrıcalık” kavramları üzerinde durmak gerekir.

1.1. Kamu

Kamu kavramı sözlükte iki ayrı tanıma sahiptir. İlk olarak “*halk hizmeti gören devlet organlarının tümü*” anlamını taşımaktadır. Bunun yanında kamunun “*bir ülkedeki halkın bütünü, halk, amme*” anlamı da vardır. Bir toplumbilim terimi olarak ise kamu, “*topluluk oluşturucu ortak çıkarlar*

⁷ Ethem E., ATAY, İdare Hukuku, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 39-41.

⁸ Kemal, GÖZLER, **İdare Hukuku**, 2.Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, C.I., s. 87. Jean, RIVERO/ Jean, WALINE, **Précis de Droit Administratif**, 21. Baskı, Dalloz, Paris, 2006, s. 23. Vlachos özel hukuku (genel hükümleri) aşan blok ifadesini tercih etmekte, kamu gücü ayrıcalığı kavramını ise bu blok dâhilinde, alt başlığında yer alan “tek yanlı icrai karar rejimi” için kullanmaktadır. Georges C., VLACHOS, **Les Principes Généraux du Droit Administratif**, Ellipses, Paris, 1993, s. 49.

⁹ Mazères, s. 12.

çevresinde oluşan ve üyeleri bu ortak çıkarlar konusunda karar birliğine ulaşmak için etkileşimde bulunan toplumsal kesim” demektir¹⁰.

Kamu denilince akla gelen ilk kavram, genellikle devlet olmaktadır. Çoğu zaman kamu ile devlet sanki eş anlamlıymış gibi anlaşılır. Ancak kamu kavramı her ne kadar devletle özdeşleşmiş bir ciddiyet akla getirirse de aynı zamanda toplumu da ifade etmektedir¹¹.

Divanü Lugati't Türk'te “kamug”¹² kavramı, hepsi, herkes anlamlarında kullanılmıştır¹³. Yani kavramın kökenine bakıldığında, “birden fazla, çokluk” manasını içerdiği görülmektedir. Dolayısıyla kamu kavramının kökeninde, devlet anlamına nazaran toplum anlamının daha ağır bastığı söylenebilir¹⁴.

Günümüzde kamu kavramı “amme” yerine kullanılmaktadır. Amme, toplumun geneli, halk anlamı taşır. Etimolojik incelemeyi bir kenara bırakırsak kamu, çeşitli teknik tamlamalar içinde bazen tek başına devlet, bazen tek başına toplum, bazen de aynı anda hem devlet hem de toplum anlamında kullanılmaktadır. Kamu personeli, kamu kurumu, kamu giderleri, kamu tüzel kişisi gibi kavramlarda kamu ifadesi devleti işaret etmektedir. Kamu sağlığı, kamu düzeni, kamu güvenliği dendiğinde kamu kavramıyla akla ilk olarak toplum gelir. Kamu malı, kamu yararı dendiğinde ise kamudan, hem devlet hem de toplum anlaşılabilir¹⁵.

Kamu kavramı da kamu gücü gibi muğlak bir kavramdır¹⁶. Kamu gücü kavramında, kamunun toplum anlamında mı yoksa devlet anlamında mı kabul edilmesi gerektiği tartışılabilir. Anayasanın başlangıç hükümlerinde ve 6'ncı maddesinin ilk fıkrasında bulunan “Egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir”

¹⁰ **Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük.**

¹¹ Münci N., ÇAKMAK, İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013 s. 17-18. Yelbaşı Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü'nde kamuyu, 1. Devlet, devlete ait, ilişkin, halk hizmeti gören devlet organlarının tümü, 2. Bütün, hep, genel, herkes, alem, umum, 3. Halka dair, halkın tamamı, bütün insanlar, 4. Amme, umuma mahsus olan, şeklinde tanımlamıştır. Cengiz, YELBAŞI, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2014, s. 329.

¹² Kelimenin kökeninin, İran kökenli antik bir dil olan Soğdca diline dayandığı, ancak Türk Dil Devrimi sürecinde, Öztürkçe sanılarak yeniden diriltildiği belirtilmektedir. Süer, EKER, “Divanü Lugati't-Türk ve İran Dillerinden Kopyalar Üzerine”, **I. International Journal of Central Asian Studies**, S. 13, 2009, s. 239 (8 numaralı dipnot).

¹³ “Kamug kişi tüz ermes (Herkes bir olmaz).” Eker, (2009), s. 259.

¹⁴ Çakmak, s. 18.

¹⁵ Daha detaylı bilgi için bkz. Çakmak, s. 17-27.

¹⁶ Hannah Arendt'e göre kavrama tüm zenginliğini veren de sahip olduğu muğlaklıktır. Mazères, s. 32.

ilkesi, egemenliğin idare hukukundaki yansıması olan kamu gücünde de, kamunun millet anlamında kullanıldığını, yani başka bir deyişle kamu gücünün toplumun/milletin gücü anlamına geldiğini akla getirebilir¹⁷.

Kamu gücünde kamunun toplumu/milleti mi yoksa devleti/idareyi mi ifade ettiği hususunda bir sonuca ulaşabilmek için idare hukukunda “kamu”yu içeren diğer kavramların incelenmesi faydalı olacaktır. Örneğin kamunun hem toplum hem de devlet anlamında kullanıldığının söylenebileceği kamu yararı kavramı¹⁸, kamu gücünde kamunun ne anlam ifade ettiğini belirleme konusunda yol gösterici olabilir. Kamu yararının gerçekleşmesiyle birlikte toplumun tamamının ya da bir kesiminin menfaati doğrudan olumlu bir şekilde etkilenir. Yani kamu yararıyla toplum arasında bir bağ vardır. Bununla birlikte kamuoyu¹⁹, kamuya açık alan, kamu sağlığı²⁰ gibi kavramlarda kamu aslında tam olarak sadece toplumu ifade etmektedir²¹. Ancak kamu gücünde aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Kamu yararında toplumsal menfaat, kamuoyunda toplumun genel görüşü, kamu sağlığında toplumun genel sağlık durumu söz konusuken, kamu gücünde toplumun kullandığı bir güçten söz edilemez. Kamu gücünün kullanımında toplumun olsa olsa hayli dolaylı bir bağı söz konusudur. Doğrudan bağ ancak bireylerin kamu gücü kullanımının pasif tarafını oluşturduğu, yani gücü kullanan tarafta değil, gücün kullanımından etkilenen tarafta olduğu durumlarda kurulur²². Çünkü kamu gücünde ayrıcalığı ve gücü kullanan devlet ve idare organlarıdır. Aslında kamu gücü toplumda yaşayan insanların kuvvetinin toplamı olarak

¹⁷ Örneğin devlet gücünün kaynağını toplumda bulan görüşe göre, Romalılar imperium yetkisinin (devlet gücünün) esas sahibinin toplum olduğunu, bu gücün idare edenlere toplum tarafından vekâleten verildiğini savunmuşlardır. Aynı görüş 15’inci yüzyılın sonlarından itibaren teorik olarak gelişmiş John Locke, J.J. Rousseau gibi taraftarlar kazanmıştır. 1791, 1793 ve 1848 Fransız Anayasalarında da yer almış, milli egemenlik ve halk egemenliği görüşleri üzerinde etkili olmuştur. Okandan, s. 758 vd.

¹⁸ Kamu yararında hem ülkesi, insanı ve egemenliğiyle devlet, hem de insanları bir arada tutan kamusalılık anlayışı bir arada bulunmaktadır. Çakmak, s. 25-26.

¹⁹ Bir konuyla ilgili halkın genel düşüncesi, halkoyu, amme efkârı, efkârıumumiye. **Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.**

²⁰ Bir toplumda büyük halk kitlelerinin sağlık koşulları açısından içinde bulunduğu durum. **Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük.**

²¹ Çakmak, s. 25.

²² Roma hukukunda kamu gücü sübjektif bir nitelik olarak değerlendirilerek halkın iradesine bağlı bir iktidar olarak tespit edilmiştir. Ancak halkın bu gücü doğrudan doğruya kullanmadığı gerçeğiyle karşılaşınca hukukçular hatalarının farkına vararak yeni değerlendirmeler yapmak zorunda kalmışlardır. Ethem, MENEMENCİOĞLU, “Amme Kudreti ve Şahsiyet Nazariyesi”, **Türk Hukuk Kurumu Yayınları**, Ankara, 1959, s. 3-4.

değerlendirilebilecek olmakla birlikte, toplumsal bir zaruretle birlikte, bugün idare elinde merkezileşmektedir²³.

Sonuç olarak kamu gücü kavramındaki kamu niteliği, devleti ve daha geniş anlamda onunla ilişkili veya onun yörüngesinde bulunan otoriteleri ifade etmektedir²⁴. Dolayısıyla kamu gücündeki kamunun, devlet/idare anlamında ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. Anayasanın da 6'ncı maddesinde egemenliğin kayıtsız şartsız Milletle olduğunu belirttikten sonra ikinci fıkrasında Türk Milletinin, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanacağını belirtmiştir. Kamu gücü de, devletin yürütme organının uzantısı olan idarece kullanıldığında, idarenin gücü olmaktadır.

1.2. Güç

Güç kelimesi sözlükte birçok tanıma sahiptir. Kamu gücü kavramındaki güç, “fizik, düşünce ve ahlak yönünden bir etki yapabilme veya bir etkiye direnebilme yeteneği, kuvvet”, “bir olaya yol açan her türlü hareket, kuvvet, takat”, “büyük etkinliği ve önemi olan nitelik”, “bir şeyin yapılmasını tüzeyle, anlaşmayla değil de, baskı yoluyla sağlayan etkinlik” gibi sözlük anlamlarıyla ilişkilendirilebilir²⁵. Kamu gücü yerine kamu kudreti kavramı da sıklıkla kullanılmaktadır. Kudret ise “güç, erk, erke, iktidar” demektir²⁶.

Hem hukuk hem de siyaset geleneğinde, genellikle egemenlik kavramına yakın anlamda kullanılan, hatta zaman zaman onunla karıştırılan “güç” kavramıyla, açık bir şekilde tahakküm, buyruk ve boyun eğilmesi zorunlu kuvvete atıf yapılmaktadır. Hauriou ise kavrama buyruk ve emir fikrinin ötesinde çok daha farklı ve derin bir anlam vermiş; kamu gücünü çalışma, harekete geçme ve gerçekleştirme gücüyle ilişkilendirmiştir²⁷.

Kamu gücündeki güç, her zaman zorlama, baskı, tahakküm, otorite, bir tarafın bağımlılığı ve diğer tarafın buyruğu anlamına gelmemektedir. Bu noktada güç, “kurum” ve “faaliyet” kavramlarıyla açıklanmaktadır. Hauriou'nun fikirlerinden²⁸ yola çıkan Mazeret'e göre güç, bir kurumun

²³ Menemencioglu, s. 8.

²⁴ Mazéres, s. 32.

²⁵ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük.

²⁶ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük.

²⁷ Mazéres, s. 30.

²⁸ Hauriou'ya göre modern kamu hukuku egemenlik ya da hâkimiyet hukuku, yasa ve kurumlar olmak üzere üç temel fikir etrafında şekillenmektedir. Ona göre güç, yasayla eşgüdümlü

enerjisi, yani organize olmuş bir faaliyetin gayretidir. Aslında bazı durumlarda kamu “gücü”, tahakküm, nüfuz ve söz geçirmeden çok, bir faaliyet, bir eylemdir²⁹.

Hem kişinin hem de eşyanın, özlerinde gizli maddi veya manevi bir güç bulundurup bulundurmadığı, söz konusu gücün dış âleme yansması suretiyle tespit edilebilir. Dolayısıyla kamu gücünün varlığı da, dış âlemde meydana getirdiği değişiklikler gözlenerek kavranabilir³⁰.

1.3. Ayricalık

Ayricalık, kelime anlamı olarak “başkalarından ayrı ve üstün tutulma durumu, imtiyaz” demektir³¹. En geniş anlamıyla hukuki anlamda ayricalık “genel bir yükümlülüğten muaf tutma ya da istisnai bir hukuki rejime dâhil etme yoluyla, yararlananlara daha fazla veya daha az hukuki ya da ekonomik avantajlar sağlayan, genel hukuk karşısında bir farklılık” olarak tanımlanabilir³². Bu kapsamıyla hukuksal anlamda bir değer ifade eden ayricalık kavramı, temel olarak devlet yetkileri ve özellikle de idare işlevi bakımından belirleyici bir hal almaktadır³³. Ayricalık bir yandan tek yanlı hareket etmek suretiyle hukuki sonuçlar yaratabilme yeteneğini ifade etmekte; diğer yandan ise onu kullanan egemen organların paylaştığı kamu iktidarının yapısı ve sahip olduğu yetkilerin niteliğine ilişkin yapılan incelemelerde de önemli bir yere sahip olmaktadır³⁴.

Kamu hukukunda ayricalık kavramını Erkut; “Devlet organlarının ve İdare Cihazının tabi olduğu istisnai ve üstün hukuki rejime bağlı faaliyetler ile bu nitelikteki faaliyetler sırasında üçüncü kişiler üzerinde onların iradelerinden bağımsız biçimde sonuçlar yaratabilme imtiyazı” şeklinde tanımlamakta ve ayricalıkların devlet organlarına ait olmasına rağmen, bireyler üzerindeki somut etkileri göz önüne alındığında esas itibarıyla idareye özgü bir alan olduğunu belirtmektedir³⁵.

olan kurumsal faaliyettir (enerjidir). Mazéres, s. 32.

²⁹ Mazéres, s. 32.

³⁰ Menemencioğlu, s. 3.

³¹ **Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük.**

³² Georges, DUPUIS, **Les Privilèges de l'Administration**, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1962, C.I., s. 15.

³³ Celal, ERKUT, **Kamu Kudreti Ayricalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**. Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004, s. 52.

³⁴ Erkut, s. 53.

³⁵ Erkut, s. 53.

1.4. Kamu Gücü Ayrıcalıklarının Kaynağı

İdare hukukunun en önemli ayırt edici özelliği kamu gücü fikrine dayanmasıdır³⁶. Devlet teorisindeki “geniş anlamda kamu gücü (devlet kudreti)” kavramıyla bütünleşen ve onun içinde yer alan idare hukukundaki kamu gücü fikri³⁷, devlet, anayasa ve egemenlik kavramları ile birlikte özü bir, ayrılmaz bağlantılar sağlamaktadır³⁸. Mazéres’e göre egemenlik, meşruiyet ile birlikte kamu gücüne kimliksel karakterini kazandıran temel kavramdır³⁹.

İdare hukukundaki kamu gücü fikrine kaynaklık eden egemenlik kavramının mucidi Bodin, egemenliği bir devletin mutlak ve sürekli iktidarı olarak tanımlamıştır⁴⁰. Egemenlik kavramının Fransızca karşılığı olan “souveraineté” köken olarak Latince’de “en üstün iktidar” anlamına gelen “superanus” kelimesinden gelir⁴¹. Ortaçağ’ın sonlarından itibaren devlet ile ilgili bir anlam kazanan egemenlik, devlete, emretme, hükmetme ya da son sözü söyleme gücü sağlarken, bir yandan devlet de belirli bir toprak ve halk üzerinde, “kesin karar verme gücünü kullanan aygıt” olarak ortaya çıkmaktadır⁴². Bu noktada devlet öncelikle karar verme tekeli elinde bulunduran bir aygıttır. Tek ve birleşik bir merkezden yönetilme ise “karar birliği” olgusunun bir yansımasıdır⁴³.

İdare hukukunun kamu hukukunun bir dalı olması ona temel niteliklerini kazandırmıştır. En önemlisi de bu ilişki, devletin egemenliğinden idari faaliyetin temel hukuki aracını; yani kamu gücünü ortaya çıkarmıştır⁴⁴. Hem hukuk dalları arasındaki, hem de bahse konu iki kavram arasındaki yakın ilişki sonucu, egemenlik ve kamu gücü kavramları iç içe geçmiş, yakın ve hatta çoğu zaman karıştırılan, birbiri yerine kullanılan kavramlar haline gelmiştir⁴⁵. Egemenliğin niteliklerine bakıldığında, bu kavramın kamu gücüyle arasındaki

³⁶ Gözler, C. I., s. 87.

³⁷ Denizeau, s. 5.

³⁸ Denizeau, s. 3.

³⁹ Mazéres, s. 13.

⁴⁰ Jean, BODIN, **Les Six Livres de la République**, Edition et Présentation de Gérard Mairet, Paris, 1993, s. 111.

⁴¹ Münici, KAPANİ, **Politika Bilimine Giriş**. 17. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2005, s. 54-56.

⁴² Reyhan, SUNAY, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 22.

⁴³ Sunay, s. 25.

⁴⁴ Didier, TRUCHET, **Droit Administratif**, 6. Edition, Thémis, Paris, 2015, s. 25.

⁴⁵ Mazéres, s. 13.

farkı ortaya koymak gerekir. Devlet bazı kamu gücü ayrıcalıklarından, onları bir başka uluslararası hukuk süjesine devrederek ya da onunla paylaşarak vazgeçebilir. Bu durumda devlet egemenliğinden vazgeçmiş ya da onu bir başka uluslararası hukuk süjesi lehine sınırlandırmış değildir. Ancak yine sahip olduğu bu egemenlik gücüyle aldığı bir kararla kamu gücü ayrıcalığını paylaşmış olur⁴⁶. Başka bir deyişle, devletin kamu gücü ayrıcalığını paylaşmak iradesi, egemenliğinin verdiği güçle ortaya çıktığından, kamu gücü ayrıcalığını paylaşması egemenliğinden vazgeçtiği sonucunu doğurmayacaktır.

İdare hukukundaki kamu gücü fikrine kaynaklık edebilecek en yaygın kavram olan egemenliğin yanında, en eski kavram olan imperium yetkisine de değinmek gerekir. Imperium Roma Kamu Hukukuna ait bir terimdir⁴⁷. Roma Hukukunda devlete tanınan en geniş yetkileri ifade etmek için kullanılan imperium yetkisinin, “imparator emirnameleri”nde somutlaştığı kabul edilmektedir⁴⁸. Erkut’a göre Roma Hukukunun yasal kaynakları olan bu emirnamelerin, kamu gücü ayrıcalıklarının da temeli olduğu söylenebilir⁴⁹.

Günümüzde imperium kavramına hemen hemen sadece yargıcın yetkileri bakımından yaklaşılsa da, kavramın çeşitli hukuk dallarını da ilgilendirmesi göz önünde bulundurulduğunda “devletin imperium yetkisi” olarak da ele alınması gerekir⁵⁰. Hiçbirisi anlamını tam olarak ortaya koymasa da, kavram genel olarak, devletin ayrıcalıklarına dâhil olan güç, zor kullanma ve emretme fikirlerini çağrıştırmaktadır⁵¹. Yani en genel anlamda imperium yetkisinin devlet adına egemenlik yetkilerini kullananlara tanınan üstün iktidar olduğu söylenebilir⁵².

Emretme yetkisinin doğal uzantısı olan zor kullanma hakkı dâhilinde, emir verme, re’sen icra ve yaptırım uygulama gibi zorlayıcı yöntemlerin de imperium yetkisinin kapsamında olduğu düşünüldüğünde, imperium yetkisi çerçevesinde kullanılan gücün, günümüz kamu gücü ayrıcalıklarının da

⁴⁶ Denizeau, s. 12.

⁴⁷ Charles JARROSSON, “Réflexions Sur L’Imperium”, *Etudes Offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, s. 247. Yahya K., ZABUNOĞLU, *Devlet Kudretinin Sınırlandırılması*. Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963, s. 35.

⁴⁸ Mişon VENTURA, *Roma Hukuku*, İstanbul, 1934, C.I., s. 101-102’den aktaran Erkut, (2004), s. 43.

⁴⁹ Erkut, (2004), s. 43. Menemencioğlu, s. 3.

⁵⁰ Erkut, (2004), s. 42. Jarrosson, s. 246.

⁵¹ Jarrosson, s. 245.

⁵² Erkut, (2004), s. 44.

temelini oluşturduğu sonucuna varılabilir⁵³. Zira idarenin toplum üzerinde üstünlüğünü kurabilmek için kullandığı hareket vasıtası olan kamu gücü de, devletin tekelinde olan zor kullanma gücünü ifade etmektedir⁵⁴.

Yasalarda öngörülmüş olan, idarenin tek yanlı aldığı kararları re'sen uygulaması, işlemlerini icra ederken herhangi bir yargı kararına ihtiyaç duymaması gibi kamu gücü fikrinden kaynaklanan ayrıcalıkların özünü, hükmetme ve gerektiğinde zor kullanma gücünü içeren imperium yetkisi oluşturmaktadır⁵⁵. Jarroson da, idarenin icrai kararlar alabilme olanağının sonucu olan “ön ayrıcalığı”nı ve bu kararları re'sen icra edebilme ayrıcalığını imperium yetkisinin görünümleri arasında saymaktadır⁵⁶.

1.5. İdare Hukukunda Kamu Gücü Ayrıcalığı Kavramı

Kamu gücü, idare hukukunun temel kavramı olarak görülmekte⁵⁷ ve bu sayede idari faaliyetin bazı görünümünü açıklamaya imkân sunmaktadır⁵⁸. İşlevsel anlamda kamu gücü bir etkinliği ifade etmektedir. Bir tasarrufun içeriğine bakıldığında özel hukuk ilişkilerinden farklı üstünlük ve ayrıcalıklar içeriyorsa kamu gücünden bahsedilir. Kavramın bu yönüne vurgu yapmak için günümüzde genelde “kamu gücü ayrıcalıkları” ifadesi tercih edilmektedir⁵⁹.

*“Kamu gücü ayrıcalıkları, özel hukukta görülmeyen, özel hukuku aşan birtakım yetki ve durumlar olarak tanımlanabilir.”*⁶⁰ Bu yönde bir tanım tercih edilince, bazı yazarlar doğrudan “özel hukuku aşan ayrıcalıklar” ifadesini kullanmaktadır⁶¹. Her ne kadar kamu gücüyle birlikte “ayrıcalık”⁶² kavramı ön plana çıksa da, idare hukukunda idareye tanınan ayrıcalıklar ve üstünlüklerin yanında, idare aynı zamanda yükümlülüklerle de tabi tutulmaktadır⁶³. Bu

⁵³ Erkut, (2004), s. 45.

⁵⁴ Agathe, VAN LANG/ Geneviève, GONDOUIN/ Véronique, INSERGUET-BRISSET, **Dictionnaire de Droit Administratif**, 6. Edition, Sirey, Paris, 2015, s. 372.

⁵⁵ Erkut, (2004), s. 46-47.

⁵⁶ Jarroson, s. 257-258.

⁵⁷ Truchet, s. 46.

⁵⁸ Mazéres, s. 23.

⁵⁹ Gözler, C. I., s. 87. Rivero/ Waline, s. 23.

⁶⁰ Gözler, C. I., s. 87.

⁶¹ René, CHAPUS, **Droit Administratif Général**, 15. Edition, Montchrestien, Tome 1, 2001, s. 469-470. Gözler, C. I., s. 87. Vlachos, s. 49.

⁶² Ayrıcalık kavramı kamu gücü anlayışının derinliğini ortaya koymaktadır. Erkut, (2004), s. 53.

⁶³ Erkut, (2004), s.59-60. Gözler, s.87. Jacques, CHEVALLIER, “Le Droit Administratif,

nedenle “özel hukuku aşan ayrıcalıklar” ifadesi yerine “özel hukuku aşan ayrıcalıklar ve bağımlılıklar” ifadesi de kullanılmaktadır⁶⁴.

İdare, faaliyetlerini yürütebilmek için özel hukuk kişilerinin yaptığı sözleşmeler gibi, özel hukukun sunduğu vasıtalara başvurabilir. Bununla birlikte sıklıkla, özel hukuku aşan ayrıcalıklar olarak da ifade edilen, ona kamu gücü niteliklerini veren kamu hukuku vasıtalarına başvurmak zorunda kalmaktadır⁶⁵.

Kamu yararının temsilcisi sıfatıyla⁶⁶ tek yanlılık denen genel bir gücü elinde bulunduran idare, özel kişilerin kamu yararının gerçekleşmesine engel olabilecek dirençlerinin kırılabilmesi için⁶⁷ “kendini zorla kabul ettiren kararlar” alma ayrıcalığına sahiptir⁶⁸. Yani kamu yararının gerçekleşmesi için idarenin bu kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olması bir zorunluluktur⁶⁹. Bu yönüyle kamu gücü ayrıcalıkları, idarenin faaliyetlerini gerçekleştirmek için kullandığı hukuki vasıtalar⁷⁰.

İdarenin kamu gücü kullanarak üçüncü kişiler karşısında çeşitli ayrıcalıklara sahip olduğu ilk kez Hauriou tarafından dile getirilmiştir⁷¹. Yazara göre idarenin sahip olduğu bu ayrıcalıklı konum iki farklı temele oturtulmuştur. Birincisi, idarenin tek yanlı işlem yapabilmesi ve bu işlemlerin icrası için herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymamasıdır. İkincisi ise tek yanlı idari tasarruflara karşı açılan davalarda yürütmenin kendiliğinden durmaması, idari tasarrufların hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gibi idarenin yargı organları önünde sahip olduğu avantajlardır⁷².

Droit de Privilège?”, **Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques**, 1988, s. 59. Rivero/ Waline, s. 23.

⁶⁴ Gözler, C. I., s. 87.

⁶⁵ Chapus, s. 469-470.

⁶⁶ Bahtiyar, AKYILMAZ/ Murat, SEZGİNER/ Cemil, KAYA, **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 30.

⁶⁷ Metin, GÜNDAY, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 17.

⁶⁸ Chapus, s. 470.

⁶⁹ Günday bu görüşünü açıklamak için şu örneği veriyor; idare toplumsal bir gereksinimi karşılamak için bir taşınmaza ihtiyaç duyduğunda eğer özel kişiyle eşit konumda olursa, taşınmazı elde etmek için özel kişinin rızasına ihtiyaç duyar. Yani malik eğer taşınmazını satmak istemezse, idare o taşınmazı alamaz ve dolayısıyla ilgili kamu hizmetini yürütmesi imkânsız hale gelir. Günday, s. 17.

⁷⁰ Chapus, s. 469.

⁷¹ Erkut, (2004), s. 55.

⁷² Jacques, CHEVALLIER, **L’Elaboration Historique du Principe de Séparation de la Jurisdiction Administrative et de l’Administration Active**, LGDJ, Paris, 1970, s. 271-272’den aktaran Erkut, (2004), s. 55.

Kamu gücü ayrıcalıkları kural olarak idareye özgü ayrıcalıklardır. Sadece idare kamu hizmeti misyonunu yerine getirdiği ölçüde bu ayrıcalıklardan yararlanabilirler. Örneğin idareye karşı cebri icra yollarının bulunmaması ve dolayısıyla idarenin mallarının haczedilemezliği, bayındırlık eserlerinin dokunulmazlığı ilkesi⁷³ gibi koruyucu ayrıcalıklar idarenin iyi işleyişini temin etmektedir. Bununla birlikte bir kamu hizmetini görmekle yükümlü kılınmış özel hukuk kişileri de, sadece o hizmetine ilişkin bazı ayrıcalıklardan yararlanmaktadır⁷⁴.

Kamu gücü ayrıcalıklarını ve yükümlülüklerini tek tek saymak, eksiksiz bir listesini yapmak mümkün değildir⁷⁵. İdare hukukunda idarenin sahip olduğu üstünlükler bir “ayrıcalıklar zinciri”⁷⁶ meydana getirmekte; iç içe geçmiş ve bir bütünlük halinde birbirlerini izler ve tamamlar şekilde geniş bir “ayrıcalıklar bloğu”⁷⁷ ortaya çıkarmaktadır. Bu blokta yer alan asli ve vazgeçilmez kamu gücü ayrıcalıkları, idarenin tek yanlı tasarruflarda bulunabilme, bu tasarruflarını başka bir makamın onayı ya da rızası olmadan yürütebilme ve gerektiğinde cebri icra gibi zor kullanma usullerine başvurabilme yeteneği⁷⁸ ile idari tasarrufların hukuka uygunluk karinesi zırhına sahip olması biçimindeki ayrıcalıklardır⁷⁹. Bu ayrıcalıklardan bazıları idarenin harekete geçerek bir eylemde bulunmasına izin verirken bazıları da idareyi dışsal (harici) fiillerden ve etkilerden korumaktadır⁸⁰. Bir başka deyişle söz konusu ayrıcalıklar bloğu, idareye faaliyet ayrıcalıkları ve koruma ayrıcalıkları sunmaktadır. Koruma ayrıcalıkları kamu yararının temsilcisi

⁷³ Fransa’da 150 yıldan beri tekrarlanan, Türkiye’de ise çok da üzerinde durulmayan bu ilke, “yanlış yere yapılmış bayındırlık eseri yıkılamaz” düşüncesiyle içtihadî bir ilkeye dönüşmüştür. Bu ilkeye göre Fransa’da mahkemelerin bir bayındırlık eserinin işlemesine, bütünlüğüne müdahale eden karar veremeyeceği kabul edilmektedir. Gözler, C. II, s. 994.

⁷⁴ Henri, OBERDORFF, *Les Institutions Administratives*, 6. Edition, Sirey, Paris, 2010, s. 38.

⁷⁵ Gözler, C. I., s. 91.

⁷⁶ Erkut, (2004), s. 56.

⁷⁷ Erkut, (2004), s. 58.

⁷⁸ İdare edilenlere karşı tek taraflı yükümlülükleri zorla kabul ettirme gücü ve bunları icra etmek için gerektiğinde cebre başvurma kudreti, kamu gücünü karakterize ederek onu ortaya koyan iki temel güçtür. Van Lang/ Gondouin/ Inserguet-Brisset, s. 372.

⁷⁹ Erkut bu noktada bir ayırım yapmakta, temel ve vazgeçilmez ayrıcalıklar bloğunun imperium yetkisinden kaynaklandığını, diğerlerinin ise idari rejimin temel yapısı ve karakterinden kaynaklanan ayrıcalıklı hukukî rejimler ile genel idari usulün olağan sonucu ortaya çıkan hukukî rejimin üstün ve istisnai yapısından kaynaklandığını belirtmektedir. Erkut, (2004), s. 59.

⁸⁰ Chapus, s. 470.

olan idareye karşı “elverişsiz” olan bazı faaliyet ve tedbirleri engelleyerek⁸¹ (idareye karşı cebri icra yollarının bulunmaması gibi) onu hukuki vasıtalarla belli bir koruma alanı içine almaktayken, faaliyet ayrıcalıkları idarenin kamu yararını gerçekleştirme için harekete geçmesine izin vermektedir.

Kamu gücü ayrıcalıkları, ülke üzerinde yaşayan insanların hak ve özgürlüklerini koruma aracıdır⁸². Devlet, bireylerin menfaatleri karşısında duran, onlarla çatışan bir yapı değil, aksine kişisel çıkarların bütününe ifade olarak, kamu yararını tesis ve temsil eden, onu sürdürme ve gerçekleştirmeye çalışan/çalışması gereken bir yapıdır⁸³. Kamu hukuku alanında idareye bireyin karşısında birtakım üstünlük ve ayrıcalıkların verilmesi, idarenin kamu hizmetlerini ifa etme yükümlülüğünün bir sonucu olarak⁸⁴, temsil ettiği kamu yararını gerçekleştirebilmek ve onu üstün kılabilmek amacını taşır. Bu bakımdan bireylerle ilişkilerde üstün tutulan aslında devlet değil, onun temsil ettiği ve gerçekleştirmekle yükümlü olduğu kamu yararıdır⁸⁵.

Tüm bu açıklamaların sonucunda, en geniş anlamda “*Devletin tekelinde olan örgütlenmiş zorun, idare tarafından kullanılan biçimi*”⁸⁶ olarak nitelendirilebilecek kamu gücü, devletin kurucu unsurlarından egemenliğin idare hukukundaki yansıması olarak⁸⁷, işlem ve eylemlerinde kamu yararını sağlamayı amaç edinen idarenin, bu amaç doğrultusunda ve asla keyfi olarak kullanılmamak üzere⁸⁸ donatıldığı üstünlük ve ayrıcalıklar demetinin toplamı⁸⁹ şeklinde tanımlanabilir.

Kamu gücünün tanımını yaptıktan sonra burada bir hususun daha altını çizmek gerekir. Egemenlik, imperium yetkisi ve kamu gücü gibi kavramların ortaya atıldığı dönemlerde devlete ilişkin yaklaşım şüphesiz bugünkü hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılamaz. Bu sebeple, bu kavramların hukuk devleti anlayışından önceki dönemden akılda kalan nitelikleri, zaman

⁸¹ Chapus, s. 474.

⁸² Hasan N., YAŞAR, İdare Hukuku, 2. Baskı, Der Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 32.

⁸³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 27.

⁸⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 26.

⁸⁵ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 26.

⁸⁶ Onur, KARAHANOGULLARI, **Bazı İdare Hukuku Kavramlarına Sözlük Tanımları**. (Tarih belirtilmemiş) (<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kavramlar.pdf> Erişim: 11/03/2016). Van Lang/ Gondouin/ Inserguet-Brisset, s. 372.

⁸⁷ Atay, (2014), s. 148, 633.

⁸⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 30.

⁸⁹ Erkut, (2004), 36, 38. Rousset, s. 67.

zaman kavramların hukuki sınır ve denetimle uyumsuz olduğu sonucunun çıkarılmasına yol açmaktadır. Ancak devletten bağımsız düşünülemez olan bu kavramlar, devlete ilişkin anlayışın değişmesiyle doğal olarak yeni bir kimliğe bürünmüştür. Hukuk devleti anlayışının hâkim olduğu günümüzdeki modern devlette artık devletin egemen kudreti ve otoritesi sınırsız değildir⁹⁰. Hukuk devletinde kamu gücü, hukukla sınırlandırılmış ve ona bağımlı kılınmış, yani hukukun üstünlüğü ilkesi üzerine inşa edilmiştir⁹¹. İdarenin, genel hukuk ilkelerinin, anayasanın ve yasaların tanıdığı yetkilerin dışında, sınırsız ve keyfi bir ayrıcalığı söz konusu olamaz⁹². İdare ne denli güçlü olursa olsun, hukukun egemenliği altındadır. Bu hukuk, sadece meclis tarafından kabul edilen yasaları değil, hukukun genel ilkelerini de kapsayan hukuktur⁹³.

Kamu gücü ayrıcalıklarının yanında, idarenin aynı zamanda yükümlülükleri de söz konusudur. Her şeyden önce idarenin, evrensel bir yükümlülük olan hukuka saygı gösterme zorunluluğu vardır⁹⁴. Kamu gücü hiçbir şekilde “kesin ve şartsız”, “hami ve gizemli”, “kendi başına sahip olduğu eksiksiz ve mükemmel, egemenliği kimseye ve hiçbir şeye borcu olmayan” bir kavram olarak görülemez⁹⁵. Bu açıdan idare hukukunda idarenin gücü (ve etkinliği) ile birey hakları (ve bunların etkili teminatı) arasında, idari otoritelerin faaliyet özgürlüğü ile idarenin yargısal denetimi arasında ihtiyaç duyulan dengeyi sağlamak gerekir⁹⁶.

2. HUKUKA UYGUNLUK KARİNESİ

İdarenin sahip olduğu ayrıcalıklar zincirinin önemli bir halkası da tesis ettiği işlem ve gerçekleştirdiği eylemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır.

2.1. Karine Kavramı

Sözlük anlamı olarak karine, “*karışık bir iş veya sorunun anlaşılmasına, çözümlenmesine yarayan durum, ipucu, belirti*”⁹⁷ olarak tanımlanır. Hukukta

⁹⁰ Atay, (2014), s. 103.

⁹¹ Atay, (2014), s. 103.

⁹² Atay, (2014), s. 104.

⁹³ Patrice, CHRETIEN/ Nicolas, CHIFFLOT, **Droit Administratif**, 13. Edition, Sirey, Paris, 2012, s. 105.

⁹⁴ Georges, DUPUIS/ Maria-José, GUEDON/ Patrice, CHRETIEN, **Droit Administratif**, 12. Edition, Sirey, Paris, 2011, s. 100.

⁹⁵ Dupuis/ Guédon/ Chrétien, s.100. Etienne, PICARD, “Impuissance Publique en Droit”. **Special Puissance Publique ou impuissance publique?**. AJDA, 20 juill. 1999, s. 11.

⁹⁶ Truchet, s. 15.

⁹⁷ **Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük**,

ise karine, “*bilinen bir olgudan (olgulardan) bilinmeyen bir olgunun (sonucun) çıkartılmasıdır.*”⁹⁸ Karakaş’a göre ise karine, “*varlığı bilinmeyen bir olgu hakkında sonuç çıkarmamızı sağlayan bir işareti, belirtiyi*” ifade etmektedir⁹⁹. Karine, kamu hukukuna nazaran özel hukukta daha sık karşılaşılan bir kavramdır.

Özel hukukta karineler ispat yükü açısından önem taşır. Lehine kanuni bir karine bulunan kişi, bu durumu ispat etme zorunluluğundan kurtulur¹⁰⁰. Karineler, kanuni karineler ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Bir kanun hükmüyle öngörülmesi gereken kanuni karineler, aksi ispat edilebilen adi karine ve aksi ispat edilemeyen kesin karine olmak üzere iki başlık altında incelenir. Fiili karineler ise kanun tarafından öngörülmemiş, ancak mevcut bir olaydan başka bir olayın varlığı veya yokluğu yolunda sonuca ulaşmayı sağlayan karine türüne denir¹⁰¹.

Kamu hukuku alanına baktığımızda ise, karine olarak en çok karşımıza çıkan kavram suçsuzluk ya da diğer adıyla masumiyet karinesidir. Anayasanın 38/4. maddesindeki ifadesiyle bu kavram, “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” şeklinde pozitif hukukumuzda yer edinmektedir¹⁰². Feyzioğlu’na göre suçsuzluk karinesi hukukta kavramsal olarak bildiğimiz anlamda bir karine değil, temel bir haktır¹⁰³. Kavram kendisine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “Adil Yargılanma Hakkı” başlıklı 6/2. maddesinde de, “*Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır*”, şeklinde yer bulmuştur. Görüldüğü üzere suçsuzluk karinesi kavramı hukuk dünyasında, özel hukuktaki karine kavramının anlamının çok üzerinde temel bir insan hakkı

⁹⁸ Ejder, YILMAZ, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 359.

⁹⁹ Fatma Tülay, KARAKAŞ, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”. **AÜHFD**, C. 63, S.3, 2013, s. 756.

¹⁰⁰ Kesin kanuni karinelerin, ispat yüküyle ilgisi bulunmamaktadır. Zira bu tür karinelere hareketle ulaşılan sonucun aksini ispat etmek mümkün değildir. Karakaş, (2013), s. 756.

¹⁰¹ Bilge, ÖZTAN, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 212-214.

¹⁰² Söz konusu hak Anayasamızın ikinci kısmındaki “Temel Haklar ve Ödevler” başlığı altında düzenlenmiş ve ayrıca 15/4. maddesinde dokunulmasının savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde dahi mümkün olmadığı çekirdek haklar içinde yer almıştır.

¹⁰³ “*Suçsuzluk karinesinde ise, böyle gerçeğe uygun ya da sabit olduğu kabul edilen bir olaydan, başka bir olayın varlığı sonucuna gidilmesi söz konusu değildir. Suçsuzluk karinesi, kişinin suçsuz olduğunun varsayılmasından ibaret bir temel haktır.*” Metin, FEYZİOĞLU, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 48, 1999/1-4, s. 139.

olarak kabul görmüştür. Bu noktada kamu hukuku-özel hukuk ayrımının, kavramlara yüklenen anlamlarda da etkisini gösterdiği görülmektedir.

2.2. İdare Hukukunda Hukuka Uygunluk Karinesinin Anlamı

İdare hukukunda hukuka uygunluk karinesinin yoğunlaştığı alan idari işlemlerdir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki idarenin yaptığı her işlem idari işlem değildir. Nitekim idarenin kamu gücü kullanmaksızın tesis ettiği özel hukuka tabi işlemleri, idari işlem kategorisinde kabul edilmez. Bu tarz işlemler idarenin işlemi olsa da idari işlem kategorisine dâhil edilmez¹⁰⁴.

İdari işlemler her şeyden önce birer hukuki işlemdir¹⁰⁵. Hukuki işlem ile kastedilen en basit tanımla hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanıdır. Buna göre idari işleme en önemli ayırıcı yönünü veren kamu gücü de dikkate alınacak olursa idari işlem “*idare veya idare adına hareket eden özel hukuk kişilerin, kamu gücü kullanılarak yapılan; doğrudan ya da belli bir süreç içinde, rızaları olsun ya da olmasın kişi veya onlara ait nesnelere hukuki durumlarını etkileyen, kamusal nitelikli, tek yanlı irade açıklamaları*” olarak tanımlanabilir¹⁰⁶.

İdarenin varlığı ve kamu gücü kullanımının en somut hali idari işlemler aracılığıyla ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla idari işlem, idarenin bireyler karşısındaki en etkili aracıdır. İdari işlemin en etkili araç olması, “hukuki durumlara müdahale” edebilme gücüne sahip olmasından kaynaklanmaktadır¹⁰⁷.

İdare, sahip olduğu kamu gücü sayesinde, bireyler ile girdiği ilişkilerde, onların iradesinden bağımsız ve hatta karşıt iradelerine rağmen, hukuki etki ve sonuç doğuran işlemler yapabilme yeteneğine sahiptir. Fransız hukukunda da “ön ayrıcalık” (privilège du préalable) olarak kabul edilen bu ayrıcalığın kullanılması, bu şekilde ortaya çıkan işlemlerin karine olarak hukuka uygun oldukları sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Atay, (2004), s. 421.

¹⁰⁵ Bahtiyar, AKYILMAZ, İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s.24.

¹⁰⁶ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 373. “*İdare hukuku öğretisinde idari işlem; idarenin idare hukuku alanında gördüğü hizmet ve faaliyetlere ilişkin hukuksal sonuç yaratmaya yönelik irade açıklaması olarak tanımlanmakta olup, kamu gücüne dayalı olarak tesis edilmeleri, kesin ve icrai olmaları, resen icra edilebilmeleri ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanabilmeleri de idari işlemlerin diğer özelliklerini oluşturmaktadır.*” Danıştay, 15. D., 09/09/2015, E.2015/2061, K.2015/4886, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**.

¹⁰⁷ Dilşat, YILMAZ, İdari İşlemin İcraîlik Özelliği, Astana Yayınları, Ankara, 2014, s. 176.

¹⁰⁸ Celal, ERKUT, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Ankara, 1990, s. 13. Dupuis/Guédon/Chrétien, s. 514.

İdari işlemlerin, herhangi bir yargı kararına¹⁰⁹ ve ilgilinin ya da diğer idarelerin rıza ve onayına ihtiyaç duyulmaksızın tesis edilmekle hukuki etki göstermesi¹¹⁰ idari işlemin icrailiğini gösterir. İdari işlemin icrailiği de aksi ispat edilinceye kadar idari işlemin hukuka uygun kabul edilmesini gerektirir¹¹¹. Yani idari işlemler, başka bir organın ön incelemesine tabi tutulmaksızın tümüyle hukuk düzeninde yer aldıklarından hukuka uygunluk karinesinden yararlanırlar¹¹². İdare tarafından kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanılarak tesis edilen, ilgili kişilerin ya da herhangi başka bir erkin onayına ihtiyaç duymadan idare edilenlerin hukuk dünyasında değişiklikler yaratabilen idari işlemlerin, hukuk devletinde kanuni bir dayanağının bulunması ve kanunlara uygun olarak tesis edilmeleri gerekir¹¹³. İşte bu nedenle idari işlemler, yargı tarafından ya da yine idarenin kendisi tarafından ortadan kaldırılmadıkça, kanuni bir dayanağa sahip ve hukuka uygun varsayılır¹¹⁴. Bu ilkeye, hukuka uygunluk karinesi adı verilir¹¹⁵.

Karine, hukukta genel olarak anlaşıldığı şekliyle; varlığı bilinen olumlu ya da olumsuz bir durumdan diğer bir durumun varlığı ya da yokluğu sonucunun çıkarılmasına imkân veren kural olarak tanımlandığında, idari işlemlerin hukuka uygun kabul edilmesinin bu anlamda bir karine olmadığı görülmektedir¹¹⁶. Hukuka uygunluk karinesi özel hukuktaki karinelerin aksine herhangi bir kanuna ya da maddi bir olaya dayanmaya ihtiyaç duymaz. Bu yönüyle hukuka uygunluk karinesinin kamu gücü fikrinden kaynaklanan, idare hukukuna özgü bir ilke olduğu söylenebilir¹¹⁷. Ancak ceza hukukundaki

¹⁰⁹ Şeref, GÖZÜBÜYÜK/ Turgut, TAN, İdare Hukuku, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, C. I, s. 368.

¹¹⁰ Atay, (2014), s. 431.

¹¹¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 380.

¹¹² Chevallier, s. 61.

¹¹³ Gözübüyük/Tan, C.I, s. 367.

¹¹⁴ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 380. İl Han, ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004, s. 407.

¹¹⁵ “Öte yandan, idari işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği, idari işlemlerin yerindeliği ve hukuka uygun olduğu varsayılır.” Anayasa Mahkemesi, 21/09/1995, E.1995/27, K.1995/47, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**. Anayasa Mahkemesi, 21/09/1995, E.1995/46, K.1995/49, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**.

¹¹⁶ Ayhan, TEKİNSOY, İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 20.

¹¹⁷ Danıştay da bir kararında hukuka uygunluk karinesi için “idare hukukunun bir ilkesi” ifadesini kullanmıştır. Danıştay, 9.D., 07/03/1972, E.1972/179, K. 1972/494, Danıştay Dergisi, 8, 1973, s.282’den aktaran Onur, KARAHANOGULLARI, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 161-

masumiyet karinesi gibi hukuka uygunluk karinesi de bu ifade şekliyle doktrine yerleşmiş ve kabul görmüştür. “İdare hukuku hukukun diğer branşlarındaki kaynaklardan beslenir ve fakat besinleri kaynağındaki anlamın dışında kendi özgünlüğü içinde sindirir.”¹¹⁸ Bu sebeplerle kanaatimizce hukuka uygunluk karinesi ifadesini kullanmakta bir mahsur görülmemelidir.

Hukuka uygunluk karinesi kavramı genelde birel idari işlemler için kullanılır. Ancak düzenleyici işlemler için de karine geçerlidir¹¹⁹. Bunun yanında söz konusu karinenin idarenin bütün faaliyetleri için geçerli olduğu söylenebilir. Zira idari işlemin ya da eylemin hukuka aykırı olduğuna ya yargı yeri tarafından ya da gerekli inceleme, araştırma veya soruşturma sonucunda idare tarafından karar verilecektir¹²⁰.

Hukuka uygunluk karinesi, kanunilik karinesi olarak da adlandırılır. Danıştay ise eski tarihli bazı kararlarında “doğruluk karinesi” ifadesini tercih etmiştir¹²¹. Fransız hukukunda ise karine, kanunilik karinesi, hukuka uygunluk karinesi ve uygunluk (düzgünlük) karinesi gibi ifadelerle adlandırılmaktadır¹²². Ayrıca idari işlemin hâkim tarafından incelenmeden hukuki sonuç doğurması¹²³ ve kural olarak dava açılmasının tek başına işlemin yürütmesini durdurmaması sebebiyle, idari işlemin hem icrailik hem de hukuka uygunluk karinesinden yararlanması gibi genel özelliklerini kapsayacak şekilde, “ön ayrıcalık” ifadesi de sıklıkla kullanılmaktadır¹²⁴.

162. Danıştay’ın bir başka kararında Başkanun sözcüsü vekili hukuka uygunluk karinesi için “idare hukukunun ilkesi” olarak bahsetmektedir. “Bundan başka idare hukukunun diğer önemli bir ilkesi de idari işlemlerdeki doğruluk karinesidir. Bu ilke idarenin tek taraflı kararlarına vatandaşın uyma zorunluluğunu doğurur.” Danıştay, İBGK, 22/12/1973, E.1968/8, K. 1973/14, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

¹¹⁸ Ethem E., ATAY, “İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 527.

¹¹⁹ Gözler, C. I., s. 678.

¹²⁰ Bahtiyar, AKYILMAZ, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 67.

¹²¹ “İdari işlemlerde doğruluk karinesi bulunduğundan, aksi yetkili merci veya makamlarca saptandığı tarihe kadar doğru kabul edilen bir işlemin doğurduğu sonuçların da doğru olması gerekmektedir.” Danıştay, İBGK, 22/12/1973, E. 1969/8 K. 1973/14, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**. Danıştay, 9.D., 07/03/1972, E.1972/179, K. 1972/494, **Danıştay Dergisi**, 8, 1973, s.282. Danıştay, 9.D., 13/11/1973, E.1972/1739, K. 1973/2182, **Danıştay Dergisi**, 14-15, 1974, s. 423’den aktaran Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 380.

¹²² Rousset, s. 86-87, s. 120.

¹²³ Gözler, C. I, s. 678. Van Lang/ Gondouin/ Inserguet-Brisset, s. 366.

¹²⁴ Dupuis/Guëdon/Chrétien, s. 514. Van Lang/ Gondouin/ Inserguet-Brisset, s. 366-367.

İdari faaliyet, idare edilenlerin itirazları ile çalışmaz hale getirilemeyeceğinden, uygulanması gereken idari işlemler lehine hukuka uygunluk karinesi mevcuttur. İşlem tesis edilmekle birlikte hukuka uygun kabul edilmektedir. Bu bakımdan idari işlemin hukuka uygun kabul edilmesi için yargının bir ön onayına ihtiyaç yoktur. “*Yargıç bir idari işlemi ancak sonradan (a posteriori) iptal edebilir.*”¹²⁵ Dava açılması da kural olarak idari işlemin yürütmesini durdurmaz¹²⁶. Ancak tabii ki, davanın sonucunda hukuka aykırılık gerekçesiyle idari işlem iptal edilirse, öncesinde bu işlemi uygulayan idarenin sorumluluğu gündeme gelebilir. Yani idare işlemini uygularken sorumluluk riskini göze almaktadır¹²⁷. İdare, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlınsa da, hukukun egemenliği altındadır. İdarenin her şeyden önce hukuka uygun davranma yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla idare, öncelikle bir işlemi tesis etmeden önce hukuka uygun olup olmayacağına ilişkin yeterli inceleme ve araştırmayı yapmak zorundadır. Bu bakımdan hukuka uygunluk karinesi idareyi sorumluluktan kurtarmaz. Zira “*hukuka aykırı bulunan idari işlemler hakkında verilen iptal kararları, varlıklarını hukuka uygunluk karinesinden yararlanmak suretiyle sürdüren idari işlemleri tesis edildikleri tarihe kadar geriye yürür şekilde ortadan kaldırır.*”¹²⁸ İdari işlemin iptaliyle birlikte hukuka uygunluk karinesi de geriye yürür şekilde ortadan kalkmaktadır. İdare, idari işlemin iptal kararından önce hukuka uygun kabul edildiği savunmasıyla sorumluluktan kurtulamaz.

Tesis edilmekle hukuka uygun kabul edilen idari işlem, istem üzerine idari yargı mercilerince verilecek yürütmeyi durdurma kararı veya dava sonunda verilen iptal kararıyla ortadan kaldırılabilir. Bunun dışında ilgili, idareye başvurarak kararın geri alınmasını ya da kaldırılmasını da sağlayabilir. Bu hususlar haricinde hukuk düzenine girerek hukuki sonuçlar doğuran idari işleme karşı ilgilinin göstereceği fiili direniş, idarenin icra araçlarına (re’sen icra) veya kamu düzenini bozduğu ölçüde kolluk önlemlerine maruz kalacaktır¹²⁹.

¹²⁵ Achille, MESTRE, **Le Conseil d’État, Protecteur des Prérogatives de l’Administration: Etudes Sur le Recours Pour Excès de Pouvoir**. Vol. 116. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, s. 25-26.

¹²⁶ 2577 Sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27’nci maddesinin birinci fıkrası bu kuralı öngörmektedir; “*Danıştay’da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.*”

¹²⁷ Rousset, s. 86.

¹²⁸ Danıştay, 2.D., 06/10/2010, E.2010/672, K.2010/3699, **Danıştay Dergisi**, 126, 2011, s. 110.

¹²⁹ Karahanoğulları, s. 159.

“İdare yasalardan aldığı yetki ile irade açıklamış, hukuki sonuç doğurmuş, doğan sonuç hukuka uygun kabul edilmiştir. Kişiyeye ulaşan tebligat, tarlasının imara girdiğini ve yeşil alan kapsamında kaldığını yani mülkiyet hakkının sınırlandırıldığını veya vergi borcu olduğunu ödememezse zorla tahsil edileceğini bildiriyor olabilir. Öğrencinin katıldığı bir gösterinin yasadışı olduğu, dağılmaları gerektiği çağrısı yapılmış, gösteri biber gazı ve copla dağıtılmış, öğrenciyeye birkaç hafta sonra gelen tebligatta da hakkında disiplin soruşturması açıldığı bildirilmiş olabilir. Ya da idare şehrin ana meydanındaki bütün yaya geçitlerini kapatıp yayaların yer altındaki geçitleri kullanmasını zorunlu kılan bir kural koymuş olabilir.”¹³⁰ Bütün bu idari işlemlerde icrailik özelliği gereği hukuki etki ortaya çıkmıştır ve sonuç da hukuka uygun kabul edilmektedir. Ayrıca idarenin elinde bu hukuki etkiyi fiili etkiye dönüştürebilecek re’sen icra ve direnişleri kırabilecek kolluk yetkisi bulunmaktadır¹³¹. Dolayısıyla hukuka aykırılık olduğu kanısında olan ilgili, idari işlemin etkilerinden kurtulmak için, idareyi ikna etmek suretiyle işlemin geri alınmasını ya da dava açarak mahkemece iptal edilmesini sağlamak zorundadır.

2.3. Hukuka Uygunluk Karinesinin İdari İşlemin Diğer Özellikleri İlişkisi ve İşlevi

İdarenin hukuk düzeninde tek yanlı hukuki sonuçlar yaratabilme üstünlüğü ve aynı zamanda ortaya çıkan bu sonuçlara karine olarak hukuka uygunluk zırhının da giydirilmesi ve bunun da ötesinde hukuk düzeninde meydana gelen sonuçlara karşı dirençle karşılaştığında zor kullanma araçlarını devreye sokabilmesiyle birlikte, tam anlamıyla bir ayrıcalıklar zinciri ortaya çıkmaktadır¹³². Hukuka uygunluk karinesi ise icrailiğin bir gereğidir¹³³. Dolayısıyla bu zincirin halkalarından biri olan hukuka uygunluk karinesi, idari işlemde tek başına ciddi bir güç teşkil etmemektedir. İdari işlemin ortaya çıkardığı hukuki etkiyi tam anlamıyla analiz edebilmek için, çoğu zaman tüm özelliklerini bir arada dikkate almak gerekmektedir¹³⁴.

¹³⁰ Karahanoğulları, s. 160.

¹³¹ Karahanoğulları, s. 160.

¹³² Erkut, (2004), s. 56.

¹³³ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 380.

¹³⁴ Rivero, hukuka uygunluk karinesinin tüm Fransız idare hukukuna egemen olduğunu ve o olmadan idari işlemin icrailik yönünün açıklanamayacağını, idareye tanınan bu güçle derhal uygulanabilirliğin sağlandığını belirtmektedir. Louis, DE GASTINES, *Les Présomptions En Droit Administratif*. LGDJ, Paris, 1991, s. 2.

İdari işlemin icrai niteliği idarenin kamu gücü sayesinde bireyler üzerinde ayrıca başka bir işleme ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya çeşitli hukuki sonuçlar doğurmak suretiyle etkisini göstermesidir¹³⁵. İdari işlemin hukuka uygunluk karinesi zırhına sahip olması, icrai olmasından kaynaklanmaktadır¹³⁶. İcrailik ve hukuka uygunluk karinesi arasındaki bu yakın bağ sebebiyle, icrailiğin getirdiği bazı sonuçlar hukuka uygunluk karinesine bağlanmakta ve bu durum da hukuka uygunluk karinesinin sorgulanmasına yol açmaktadır¹³⁷. Dolayısıyla bu noktada, bir işlemin hukuka uygun kabul edilmesinin ona tek başına hukuk düzeninde sonuç doğurma gücü vermeyeceğini belirtmek gerekir. Örneğin, idarece tesis edilen icrai olmayan tutanaklar da hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta¹³⁸, ancak tek başına hukuki sonuç doğurmamaktadır.

İdari işlemlerde icrailik ve hukuka uygunluk karinesini bir arada değerlendirmek gerekir. İdari işlemin icrai olması hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasını gerektirmekte ve işlemin hukuka uygun kabul edilmesi de icrailiğine güç ve meşruiyet sağlamaktadır¹³⁹. Danıştay da bir kararında idari işlemin icrailiği ve hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasını bir arada vurgulayarak, bu durumun ilgililerin idari işlemlere uyma zorunluluğunu doğurduğunu belirtmiştir¹⁴⁰. Fransız hukukunda kullanılan “ön ayrıcalık” ifadesinin hem icrailik hem de hukuka uygunluk karinesinin özelliklerini içermesi de, bu iki kavramın iç içe geçtiğine bir kanıt olarak sunulabilir.

¹³⁵ Erkut, (1990), s. 119. İcrailiğin ortaya çıkardığı etki maddi âlemde gerçekleşen fiili etki değil, hukuki bir etkidir. Yılmaz, s. 28.

¹³⁶ Erkut, (2004), s. 57.

¹³⁷ “Hukuk tekniği açısından bakıldığında, ‘idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesi’ olarak kabul edilen, aslen işlemin yapısına ilişkin icrailik özelliğini vurgulamaktan öteye bir anlamı olmadığı ve teknik olarak bir karineden söz edilemeyeceği açıktır.” Tekinsoy, s. 28.

¹³⁸ Gözler, C. I., s. 679. “Sınav belgelerinin doğruluğu konusunda kesin kanıt elde edilemeyen memurların görevine son vermek ise hukuken mümkün değildir. Zira yukarıda belirtildiği gibi idari işlemlerde doğruluk karinesi esastır. Resmi bir belgenin sahteliği ispat edilene kadar onun doğruluğunu kabul etmek zorunludur.” Danıştay, 3.D., 28/05/1981, E.1981/83, K.1981/100, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**.

¹³⁹ “Bundan başka idare hukukunun diğer önemli bir ilkesi de idari işlemlerdeki doğruluk karinesidir. Bu ilke idarenin tek taraflı kararlarına vatandaşın uyma zorunluluğunu doğurur.” Danıştay, İBĞK, 22/12/1973, E.1968/8, K. 1973/14, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

¹⁴⁰ “İdare hukuku ilkelerine göre, idari işlemler tesis edildikleri andan itibaren yürürlük kuvvetini ve doğruluk karinesini haizdirler. Bu husus idarenin tek taraflı kararlarına kişinin uyma zorunluluğunu doğurur. Bu ilkenin tabii sonucu olarak da idari işlemlerde devamlılık ve istikrar esastır.” Danıştay, 3.D., 28/05/1981, E.1981/83, K.1981/100, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**.

Hukuka uygunluk karinesi, hukuk devletinde idari işlemlere derhal uyma zorunluluğunun temelini ve gerekçesini göstermektedir¹⁴¹. İdarenin almış olduğu kararların kapsamına giren herkes açısından icrai ve uygulanabilir olması, aksi yargı organınca tespit edilene dek, hukuka uygun kabul edilmesi sonucunu doğurur. Zira idari işlemler, özel hukuk işlemlerinin genelinden farklı olarak, hukuk düzeninde başkaları adına tek yanlı hukuki sonuçlara yol açmaktadır. Söz konusu işlemler hukuka uygun addedilmediğinde, doğan hukuki sonuçların da meşruiyeti sorgulanır hale gelir. Karşı tarafın iradesine ihtiyaç duymadan hukuki sonuç doğurabilmenin bir gereği olan hukuka uygunluk karinesi ile birlikte, idarenin kamu gücüne dayanan ve kamu hizmetinden kaynaklanan fiili üstünlüğü hukuki üstünlük biçimini de almaktadır¹⁴².

İdari işlem, en genel anlamda idarenin irade açıklamasının hukuk düzenine yansımasıdır. Yani idare iradesini idari işlemlerle açıklar ve böylece idarenin irade açıklamasının içeriği, idari işlemle garanti altına alınır. İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanarak, yargı yerince veya bizzat idare tarafından hukuk düzeninden kaldırılana dek geçerli ve sağlıklı kabul edilmesi de, idari işlemin idarenin irade açıklamasının içeriğini garanti altına almasının sonucudur¹⁴³. Böylelikle idarenin diğer kişilere yönelik iradesi hukuka uygun kabul edilir. İlgili idari işlemin hukuka uygun olmadığı kanaatindeyse mahkemeye başvurmak zorundadır. Mahkeme kararına kadar idari işlemin ilgili üzerindeki hukuki etkisi devam eder¹⁴⁴. Danıştay bir kararında birbirinden ayrılabilir nitelikteki zincir işlemlerden birine karşı idari dava açma süresinin geçmesinden sonra, bir sonraki işleme karşı açılan davada idari dava açma süresi geçen önceki işlemin yargılanamayacağı, aksi durumun hukuka uygunluk karinesiyle korunmaya çalışılan kamu düzeninin ihlali sonucunu doğuracağına hükmetmiştir;

¹⁴¹ De Gastines bu yönde bir açıklama veya yorumda bulunulabileceğini, ancak hukuka uygunluk karinesinin bu yönünün bir açıklama veya yorumdan daha fazla hukuki bir değerinin olmadığını belirtmektedir. Ona göre hukuka uygun idari işlemlerin zaten hukuka uygun varsayılmaya ihtiyacı yoktur. Hukuka aykırı idari işlemlere uyulmayı zorunlu kılan ise hukuka uygun varsayılmalarıdır. Bu noktada yazar, hukuka aykırı idari işlemlerin de, aynen hukuka uygun idari işlemler gibi, yürürlüğe girmekle birtakım kurallar getirmesinden bahsetmektedir. De Gastines, s. 2-3.

¹⁴² Karahanoğulları, s. 159.

¹⁴³ Akyılmaz, (2000), s. 32.

¹⁴⁴ Karahanoğulları, s. 159.

“Olayda, müteselsilik sorumluluk kapsamında, ödenmesinden davacı Şirketin sorumlu tutulduğu amme alacağıının korunması bakımından alınan ihtiyati haciz kararı ile bu karara dayanılarak, amme alacağıının tahsiline ilişkin olarak yapılan mahsup işlemi birbirinden ayrılabilir nitelikte zincir işlemler olup, bu işlemler zincirinin ayrı bir halkasını oluşturan her bir işlemde mevcut hukuka aykırılıklar, yalnızca o işlemi hukuka aykırı kılacak ve yalnızca o işlemin iptali istemiyle açılacak idari davada ileri sürülmesi halinde İdari Yargı tarafından dikkate alınabilecek niteliktedir. Şayet içerdiği hukuka aykırılıklara karşın, bu işlemlerden biri dava konusu edilmeyecek olursa, idari dava açma süresinin geçmesiyle hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya başlayan bu işlemin, zincirin son halkasını oluşturan işleme karşı açılacak idari davada hukuka uygunluk denetimine tabi tutulması, anılan karine ile korunan kamu düzeninin ihlali sonucu yaratır. İdari dava açma süresinin sonuncu gününü izleyen tarihten itibaren, içerdiği tüm hukuka aykırılıklara karşın, işlem hukuka uygun kabul edilip, zincirin sonraki halkasını oluşturan işleme dayanak alınması olanaklıdır. Başka deyişle işlemler zincirine dâhil bir işlemdeki hukuka aykırılığın, işlemin bu nedenle idari yargı yerince iptal edilmiş olması hali dışında, bu işleme dayanılarak yapılan kendisinden ayrılabilir nitelikteki sonraki işlemi hukuka aykırı kılmaması söz konusu olamaz. Bu nedenle, kamu alacağıının korunması amacıyla tesis edilen ve süresinde idari davaya konu edilmeyerek hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ihtiyati haciz işleminde olabilecek hukuka aykırılıkların, amme alacağıının tahsiline ilişkin olarak yapılan işbu dava konusu mahsup işleminin iptaline gerekçe olarak alınmasında yukarıda açıklanan hukuki duruma uyarlık görülmemiştir.”¹⁴⁵

Kararda üzerinde durulması gereken bir başka husus, Danıştay’ın, idari işlemin idari dava açma süresinin geçmesiyle birlikte hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaya başlayacağı yönündeki ifadesidir. Kanaatimizce hukuka uygunluk karinesinin idari işlemin tesisıyla birlikte başladığını kabul etmek gerekir. Zira idari işlem tesis edilmekle hukuki sonuçlarını doğurmakta ve uygulanabilir niteliğe kavuşmaktadır. İdari işlemler kural olarak dava açma süresi geçmeden uygulanabilir olduğundan, dava açma süresi geçtikten sonra hukuka uygunluk karinesinin başladığını kabul etmek, karineyi büyük oranda

¹⁴⁵ Danıştay, 7. D., 09/02/2004, E.2000/8637, K.2004/270, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**. Aynı yönde bkz. Danıştay, 7. D., 31/10/2000, E.2000/1173, K.2000/2984, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**. Danıştay, 7. D., 09/03/2004, E.2001/472, K.2004/649, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**. Danıştay, 7. D., 27/02/2002, E.2000/6790, K.2002/795, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**.

anlamsız kılacaktır¹⁴⁶. İdari dava açma süresinin geçmesi sadece idari işlemin tesisıyla zaten hâlihazırda var olan hukuka uygunluk karinesini kesin etkiye dönüştürmektedir¹⁴⁷.

İdarenin sahip olduğu ayrıcalıkların varlık nedeni kamu yararının temsilcisi olmasıdır. İdare kamu yararını amaçlar ve gerçekleştirmeye çalışır. Ancak hem kamu yararı hem kamu gücü hukuka uygunluk karinesine dayanarak meşruiyet kazanır. İdari işlemin sahip olduğu ayrıcalığa meşruiyetini veren, kamu yararı amacı ya da bu amacı gerçekleştirmek üzere sahip olduğu kamu gücü aracı değil, hukuka uygun olarak tesis edilmesidir. Bunun sonucu da, idari işlemlerin hukuka uygun tesis edildiğinin işareti olan, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıdır¹⁴⁸. Tek yanlı işlemlere hukuki bir güç katan¹⁴⁹ hukuka uygunluk karinesi idari işlemler için bir nevi meşruiyet¹⁵⁰ zırhı¹⁵¹ görevi görmektedir.

İdari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlandığı için, idari işleme uygun hareket etme, aslında hukuka uygun hareket etme anlamı da taşımaktadır¹⁵². Anayasanın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile 8'inci maddesinde yer alan yürütmenin anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceğine ilişkin hüküm şüphesiz idarenin de hukuka uygun hareket etmesini gerektirmektedir. İdari rejimde, idarenin hukuk düzeninde sonuç doğuran işlemler tesis etmesi için yargının onayına ihtiyaç duymadığı düşünüldüğünde, aksi yargı organınca kararlaştırılmadığı sürece, faaliyetlerinin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir¹⁵³. Aksi halde idari

¹⁴⁶ Örneğin Danıştay bir kararında idarenin re'sen icra yetkisini kullanabilmesini hukuka uygunluk karinesinin sonucu olarak değerlendirmiştir. "İdari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının doğal bir sonucu olarak, idarenin tesis ettiği işlemleri re'sen icra etme yetkisi kural olarak bulunmaktadır. İdare, tesis ettiği işlemleri, herhangi bir yargı merciine başvurup karar almaya ihtiyaç duymadan, salt sahip olduğu kamu kudretini kullanarak yerine getirmeye yetkilidir." Danıştay, 11.D., 28/06/2010, E: 2008/6908, K: 2010/5831, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**. Dolayısıyla tesis edilmekle icra edilebilir nitelikte olan idari işlemin, aynı anda hukuka uygun kabul edilmesi de gerekir.

¹⁴⁷ Rousset, s. 88.

¹⁴⁸ Yaşar, (2014), s. 273.

¹⁴⁹ Rousset, s. 131.

¹⁵⁰ Yaşar, (2014), s. 273.

¹⁵¹ Erkut, (2004), s. 60.

¹⁵² Yaşar, (2014), s. 274-275.

¹⁵³ "Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan ve çağdaş demokratik rejimlerin temel ilkelerinden biri olan "hukuk devleti" ilkesinin önkoşullarından birisi de hukuk güvenliğidir. Hukuk devletinin sağlamla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını ve bireylerin

faaliyetlerin meşruluğu sorunu gündeme gelir. Hukuka uygunluk karinesinin altında yatan kavramlardan bir diğeri “kamu yararı” düşüncesidir¹⁵⁴. Karine, kamu yararını sağlaması beklenen idarenin, her işlem ve eyleminin hukuka aykırılık şüphesi altında gerçekleşmemesini temin eder.

İdari işlemler yürürlükte olduğu sürece hem ilgilileri hem idarenin kendisi için bağlayıcıdır. Yani hukuka uygunluk karinesi tüm hukuk düzeni ve tüm idareler için geçerlidir. İşlemi tesis eden idare dışındaki idareler de idari işlemin hukuka uygun olduğunu kabul etmek zorundadır¹⁵⁵. Örnek bir karara konu olayda Danıştay, Milli Eğitim Bakanlığınca onaylanmış bir diplomanın sahteliği ve geçersizliği hüküm altına alınmadıkça, başka bir idarece bu diplomaya itibar edilmemesinin mümkün olmadığını belirtmiştir¹⁵⁶.

Tekinsoy, idarenin hukuka aykırı işlemini geri alabileceğinden hareketle, hukuka uygunluk karinesinin idare açısından bir etki doğurmadığı düşüncesindedir¹⁵⁷. Şüphesiz idari işlem için hukuka uygunluk karinesi, idari işlem hukuk düzeninde var olduğu sürece geçerlidir. Dolayısıyla, kanaatimizce idari işlemin geri alınabilmesi ya da yargı organınca iptal edilebilmesi hukuka uygunluk karinesinin idare için geçerli olmadığı sonucunu doğurmaz. İşlem hukuk düzeninde var olduğu sürece hukuka uygun kabul edilmektedir. Hukuka aykırılık olduğunu düşünen idare, doğan hukuki sonuçları ortadan kaldırmak için idari işlemi geri almalıdır. Aksi halde yürürlükte olduğu sürece hukuka uygun kabul edilecek idari işlem sonuçlarını herkes için doğurmaya devam edecektir. Hukuka uygunluk karinesinin idarece ya da yargı organınca ortadan kaldırılabilmesi, bir etkisinin olmadığını değil, sadece geçici bir hukuki etkiye sahip olduğunu gösterir.

İdari işlemin hukuka uygunluk karinesinden yararlanması dolayısıyla işleme uygun hareket etmenin aslında hukuka uygun hareket etme anlamını da taşıması ve hukuka uygunluk karinesinin tüm hukuk düzeni ve tüm idareler için geçerli olması birlikte düşünüldüğünde, karinenin aynı

tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Bu itibarla, idari işlemler yasallık karinesinden yararlanır ve bu karine gereği, idari işlemlerin yerindeliği ve hukuka uygun olduğu varsayılır.” Danıştay, 8.D., 19/12/2008, E.2008/4826, K. 2008/8384, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**.

¹⁵⁴ Gözler, C. I, s. 679.

¹⁵⁵ Karahanoğulları, s. 161.

¹⁵⁶ Danıştay, DDK., 25/12/1970, E.1970/503, K.1970/744, **Danıştay Dergisi**, 3, 1971, s.163'den aktaran Karahanoğulları, s. 161.

¹⁵⁷ Tekinsoy, s. 28.

zamanda bir güvence işlevinin olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır¹⁵⁸. Bu bakımdan hukuka uygunluk karinesi, hukuki ilişkilerdeki güvenlik, istikrar ve öngörülebilirliğin de aracı haline gelmektedir. Zira “kişiler, statülerinin zaman içinde sabitlendiğini ve ancak hukuka aykırı ise mahkemece iptal edilebileceğini veya idare tarafından belli güvencelerle geri alınabileceğini bilirler.”¹⁵⁹ Özellikle hak doğurucu idari işlemler bakımından işlemin yürürlükte olduğu sürece hukuka uygun kabul edilmesi ve tüm hukuk düzeni ile idareler tarafından yok sayılmayacak olması, bireyler açısından bir güvence niteliğindedir. Karahanoğulları’nın aktardığı, konuya ilişkin örnek bir olayda, memura geçici görev yolluğu ödenmiş, daha sonra bu ödemeye son verilmiş ve ayrıca ödenmiş olan yolluklar da geri istenmiştir. Danıştay hukuka uygunluk karinesine başvurarak, paranın geri istenilmesi işlemini hukuka aykırı bulmuştur;

*“İdare hukukunun bir ilkesi olan idari işlemlerde doğruluk karinesi, idari işlemlerin düzeltildiği tarihe kadar doğurduğu sonuçların hukuken geçerli ve muteber sayılmasını gerektirmektedir... Davacıya ödenmiş bulunan geçici görev yollukları da bir idari karara müstenid olduğundan bir teftiş raporuna istinaden ve yetkili yargı organlarından karar alınmadan davacının maaşından kesinti yapılması kanun hükümlerine ve hukuk esaslarına aykırıdır.”*¹⁶⁰

İdari işlemin icrailiği ve hukuka uygunluk karinesinin sağladığı güç ve etki, kendini “yok hükmünde kabul edilmesi gerekli” olarak nitelendirilen işlemlerde de göstermektedir. Bu tür ağır hukuki sakatlığa sahip işlemlerin hukuki bir etkisinin bulunmadığı ve ilgililerin bu işlemlere uymayarak karşı koyabileceği yönünde görüşler olsa da¹⁶¹, pratikte ortaya çıkan sonuçların, olgudaki varlıkları reddedilemez¹⁶². Söz konusu işlemler kamu gücü ayrıcalığı ile birlikte etkilerini kendinde göstermektedir¹⁶³. Dolayısıyla etkileri oldukça güçlü olan yokluğa bağlanan “işlemi dikkate almama ve işleme karşı direnme” gibi hukuki sonuçlar ciddi bir gerçeklik barındırmamaktadır¹⁶⁴. Bu yüzden yok

¹⁵⁸ Karahanoğulları, s. 161.

¹⁵⁹ Karahanoğulları, s. 161.

¹⁶⁰ Danıştay, 9.D., 07/03/1972, E.1972/179, K. 1972/494, **Danıştay Dergisi**, 8, 1973, s. 282’den aktaran Karahanoğulları, s. 161-162.

¹⁶¹ Bu konudaki görüşler için bkz. Celal, ERKUT, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 84-85.

¹⁶² Erkut, (1988), s. 89.

¹⁶³ Rousset, s. 122.

¹⁶⁴ Rousset, s. 120.

hükmünde kabul edilmesi gerekli işlemler için de ilgililerin, bu yönde inceleme yapıp karar verebilecek merci olan idari yargıya başvurması gerekir¹⁶⁵. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yok hükmünde kabul edilmesi gerekli işlemlerin dahi sahip olduğu bu etki, olması beklenen/arzu edilen bir durumu değil, sosyal bir gerçekliği ortaya koymaktadır. Maddi anlamda var olmadığı için yok hükmünde olan işlemleri bir kenara bırakırsak, ağır ve bariz hukuka aykırılık dolayısıyla yok hükmünde kabul edilmesi gerekli işlemlere karşı koyma, ancak idarenin re'sen icra ayrıcalığını kullanmasına kadar mümkün olabilir. Yani yok hükmünde kabul edilmesi gerekli işlemlere bağlanan karşı koyma ve dikkate almama sonuçları teoride kalmakta ve bireyler için bir güvence sağladığı görünümü altında, aslında ciddi bir tehlike içermektedir. Dolayısıyla ilgililerin, kamu gücü kullanılarak tesis edildiğinden her zaman uygulanma olasılığı bulunan, yok hükmünde kabul edilmesi gereken işlemlere karşı da, işlemin yok hükmünde sayılmasını gerektiren hukuka aykırılığı ortaya koyabilecek yegâne merci olan idari yargıya başvurması gerekir¹⁶⁶. İdare kendiliğinden geri almadığı sürece, idari işlemin sahip olduğu hukuka uygunluk zırhının kaldırılmasının tek yolu budur.

2.4. Hukuka Uygunluk Karinesinin Vazgeçilmezliği

Kamu gücü, herhangi bir kişinin ya da heyetin şahsına bağlı bir hak değildir¹⁶⁷. İdarenin sahip olduğu ayrıcalıklar kamu yararının gereği olarak tanınmıştır. Bu yüzden idare, icrai nitelikte işlem tesis etmesini sağlayan ayrıcalıklarından vazgeçemez¹⁶⁸. Bu bakımdan kamu yararını yerine getirmesi beklenen idare için hukuka uygunluk karinesi de dilediğinde vazgeçebileceği bir lütuf değildir¹⁶⁹. İdari faaliyetin yerine getirilebilmesi için bir ayrıcalığın kullanılması gerekiyorsa, idarenin bu ayrıcalığa başvurması kural olarak zorunludur. Yani idare, kendi adı ve hesabına karar alması için, yasayla bir istisna getirilmediği sürece¹⁷⁰, yargıca başvuramaz¹⁷¹. Kararın yargıcın dahil olmaksızın alınarak uygulanabilmesini sağlayan idarenin “ön ayrıcalığı” aynı

¹⁶⁵ Erkut, (1988), s. 91.

¹⁶⁶ Erkut, (1988), s. 91. Yılmaz, s. 76.

¹⁶⁷ Menemencioğlu, s. 9.

¹⁶⁸ Atay, (2014), s. 431.

¹⁶⁹ Rousset, s. 87.

¹⁷⁰ Charles, DEBBASCH/Frédéric, COLIN, **Droit Administratif**, 11. Edition, Economica, Paris, 2014, s. 376.

¹⁷¹ Debbasch, Colin, s.376. Philippe, FOILLARD, **Droit Administratif**, 3. Edition, Collection Paradigme, Bruxelles, 2014, s. 184. Rousset, s. 87. Aksi yönde görüş için bkz. Yaşar, (2014), s. 274.

zamanda idarenin yargıca başvurmadan karar almasını zorunlu kılar¹⁷². Özel hukuk ilişkilerinde kişi, ancak yargıya başvurarak hukuk alanında iradesini geçerli kılar ve hakkına kavuşabilir¹⁷³. Ancak idare her faaliyetinde hukuka uygun davrandığını ispat etmek zorunda değildir. Dolayısıyla işleme karşı dava açacak taraf da idare değil, ilgilidir. Başka bir deyişle idare, hak sahibi olmak için önceden dava açmak zorunda değildir¹⁷⁴. Bu bakımdan da hukuka uygunluk karinesi klasik anlamda karine kavramıyla farklılık teşkil eder. Çünkü idarenin hukuka uygunluk karinesine dayanarak dava açması ve karşı tarafı ispat yükümlülüğüyle karşı karşıya bırakarak, hak iddia etmesi mümkün değildir. Ayrıca idarenin buna ihtiyacı da yoktur. Dolayısıyla kanaatimizce idarenin işlem tesis ederek gerçekleştirebileceği faaliyetlerinde yargı organına başvurmasında hukuki yararı yoktur¹⁷⁵.

İdarenin yaptığı iş ve eylemlerde işlemin muhatabının rızası ya da başka bir organın onayına ihtiyaç duymaması, idari rejim sisteminin getirdiği özelliklerdendir. İdarenin tesis ettiği işlemlerin hukuka uygunluğunun tasdiki için yargı organına başvurusu mümkün değildir. Danıştay da idari rejimde idarenin işlemlerinde yargı yerlerinin onamasına ihtiyaç duymadığını belirtmiş ve bunu sağlayan niteliklerin arasında hukuka uygunluk karinesine de yer vermiştir; *“İdari rejimde, idari işlemlerin, tesis edildikleri anda kesin ve icrai nitelikte olduğu ve hukuka uygunluk karinesinden yararlandıkları; idari yargı yerinin onamasına bağlı olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurdıkları, bu nedenle, mahkemece, ‘davanın reddine, dava konusu işlemin onanmasına’ şeklinde hüküm kurulmasında isabet görülmediği; davada işin esasına yönelik ileri sürülen iddianın, VUK.nun 122 ve 124 üncü maddeleri uyarınca tesis edilen işlemin iptali istemiyle açılan davada incelenemeyeceği... İdari Rejimin uygulandığı hukuk sistemlerinde, İdarenin Kamu Hukuku alanında yapmış olduğu idari işlemlerin hukuki varlık kazanabilmeleri, yargı organınca uygun görülmelerine ve onanmalarına bağlı değildir. İdari karar alma prosedürü içinde, ‘onama’ yetkisi, işlemi yapan, kararı alan idari makamın*

¹⁷² Debbasch, Colin, s. 376. Foillard, s. 184. Marie-Christine, ROUAULT, **Droit Administratif**, Gualino Editeur, 2006, s. 277.

¹⁷³ H. Nuri, YAŞAR, İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 105.

¹⁷⁴ Gözler, C. I., s. 678-679.

¹⁷⁵ Bu görüşün aksi yönünde Fransa’da bir karar verilmiştir. Ville de Nice Kararında, İdare Nice Vilayetinde ilan panolarını idari bildirimine rağmen kullanmaya devam eden şirket aleyhine idari yargıya başvurarak, yargının karar vermesini istemiştir. Bu durumda idare kamu gücü ayrıcalıklarından bizzat kendisi vazgeçerek yargının kendisine emir vermesini kabul etmiştir. Yaşar, (2013), s. 106.

hiyerarşik üstüne ya da vesayet makamına aittir. Bu bakımdan; temyize konu kararın hüküm fıkrasında ‘...davanın reddine...’ ibaresinden sonra yer alan ve hiyerarşik veya vesayet makamının yetkisinin yargı yerince kullanılması anlamına geldiği için Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ile Anayasanın 125 inci maddesine aykırı olan ‘...dava konusu işlemin onanmasına;...’ ibaresinin yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca ‘...davanın reddine...’ şeklinde düzeltilmesi suretiyle işin esasına geçildi.”¹⁷⁶

Kural kamu gücü ayrıcalıklarının vazgeçilmezliği olmakla birlikte, bu kuralın iki istisnası söz konusudur. İlk olarak idari sözleşmeler alanında, idarenin tek yanlı karar alma ayrıcalığı esnetilmiştir. İdarenin tek yanlı icrai kararı kendisinin alabilmesinin yanında, bu hususta yargıca başvurarak onun karar vermesini istemesi de kabul edilmiştir¹⁷⁷. Örneğin idari sözleşmelerde idare sahip olduğu kamu gücü ayrıcalığının sonucu olarak sözleşmeyi feshedebileceği gibi, sözleşmenin feshini yargıçtan da talep edebilir. İmtiyaz sözleşmelerinde ise idarenin tek yanlı tasarrufu ile sözleşmeyi feshedemeyeceği, sözleşmenin feshinin ancak mahkeme kararıyla söz konusu olabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁸. İkinci olarak ise kamu mallarının özel kişilerce işgal edildiği durumlarda, işgalin son bulması ve işgalcinin kamu malını terkini sağlamak için idarenin yargıca başvurabileceği kabul edilmiştir¹⁷⁹. Kamu mallarının haksız işgali durumunda idare, öncelikle re’sen icra yetkisini kullanarak işgale son verebilir. Bunun yanında 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunda öngörülen idari yoldan yararlanabilir. Son olarak ise adli yargıda tecavüzün menı davası açarak, kamu malına yapılan tecavüzün önlenmesini isteyebilir¹⁸⁰. Bu hususta Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, idarenin “*idari kararlar alıp bunları re’sen uygulayabileceği gibi, bu mallara yönelik tecavüzleri men etmek gerektiğinde genel mahkemelere dava açmak hak ve yetkisine*” sahip olduğu yönünde karar vermiştir¹⁸¹.

¹⁷⁶ Danıştay, 7.D., 16/11/2005, E.2002/4300, K.2005/2763, **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**.

¹⁷⁷ Atay, (2014), s. 431.

¹⁷⁸ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 518-519.

¹⁷⁹ Atay, (2014), s. 431.

¹⁸⁰ Gözler, C. II, s. 897.

¹⁸¹ “*Belediye sınırları içinde bulunan yollar, meydanlar, parklar, mezarlıklar gibi taşınmazlar kamu malı olup, bu taşınmazlar üzerinde belediyenin özel mülkiyet hakkından söz edilemez ise de bunların idare ve muhafazasına yönelik hak ve yetkilerinin (bu cümleden olarak gerektiğinde dava açmak yetkisinin) bulunduğu kabulü zorunludur.*” Yargıtay, HGK, 30/09/1981, E. 1980/3-1715, K. 1981/645, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**.

2.5. Hukuka Uygunluk Karanesinin Geçici Hukuki Etkisi

İdari işlemlerin hukuki gücü, ilgililer tarafından dava açılarak aksi yönde bir yargı kararı alınmadığı sürece, tesis edilmekle birlikte anında hukuk düzeninde yer alarak tam ve eksiksiz bir etkiye sahip olmalarında görülmektedir. İdari işlemin hukuka uygunluk karanesinden yararlanması, aynı zamanda geçici bir hukuki etkiye¹⁸² sahip olduğunu ve idarenin sahip olduğu ayrıcalığın sınırlarını gösterdiğinden, ayrı bir öneme sahiptir. Öyle ki karine, idari işlemin “kesin hüküm” olmadığını doğrulamakta, idari işlem ve yargı kararının etkisini ayırarak farklılığını göstermektedir¹⁸³. Öncelikle idari işlem, yargı tarafından iptal edilinceye kadar geçerlidir¹⁸⁴. Yani varlıklarını hukuka uygunluk karanesinden yararlanarak sürdüren idari işlemler, iptal edilmekle tesis edildiği ana kadar geriye yürür şekilde ortadan kalkmaktadır. Bu sayede işlemin hukuka aykırılığı yargı organınca tespit edildiğinden, hukuka uygunluk karanesi de idari işlemlerle birlikte geriye yürür şekilde sonlanmaktadır¹⁸⁵. Ayrıca yargı yeri henüz iptal kararı vermeden yürütmenin durdurulması kararı da vererek, davaya konu idari işlemin hukuka uygunluk karanesini dava sonuçlanıncaya kadar askıya alabilir.

Hukuka uygunluk karanesi, sadece geçerli (uygun, makbul) varsayımına dayandığı için, idari işleme “geçici” bir hukuki güç verir¹⁸⁶. Bununla birlikte dava açma süresinin geçmesi nedeniyle bazı idari işlemler kesin etkiye sahip olabilirler. Ancak yine de yargı kararı kadar güçlü olamazlar. Zira hala

¹⁸² De Gastines, s. 3. İdari işlemin yargıç onayına ihtiyaç duymadan, tesis edilmekle birlikte hukuki sonuç doğurması ve işleme karşı iptal davası açıldığında yürütmesinin durmaması yönü, ön ayrıcalık kavramının yanı sıra “geçici icra” olarak da nitelendirilmektedir. Dupuis/Guédon/Chrétien, s. 514. Dolayısıyla ön ayrıcalığın sonuçlarından biri olan hukuka uygunluk karanesi de aynı zamanda, geçici etkiye işaret etmektedir.

¹⁸³ Rousset, s. 86. Frier ve Petit idari işlemlerin herhangi bir ön ayrıcalığı (dolayısıyla hukuka uygunluk karanesine) sahip olmadığını belirtmektedir. İdari işlem yargı kararı niteliğinde değildir ve özellikle kesin hüküm gücüne de sahip olamaz. Ayrıca, tek yanlılık yazılı bir dayanak olmadan var olamaz. Bir hukuki metin idareye karar alma ve iradesini zorla kabul ettirme yetkisi vermiyorsa, o da herkes gibi hak sahibi olabilmek için mahkemeye başvurmak zorundadır. Bu hususlardan yola çıkan yazarlar, yürütülmek için yargı kararına ihtiyaç duymamayı ifade eden “ön ayrıcalık” (privilège du préalable) ifadesi yerine, “tek yanlı karar ayrıcalığı” ifadesinin tercih edilmesinin yerinde olacağını belirtmektedir. Pierre-Laurent, FRIER/Jacques, PETIT, **Droit Administratif**, 10. Edition, LGDJ, 2015, s. 321-322.

¹⁸⁴ Yaşar, (2014), s. 275.

¹⁸⁵ “Hukuka aykırı bulunan idari işlemler hakkında verilen iptal kararları, varlıklarını hukuka uygunluk karanesinden yararlanmak suretiyle sürdüren idari işlemleri tesis edildikleri tarihe kadar geriye yürür şekilde ortadan kaldırır.” Danıştay, 2.D., 06/10/2010, E.2010/672, K.2010/3699, **Danıştay Dergisi**, 126, 2011, s. 110.

¹⁸⁶ Rousset, s. 87.

sorgulanabilir, idare tarafından değiştirilebilir ya da ortadan kaldırılabilir durumdadırlar¹⁸⁷. Örneğin bir yargı kararı hiçbir zaman geri alınmayacağı halde idari işlem, kazanılmış haklara saygılı olmak koşuluyla, idarece değiştirilebilir ya da geri alınabilir. Ayrıca kural olarak kesinleşen yargı kararı ortadan kaldırılamayacağı halde, düzenleyici idari işlemler dava açma süresi geçmiş olsa dahi, sonradan ona dayanılarak tesis edilen birel işlemlere dava açılması suretiyle iptal edilebilir¹⁸⁸. Dolayısıyla hukuka uygunluk karinesi, sonuçları itibariyle, idari faaliyetlere tanınan hukuka uygun addedilme ayrıcalığının sadece geçici bir etkiye sahip olduğuna, idarece ya da yargıcın kararıyla ortadan kalkabileceğine de işaret etmektedir.

2.6. Hukuka Uygunluk Karinesinin İdari Yargılama Usulüne Etkisine İlişkin Görüşler ve Değerlendirme

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27'nci maddesinin birinci fıkrasına göre; "*Danıştay'da veya idari mahkemelerde dava açılması dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmaz.*" İdarenin sahip olduğu önemli ayrıcalıklarından biri de dava açıldığında kural olarak işlemin yürütülmesinin durmamasıdır. Hukuka uygunluk karinesinin dayanağı ya da sonuçları arasında sıklıkla dava açmakla idari işlemin yürütülmesinin durmaması gösterilmektedir¹⁸⁹. Tekinsoy ise, vergi ile ilgili bazı işlemlerde dava açılması ile yürütmenin durması¹⁹⁰ ya da bazı işlemlerin ancak dava açma süresi geçtikten ya da açılan dava reddedildikten ve bu karar kesinleştikten sonra uygulanabileceğine ilişkin düzenlemeleri öne sürerek, dava açılmasının dava konusu işlemin yürütülmesini durdurmamasına ilişkin düzenlemelerin, hukuka uygunluk karinesinin dayanağı olamayacağını belirtmektedir¹⁹¹. Ona göre "*dava açılmasının dava konusu işlemin yürütülmesini durdurmaması kuralı, hukuka uygunluk karinesiyle ilgili olmayan, yargılama usulüne ilişkin bir kuraldır.*"¹⁹² Kanaatimizce de hukuka uygunluk karinesi, dava açılmasının dava konusu işlemin yürütülmesini durdurmamasının tek başına ne nedeni ne de sonucu olabilir. Zira dava açılması ile yürütmesi duran vergi işlemleri de

¹⁸⁷ Rousset, s. 88.

¹⁸⁸ Yaşar, (2014), s. 275.

¹⁸⁹ Gözler, C. I., s. 680. Günay, s. 126.

¹⁹⁰ 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27'nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre; "*Vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur.*"

¹⁹¹ Tekinsoy, s. 21.

¹⁹² Tekinsoy, s. 30.

dava açılana dek hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadır. Yani bu işlemlerde hukuka uygunluk karinesine ilişkin tek fark, ayrıca bir yürütmeyi durdurma kararı verilmeksizin dava açılması ile karinenin askıya alınmasıdır¹⁹³.

Hukuka uygunluk karinesinin idari yargılama usulündeki rolüne ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus ise ispat yüküdür¹⁹⁴. Doktrindeki bazı görüşlere göre hukuka uygunluk karinesinin bir sonucu olarak idari yargı önünde ispat yükü işlemin ilgilisinin (davacının) üzerindedir¹⁹⁵. Dupuis'e göre, idarenin idari uyuşmazlıklarda her zaman davalı konumunda bulunması olgusu, ispat yüküne ilişkin yanıtıcı bir düşünce ortaya çıkarmaktadır¹⁹⁶. Zira idari yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi¹⁹⁷ dolayısıyla tarafların sübjektif ispat yükünden bahsedilemez¹⁹⁸. İşlemi tesis eden her zaman idare olduğundan, davaya ilişkin bilgi ve belgelerin genellikle idarede olduğu ve ilgili dosyanın mahkemenin talebiyle idarece sunulduğu da düşünüldüğünde, ilgilinin idari işlemin hukuka aykırı olduğunu ispatla yükümlü olduğunu söylemek mümkün görülmemektedir¹⁹⁹. İdari yargıda davalı taraf idaredir ve idari yargılama usulünde ispata ilişkin uygulamalar özel hukuka nazaran, davalı için daha az elverişlidir. İlgililer ise, idarenin kamu gücü ayrıcalıkları karşısında, idari yargıda adli yargıya nazaran daha elverişli konumdadır. Yargıç çoğu zaman davacıdan delil istememekte, sadece ciddi karinelerini sormaktadır. Yani idare bu konuda bir ayrıcalığa değil, ağırlaştırılmış bir

¹⁹³ "2577 sayılı İYUK.nun 27/3. maddesine göre vergi mahkemelerinde vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılmasıyla tahsil işlemleri duran, yani kanunilik karinesi uyarınca tek yanlı olarak yürütülebilir olma üstünlük ve vafına sahipken dava konusu olmakla yürütülmesi kanunen duran usulsüzlük cezasının; dayanağı ve sebep unsuru olduğu işyeri kapatma cezasının uygulanmasında tek yanlı yürütülebilir olma niteliğini koruduğunu ve devam ettirdiğini kabul etmek yargılama usulü hükümleriyle de bağdaşmamaktadır." Danıştay, VDDK, 05/04/1996, E.1995/80, K.1996/126, **Danıştay Kararları**, (İnternet: <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/> Erişim Tarihi: 13/05/2016).

¹⁹⁴ İdari yargıda ispat yüküne ilişkin bkz. Melikşah, YASİN, İdari Yargılama Usulünde İspat, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

¹⁹⁵ Gözler, C. I, s. 678-679. Rivero/Waline, s. 365. Rousset, s. 86. Yaşar, (2014), s. 273.

¹⁹⁶ Dupuis, s. 209.

¹⁹⁷ İdari yargılama usulünde re'sen araştırma, yargıç için bir yetki olmanın yanında aynı zamanda usuli bir yükümlülüğü de ifade eder. Dolayısıyla mahkemenin re'sen araştırma yetkisi kapsamında gerekli inceleme ve araştırmayı yapmaması "eksik inceleme" olarak kabul edilmekte ve verilen kararlar Danıştay tarafından bozulmaktadır. Yasin, s. 12.

¹⁹⁸ Bahtiyar, AKYILMAZ/ Çınar Can, EVREN/ Kamile, ÜSTÜN TÜRKÖGLÜ/ Begüm, İS-BİR/ Emine, KARAGÖZ CIN/ Hilal, ALBAL/ Halim Alperen, ÇITAK, "İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19., Sa II., 2015, s. 175.

¹⁹⁹ Dupuis, s. 208. Tekinsoy, s. 22-23.

sorumluluğa sahiptir²⁰⁰. Yasin'in haklı olarak altını çizdiği gibi, günümüzde idari yargının temel fonksiyonu, silahların eşitliğini sağlamak üzere, idarenin sahip olduğu geniş kamu gücü ayrıcalıklarının karşısında dezavantajlı durumda olan bireyin hak ve menfaatlerini korumak olmalıdır²⁰¹.

Özel hukuk uyuşmazlıklarında davacı iddiasını ispatla yükümlüdür. Kural olarak davacı iddiasını ispat edene kadar, davalı taraf mahkûm edilmez. O halde hukuka uygunluk karinesinin ispat yükünü davacının üzerine bıraktığı varsayımında, söz konusu karineden özel hukuk uyuşmazlıklarındaki davalıların da yararlandığı, yani başka bir deyişle idarenin böyle bir ayrıcalığa sahip olmadığı sonucu ortaya çıkar²⁰². İdari yargılama usulünde idare, çoğu zaman işleminin hukuka uygunluğunu kanıtlamak zorunda kalmaktadır. Özellikle disiplin hukukuna ilişkin işlemlerde ve idari işlemin sebep unsuru bakımından denetlendiği durumlarda bu durum ön plana çıkmaktadır²⁰³. Örnek bir karara konu olayda bir öğretmene, kesin bir biçimde kanıtlanmaksızın yasadışı bir yürüyüşe katıldığı gerekçesiyle kınama cezası verilmiş, açılan iptal davasında idare mahkemesi davacı öğretmenin dava dilekçesinde yürüyüşe katılmadığı yönündeki beyanını doğrulayacak hiçbir bilgi ya da belgenin dava dosyasında yer almadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Temyiz incelemesi yapan Danıştay ise davalı idarenin davacının yürüyüşe katıldığını kesin olarak ispat etmesinin zorunlu olduğu, ispat yükünün davacıya yüklenemeyeceği gerekçesiyle idare mahkemesinin kararını bozmuştur²⁰⁴. Danıştay bir başka kararında da, olumsuz sicil işleminin iptali istemiyle açılan bir davada, somut bilgi ve belgelere dayandırılmaksızın tesis edilen işlemde, ispat yükünün idarede olduğuna hükmetmiştir²⁰⁵. Sonuç olarak, *“idari yargının özelliği gereği, ispat yükünün tespiti ve bu yükün taraflara dağıtılması konusunda*

²⁰⁰ Dupuis, s. 211.

²⁰¹ Yasin, s. 15-16.

²⁰² Dupuis, s. 210.

²⁰³ Tekinsoy, s. 24.

²⁰⁴ *“Dava ve soruşturma dosyasının incelemesinden, davacının, soruşturma dosyasında yer alan Emniyet Müdürlüğü'nün, davacının da uyuşmazlık konusu yürüyüşe katıldığını bildiren yazısı dayanak alınarak kınama cezası ile cezalandırıldığı, bu belge dışında, davacının eylemini inandırıcı ve kesin bir biçimde kanıtlayan herhangi bir belgenin ya da tanık ifadesinin işlem dosyasında yer almadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı idarenin, davacının yürüyüşe katıldığını ispat etmesi zorunlu iken, ispat yükünü davacıya yükleyerek, yürüyüşe katılmadığı yolundaki beyanını doğrulayacak hiç bir bilgi ve belgenin soruşturma dosyasında yer almadığından bahisle davanın reddedilmesine ilişkin İdare Mahkemesi kararında isabet bulunmaktadır.”* Danıştay, 10.D., 15/05/1985, E.1984/1825, K.1985/998, **Hukuk Türk İçtihat Bilgi Bankası**.

²⁰⁵ Danıştay, 2.D., 31/01/2005, E.2004/6213, K.2005/329 aktaran Yasin, s. 92.

mahkemenin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu” söylenebilir²⁰⁶. Dolayısıyla, kanaatimizce hukuka uygunluk karinesinin idari yargılama usulünde ispat yüküne ilişkin bir etkisi bulunmamaktadır.

Yargılama aşamasında yargıç açısından idari işlemin hukuka uygunluk karinesi mevcut değildir. Yargı yerleri denetim sırasında herhangi bir karinenin varlığı kabulüyle yargısal inceleme yapmamakta ve ispat külfetini bir karineye dayanarak dağıtmamaktadır²⁰⁷. Hukuka uygunluk karinesinin yargılama aşamasında söz konusu olmaması yargılama mantığının da bir gereğidir. İdari işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyecek olan yargıcın, idari işlemi baştan hukuka uygun kabul edip ona göre yargılama yapması söz konusu olamaz. Ancak idari işlemin yürütülmesinin durdurulmadığı durumlarda, yargılama aşamasında da ilgililer açısından idari işlem yürütülebilir durumda olmakta ve hukuka uygun kabul edilmeye devam etmektedir. Geçici etkiye sahip olan hukuka uygunluk karinesi, yürütmeyi durdurma kararıyla askıya alınabilir ya da dava sonucunda verilecek iptal kararıyla tümüyle ortadan kalkabilir. Aksi halde, idarece de geri alınmadığında işlem, ilgililer için yargılama aşamasında da hukuka uygun kabul edilmeye devam edecektir. Ancak hukuka uygunluk karinesinin, yargılama esnasında yargıç açısından herhangi bir etkisinin varlığından söz edilemez.

Dupuis, hukuka uygunluk karinesinin ispat yükünü davacı tarafa yüklemesi fikrine haklı itirazlarını sıraladıktan sonra, karinenin gerekliliğini tekrar düşünmenin gerekeceğini belirtmektedir. Yazara göre hukuka uygunluk karinesi de diğer karineler gibi aksi ispat edilinceye kadar geçerliliğini korur. Pozitif hukukta böyle bir problem, uyuşmazlık dışında ortaya çıkmaz. Zira uyuşmazlık dışında işlemlerin hukuka uygun olup olmadıkları sorusunun bir önemi yoktur. Ona göre çok istisnai olarak hukuk düzeninde yok hükmünde kabul edilen işlemler bir kenara bırakılırsa, diğer tüm işlemler, hukuka aykırılıkları oldukça muhtemel olsa da, hukuka uygunmuş gibi uygulanmaktadır. Hukuk düzeninde yer alan kamusal tasarruflar da, özel tasarruflar da, hukuka uygunlukları hakkındaki görüşler dikkate alınmaksızın, konularına göre uygulanır. Yazar bir tasarrufun, ister özel hukuka ister kamu hukukuna tabi olsun, hukuka aykırılığı varsayımının asla yapılamayacağını, idari işlemlerin diğer kişilerin işlemlerinden daha fazla hukuka uygun varsayılmasının hiçbir nedeni olmadığını belirtmiştir. Bu görüşlerinin sonunda

²⁰⁶ Yasin, s. 97.

²⁰⁷ Tekinsoy, s. 28.

ise yazar, hukuka uygunluk karinesinin idarenin ayrıcalıklarından biri olarak görülemeyeceği sonucuna varmıştır²⁰⁸.

Kanaatimizce hukuka uygunluk karinesinin idari yargılama usulünde ispat yüküne bir etkisinin olmaması, söz konusu ilkeyi tümünden değersiz kılmamaktadır²⁰⁹. İdarenin kamu gücü ayrıcalıkları ile hareket ederek almış olduğu kararların ilke olarak kapsamına giren herkes tarafından hukuka uygun addedilmesi ve bu özelliği gereği de icrai ve derhal uygulanabilir niteliğe sahip olması kamu hukukunun en temel kurallarındandır²¹⁰. Hukuka uygunluk karinesinin bazı durumlarda mantığın da bir gereği olduğunu belirtmek gerekir. İdarenin memurları özel çıkarları için değil, görevlendirildikleri için bir işi yaparlar. Oysa ilgililerin o işte genellikle özel çıkarları bulunmaktadır²¹¹. Dolayısıyla idarenin düzenlediği tutanakların²¹² ve tesis ettiği idari işlemlerin aksi mahkeme kararıyla tespit edilene dek hukuka uygun kabul edilmesi gerekir. Tek yanlı sonuç doğurarak bağlayıcı niteliği haiz olma ve ilgililerin hukuki statüsünü etkileme, idari işlemleri özel hukuk işlemlerinden ayıran en önemli özelliğidir. Hukuk devleti ilkesi gereğince hukuka uygun davranması gereken idarenin faaliyetlerinin, aksi mahkeme kararıyla tespit edilene dek ilgililer tarafından uyulması zorunlu kabul edilebilmesi için, hukuka uygun kabul edilmeleri gerekir. Bu bakımdan hukuka uygunluk karinesinin, idari faaliyetlerin yürütülmesi için kabulü gerekli bir ön kabulü ifade ettiği söylenebilir²¹³. Bu yönüyle idari işlemlerle özel hukuk işlemlerini bir tutmak kanaatimizce mümkün değildir. Bu noktada bir başka örnek olarak, idarenin genel düzenleyici işlem (kural işlem) yapma yetkisine de değinmek yerinde olacaktır. Düzenleme ve kural koyma yetkisine sahip olan idarenin tesis ettiği düzenleyici işlemler hukuka uygun addedilmediğinde, o işlemlere dayanarak

²⁰⁸ Dupuis, s. 211-218. Tekinsoy da hukuk tekniği açısından hukuka uygunluk karinesinin idari işlemin icrailik özelliğini vurgulamaktan öteye bir anlamı olmadığını ve teknik açıdan bir karineden söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Ona göre idari işlemin icrailiğinin kamu gücü ayrıcalığı olarak kabul edildiği durumda, böyle bir karineye ihtiyaç da yoktur. Tekinsoy, s. 28.

²⁰⁹ Gastines, karinelerin sadece ispat bakımından değil, ayrıca ve özellikle hukuk kurallarının hazırlanması bakımından da önemli bir rolünün olduğunu ifade etmektedir. De Gastines, s. 14.

²¹⁰ Erkut, (2004), s.78. Rivero, hukuka uygunluk karinesinin tüm Fransız idare hukukuna egemen olduğunu ve o olmadan idari işlemin icrailik yönünün açıklanamayacağını, idareye tanınan bu güçle derhal uygulanabilirliğin sağlandığını belirtmektedir. De Gastines, s. 2.

²¹¹ Gözler, C. I., s. 679.

²¹² Gözler, C. I., s. 679.

²¹³ Yasin, s. 174.

tesis edilen tüm birel işlemler de hukuka aykırılık şüphesi altında kalacak ve yine meşruiyetleri tartışılır hale gelecektir. Örneğin, idare görev alanıyla ilgili yönetmelik çıkarmakta, onu uygulamakta ve ona dayanarak işlemler tesis etmektedir. Yönetmeliğin hukuka aykırı olduğu kanısında olan ilgililer bu iddialarını idari yargı önüne taşımak zorundadır. Zira yönetmelik idarece kaldırılmadıkça, hukuka aykırılığı tespit edip yönetmeliği iptal edebilecek olan yegâne merci yargı organıdır. İlgililerin hareketsiz kalması durumunda ise kamu yararı amacıyla hareket eden idare yönetmeliği uygulamaya devam edecek ve ortaya çıkan sonuçlar doğal olarak hukuka uygun kabul edilecektir. Hukuk düzeninde kural getiren, normlar hiyerarşisinde yer edinen, uygulanarak ilgililerin hukuk dünyasında sonuçlar doğuran bir işlemin, yargı organınca karar verilmedikçe, hukuka aykırı olduğunu söylemek, kanaatimizce bir yorumdan ibaret olacaktır.

SONUÇ

İdare hukukundaki kamu gücü fikri, bir yandan yasama, yürütme ve yargı erklerinin sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıkların tümünü kapsayan devletsel kamu gücünden beslenmekte, bir yandan da idare hukukunun yapısına özgü biçimde teknik bir kimliğe bürünmektedir. Kamu gücü ayrıcalıkları, bir kamu hizmetini görmekle yükümlenen özel hukuk kişilerinin istisnai olarak kullandıkları ayrıcalıklar dışında, idareye özgü imtiyazlardır. Bu yönüyle kamu gücü, idarenin kamu yararının sağlanması yönündeki kuvveti ve kurumsal gayreti olarak görülmektedir.

Tarihsel kökleri, Roma Kamu Hukukuna ait bir kavram olan imperium yetkisine kadar dayanan kamu gücü ayrıcalıklarından bazıları idareye harekete geçme ve eylemde bulunma yeteneği verirken, bazıları ise idarenin iyi işlemesini temin etmek üzere birtakım elverişsiz faaliyet ve tedbirleri engelleyerek, idareyi hukuki vasıtalarla belli bir koruma alanı içine almaktadır.

Geçmişte uzunca süre egemen gücün sahip olduğu kudret, hukuki bir sınıra ya da yargısal denetime tabi olmasa da, bugünkü hukuk devleti anlayışı, kamu gücüne sorgulanamaz ve denetlenemez nitelikler bahşedilmesini engellemektedir. İdare sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıklarla ne kadar güçlü olursa olsun, hukukun egemenliği altındadır. Her işlem ve eyleminde kamu yararı amacıyla hareket etmek zorunda olan idare, bunu yaparken hukukun çizdiği sınırları da aşmamak zorundadır.

Aksi yargı organı tarafından karara bağlanmadığı ve hukuk düzeninde yer aldığı sürece idari işlemlerin hukuka uygun addedilmesi anlamına gelen

hukuka uygunluk karinesi, idarenin sahip olduğu önemli ayrıcalıklardan biridir. Özel hukuktaki karine kavramından farklı niteliklere sahip olan hukuka uygunluk karinesi, kamu hukukuna özgü bir yapıya bürünmüş ve idare hukukunda bir ilke olarak kabul görmüştür.

Hukuka uygunluk karinesi idari işleme tek başına, tesis edilmekle birlikte hukuk düzeninde etki yaratarak hukuki sonuç doğurma gücünü vermemekte ve aynı şekilde tek başına, idari işleme karşı iptal davası açıldığında işlemin yürütülmesinin durmamasını da sağlamamaktadır. Hukuki sonuç doğurmak bakımından asıl etkiye sahip olan idari işlemin icrailiğidir. Başka bir deyişle hukuka uygun addedilen ancak icrailik vasfına sahip olmayan bir işlem tek başına hukuki sonuç doğurmayacaktır. Ancak idari işlemin icrailik vasfına sahip olması hukuka uygun addedilmesini de gerektirir. Hukuka uygunluk karinesi, idarenin tek yanlı işlem yapma ayrıcalığına meşruiyet zırhı teşkil etmektedir. Bu yüzden iç içe geçmiş halde bulunan hukuka uygunluk karinesi ve idari işlemin icrailik özelliğini bir arada değerlendirmek gerekir.

İdare, kamu yararının temsilcisi sıfatıyla, kamu gücü ayrıcalıklarından yararlanmaktadır. Bu yüzden kamu yararı gerektirdiğinde bu ayrıcalıklara başvurmakla yükümlüdür. Yani idari işleme giydirilen hukuka uygunluk zırhı, idarenin dilediği zaman çıkarabileceği bir koruma ayrıcalığı değildir. Sonuç olarak idarenin, kamu yararı gereğince işlem tesis etmesi gereken durumlarda, tesis edeceği işlemin hukuka uygun olup olmadığı hususunda yargı onayına başvurarak, yargının kendisi yerine işlem tesis etmesini talep edemeyeceğini kabul edilmektedir. Aksi halde idarenin her tereddüt yaşadığı durumda yargı organına başvurması ihtimali, kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesinin tehlikeye düşmesine yol açabilir.

Hukuka uygunluk karinesi, idari işlemi kesin hüküm gücüne sahip kılmamaktadır. Zira idari işleme karşı iptal davası açıldığında talep edilmesi ve gerekli yasal şartların bulunması durumunda mahkeme tarafından yürütmeyi durdurma kararıyla hem karine hem işlemin icrailiği kesin hükme kadar askıya alınır. Mahkemenin vereceği bir iptal kararıyla ise idari işlemin hukuka aykırılığı tespit edilmiş olduğu için ortadan kalkar. Ayrıca idari işlem, idare eliyle de değiştirilebilir ya da ortadan kaldırılabilir.

Bir görüşe göre hukuka uygunluk karinesi idari yargılama usulünde ispat yükünü ilgilinin (davacının) omuzlarına bırakmaktadır. Kanaatimizce idari yargılama usulünde hâkimin re'sen inceleme yetkisi ve görevi, işlemin ilgisi (davacı) ile idarenin (davalı) konumları ve sorumlulukları birlikte

değerlendirildiğinde, ispat yükünün her durumda ilgilinin (davacının) üzerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla hukuka uygunluk karinesinin idari yargılama usulünde ispat yüküne ilişkin bir etkiye sahip olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Ayrıca hukuka uygunluk karinesi ilgili kişilere ve idarelere ilişkin bir ilkedir. İdari işleme karşı dava açıldığında da işlemin yürütülmesi durdurulmamış ise işlemin etkisi devam etmektedir. Ancak yargılama esnasında hukuka uygunluk karinesinin, işlemin hukuka aykırı olup olmadığı yönünde inceleme yapacak olan yargıç için geçerli olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Hukuka uygunluk karinesine, yargılama usulünü de kapsar şekilde, birtakım aşırı sonuçlar yüklenmesi bu ilkenin değerinin sorgulanmasına da yol açmaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce, hukuka uygunluk karinesinin idari işleme hukuki sonuç doğurma gücünü tek başına vermemesi ve idari yargıda ispat yüküne bir etkisinin olmaması, karinenin anlamsız ve değersiz olduğu sonucunu doğurmamaktadır. Karine en başta hukuka uygun davranmakla yükümlü olan idarenin, iradesiyle hukuki sonuçlar doğurmasını sağlayan kamu gücü ayrıcalıklarına meşruiyet sağlamakta ve idarenin faaliyetlerinin hukuka aykırılık şüphesi altında gerçekleşmesinin önüne geçmektedir. Ayrıca idari işlemin sahip olduğu hukuki güç, hem icrailiği hem de hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasıyla birlikte ortaya çıkmakta ve ilgililer için uyulması zorunlu hale gelmektedir.

Hukuka uygunluk karinesi, idarenin fiili üstünlüğünü aynı zamanda hukuki üstünlük biçimine sokmasının yanında, bireyler açısından güvence işlevi de görmektedir. Zira bu sayede kişiler, “*statülerinin zaman içinde sabitlendiğini ve ancak hukuka aykırı ise mahkemece iptal edilebileceğini veya idare tarafından belli güvencelerle geri alınabileceğini bilirler.*”²¹⁴ Özellikle hak doğurucu idari işlemler bakımından işlemin yürürlükte olduğu sürece hukuka uygun kabul edilmesi ve tüm hukuk düzeni ile idareler tarafından yok sayılmayacak olması, bireyler açısından güvence niteliğine işaret etmektedir.

²¹⁴ Karahanoğulları, s. 161.

KAYNAKÇA

AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

AKYILMAZ, Bahtiyar, “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 61-78.

AKYILMAZ, Bahtiyar, **İdari Usul İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usulü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.

AKYILMAZ, Bahtiyar/ EVREN, Çınar Can/ ÜSTÜN TÜRKOKLU, Kamile/ İSBİR, Begüm/ KARAGÖZ CİN, Emine/ ALBAL, Hilal/ ÇITAK, Halim Alperen, “İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifine Eleştirel Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19., S. 2., 2015, s. 167-198.

ATAY, Ethem E., “İdare Hukukuna İlişkin Temel Tespitler ve Bu Hukuk Dalının Belli Başlı Özellikleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 503-527.

ATAY, Ethem E., **İdare Hukuku**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

BODIN, Jean, **Les Six Livres de la République**, Edition et Présentation de Gérard Mairet, Paris, 1993.

CHAPUS, René, **Droit Administratif Général**, 15. Edition, Tome 1, Montchrestien, 2001.

CHEVALLIER, Jacques, “Le Droit Administratif, Droit de Privilège?”, **Pouvoirs, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques**, S.46, 1988, s. 57-70.

CHRETIEN, Patrice / CHIFFLOT, Nicolas, **Droit Administratif**, 13. Edition, Sirey, Paris, 2012.

ÇAKMAK, Münci N., **İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

DE GASTINES, Louis, **Les Présomptions En Droit Administratif**, LGDJ, Paris, 1991.

DEBBASCH, Charles / COLIN, Frédéric, **Droit Administratif**, 11.

Edition, Economica, Paris, 2014.

DENIZEAU, Charlotte, **L'idée de Puissance Publique á l'Epreuve de l'Union Européenne**, LGDJ, Paris, 2004.

DUPUIS, Georges, **Les Privilèges de l'Administration**, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Paris, 1962.

DUPUIS, Georges/ GUEDON, Maria-José / CHRETIEN, Patrice, **Droit Administratif**, 12. Edition, Sirey, Paris, 2011.

EKER, Süer, "Divanü Lugati't-Türk ve İran Dillerinden Kopyalar Üzerine", **I. International Journal of Central Asian Studies**, S. 13, 2009, s. 233-283.

ERKUT, Celal, "İdare Hukukunda Yokluk Teorisi", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Y. 9, S. 1-3, 1988, s. 69-91.

ERKUT, Celal, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Ankara, 1990.

ERKUT, Celal, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.

FEYZİOĞLU, Metin, "Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 48, S. 1, 1999, s. 135-163.

FOILLARD, Philippe, **Droit Administratif**, 3. Edition, Collection Paradigme, Bruxelles, 2014.

FRIER, Pierre-Laurent / PETIT, Jacques, **Droit Administratif**, 10. Edition, LGDJ, 2015.

GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.

JARROSSON, Charles, "Réflexions Sur L'Imperium", **Etudes Offertes à Pierre Bellet**, Litec, 1991, s. 245-279.

KAPANİ, Münci, **Politika Bilimine Giriş**, 17. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2005.

KARAHANOGULLARI, Onur, **Bazı İdare Hukuku Kavramlarına Sözlük Tanımları**. (Tarihsiz) (<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kavramlar.pdf>)

KARAHANOGULLARI, Onur, **İdarenin Hukukla Kavranması: Yasalık ve İdari İşlemler**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

KARAKAŞ, Fatma Tülay, “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”. **AÜHFD**, C. 63, S.3, 2013, s. 729-759.

MAZERES, Jean-Arnaud, “Qu’est-ce Que la Puissance Publique?”, **La Puissance Publique à l’Heure Européenne**, sous la direction de Philippe Raimbault, Dalloz, Paris, 2006.

MENEMENCİOĞLU, Ethem, “Amme Kudreti ve Şahsiyet Nazariyesi”, **Türk Hukuk Kurumu Yayınları**, Ankara, 1959.

MESTRE, Achille, **Le Conseil d’État, Protecteur des Prerogatives de l’Administration: Etudes Sur le Recours Pour Excès de Pouvoir**. Vol. 116. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974.

OBERDORFF, Henri, **Les Institutions Administratives**, 6. Edition, Sirey, Paris, 2010.

OKANDAN, Recai Galip, **Umumi Amme Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1966.

ÖZAY, İl Han, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 2004.

ÖZTAN, Bilge, **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 25. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

PICARD, Etienne, “Impuissance Publique en Droit”. Special **Puissance Publique ou impuissance publique?**. **AJDA**, 20 juillet 1999.

RIVERO, Jean / WALINE, Jean, **Précis de Droit Administratif**, 21. Edition, Dalloz, Paris, 2006.

ROUAULT, Marie-Christine, **Droit Administratif**, Gualino Editeur, 2006.

ROUSSET, Michel, **L’idée de la Puissance Publique en Droit Administratif**, Dalloz, Paris, 1960.

SUNAY, Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.

TEKİNSOY, Ayhan, **İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.

TRUCHET, Didier, **Droit Administratif**, 6. Edition, Thémis, Paris.

VAN LANG, Agathe / GONDOUIN, Geneviève / INSERGUET-BRISSET, Véronique, **Dictionnaire de Droit Administratif**, 6. Edition, Sirey, Paris, 2015.

VLACHOS, Georges C., **Les Principes Généraux du Droit Administratif**, Ellipses, Paris, 1993.

YAŞIN, Melikşah, **İdari Yargılama Usulünde İspat**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

YAŞAR, Hasan Nuri, **İdare Hukuku**, 2. Baskı, Der Kitabevi, İstanbul, 2014.

YAŞAR, Hasan Nuri, **İdari Yargı Kararlarının Etkinleştirilmesi Arayışında İdari Yargı İdari Yargıç Yargısal Emir**, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

YELBAŞI, Cengiz, **Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2014.

YILMAZ, Dilşat, **İdari İşlemin İcrailik Özelliği**, Astana Yayınları, Ankara, 2014.

YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

ZABUNOGLU, Yahya K., **Devlet Kudretinin Sınırlandırılması**, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1963.

JOHN LOCKE’TA DOĞA DURUMU VE DİRENME HAKKI

Burcu DEĞİRMENCİOĞLU YILDIZ*

ÖZET

17. yüzyılın önemli teorisyenlerinden John Locke, siyasal iktidarın sınırlandırılması düşüncesini benimsemiştir. Bu düşüncesini kaleme aldığı “Yönetim Üzerine İkinci İnceleme” adlı eserinde, devletin kaynak ve kapsamını belirlemeye çalışmıştır. Locke, devletin sınırlandırılmasına ilişkin fikirlerini ortaya koyarken, sosyal sözleşme teorisini dayanak almıştır. Siyasal toplumla iktidar arasında yapılan bu sözleşme ile siyasal toplum bazı yetkilerini siyasal iktidara devretmiştir. Bunun karşılığında devlet, bireylerin tabiatından kaynaklanan “hayat, hürriyet, mülkiyet” haklarını koruma altına almakla yükümlü kılınmıştır. Siyasal iktidar sözleşmeden kaynaklanan bu yükümlülüğünü yerine getirmedeğinde veya bir şekilde siyasal toplum gözündeki meşruiyetini kaybettiğinde siyasal toplum, sözleşmeyi feshederek yeni bir siyasal iktidar kurma hakkına haiz olacaktır. Siyasal topluma verilen bu hak, Antik çağdan beri tartışılan direnme hakkıdır. Bu hak, Locke tarafından sistematik bir zemine oturtulmuştur.

Anahtar Kelimeler: *Direnme Hakkı, Doğa Durumu, Sosyal Sözleşme, Siyasal Toplum, Siyasal İktidar*

STATE OF NATURE AND RIGHT TO RESISTANCE ON JOHN LOCKE

ABSTRACT

John Locke, one of the 17th century’s most important theorists, has adopted the idea of limited political power. He tried to determine the source and extent of state in his book “Two Treatises of Government” in which he wrote up his idea of limited political power. Revealing this ideas for limited government has relied on the social contract theory. Political society transferred some powers to government by the agreement between each other. State, in return, was obliged to take under protection the rights of “life, liberty, power” which arises from the nature of individual. When political power defaults its obligation under this agreement at in any way loses its legitimacy in the eyes of political society, political society will have the right to establish a new political power, by dissolving the contract. This right which is granted to the political society is right to resist which has been argued since ancient times. What Locke did was to put this right in a sistematic theoretical ground.

Keywords: *Right to Resistance, State of Nature, Social Contract, Political Society, Political, Political Power*

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku, Genel Kamu Hukuku ABD.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 16.05.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 27.06.2016

GİRİŞ

17. yüzyılda¹ zengin ve eğitimli bir ailenin çocuğu olarak dünyaya gelen Locke, döneminin siyasi ve felsefi düşüncelerine önemli katkılar yapmış bir düşünürdür. Locke, eğitimli ve tacir bir ailede² büyümüştür. Kendisi de Oxford Üniversitesi'nde doğa bilimleri alanında öğrenimini tamamlamıştır. Locke'un eğitimli ve zengin bir ailenin çocuğu olarak dünyaya gelmesi, onun düşüncelerini şekillendiren en önemli unsurlardandır. Liberal bir ideolojiye sahip olması ve mülkiyet hakkına büyük bir önem atfetmesi, bu durumun en temel yansımalarındandır.

Locke, öğrenimini tamamladıktan sonra, bir süre İngiltere'de bürokratik görevlerde bulunmuştur. Dönemine hâkim olan siyasi karışıklıklar sebebiyle 1683'te İngiltere'den ayrılmak zorunda kalan Locke, 1688 İngiliz Devrimi'nin başarıya ulaşmasıyla ülkesine geri dönmüştür.

Devrimin ardından 1689³'da bugün ihtilal teorisine kaynaklık eden ve

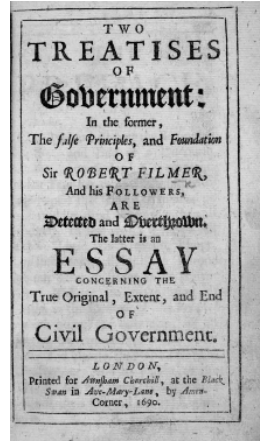
¹ Uygun, Locke'un hayatının büyük bir bölümünün 17. Yüzyılda yaşamasına rağmen, ilerici görüşleri nedeniyle 18.yüzyıl Aydınlanma Çağı düşünürlerinden biri olarak kabul edildiğini ifade etmiştir. UYGUN, Oktay: **Devlet Teorisi**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2015, s.216. Ancak biz söz konusu eserde yaşadığı dönemi dikkate alarak Locke'dan 17. Yüzyıl düşünürü olarak bahsedeceğiz.

² "Locke'un babası ve annesi Püritan tüccar ailelerden geliyordu: babasının ailesi giyecek, annesinin ailesi de deri tabaklama işindeydi. Somerset'te Sulh Mahkemesi'nde avukat ve kâtip olarak çalışan babası pek de fazla sayılmayacak bir gelire sahipti. Ayrıca bir parça toprağın da sahibiydi; kendisinin ya da oğlunun bir beyefendi olarak yaşamasını sağlayacak kadar büyük olmasa da oğlunun ileriki yıllarda en büyük eserinin kapağında kendi kendisine beyefendi unvanı vermesine yetecek düzeydeydi." DUNN, John: **Locke**, Dost Kitabevi, Ankara, 2011, s.211; "John Locke'un babası Sir William Locke, söylenenlere göre, 'Sekizinci Henry zamanındaki en büyük tüccardı'. İpek ve kadifeyle ilgilenen bir manifaturacı olarak yürüttüğü işleri oğlu Nicholas devam ettirmişti... Nicholas'ın 1606'da doğan ve babasının kumaş işini sürdürmeyip bunun yerine hukukla ilgilenen büyük oğlu John... 1630'da Ange sKeene ile evlenmiş... 29 Ağustos 1632'de ilk çocukları John dünyaya gelmişti." WOLLHOUSE, Roger: **John Locke**, Çev. Akın TERZİ. 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ekim 2011, s.5

³ Locke'un Yönetim Üzerine İkinci İnceleme'yi tam olarak ne zaman yazdığı bilinmemektedir. Bununla ilgili tartışmalar bulunmaktadır. Dunn bu tartışmalara değinmiştir: "... kitabı 1689'da yayımlamadan önce ne kadarını ilk kez yazdığını (ya da tekrar tekrar yeniden yazdığını) bile bilmiyoruz... Konuya kafa yoran hayal gücü en geniş, akademik kökenli yazarlar en azından iki noktada fikir birliğine varmış durumda. Birincisi, Locke 1683 yazının sonlarında Hollanda'ya gitmek üzere ülkeden ayrıldığında 1689'da yayımlayacağı metnin büyük bir bölümünü çoktan kaleme almıştı. İkincisi, kitaptaki metinlerin büyük bir bölümünü (1683'teki haliyle) daha önceki yıllar boyunca oluşturmuştu ve metin de buna uygun olarak Shaftesbury'nin partisinin Dışlama anlaşmazlığı esnasında benimsediği çeşitli değişik konuları yansıtmaktadır." DUNN, John: s.61-62; Benzer görüş için bkz: WOLLHOUSE, s.210; Dunn'un belirttiği Shaftesbury, Locke'un tıp eğitimi aldığı sırada tanıştığı, Kral II.

ardından gelen devrimlere ilham veren “Yönetim Üzerine İkinci İnceleme” adlı eserini yayımlamıştır. Locke eserini kaleme alırken, Robert Filmer’in “Patriarcha: or the Natural Power of Kings (Ataerki : ya da Kralların Doğal Güçleri)” adlı eserindeki düşüncelerini çürütmeyi amaçlamıştır.

Fotoğraf-1: John Locke’un Yönetim Üzerine İkinci İnceleme adlı eserinin ilk baskısı⁴



Yönetim Üzerine İkinci İnceleme adlı eserin ilk baskısında da görüldüğü üzere, eserin başlığı “Two Treatises of Government: In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer and His Followers Are Detected and Overthrown (Yönetim Üzerine İkinci İnceleme: Öncesinde, Robert Filmer ve Takipçilerinin Tespit Edilmiş ve Yıkılmış Hatalı İlke ve Dayanakları)” şeklindedir. Eserin ismi açıkça, Robert Filmer ve takipçilerinin “hatalı ilke ve dayanakları”nın anlatıldığını ve bu şekilde Robert Filmer’in eleştirildiğini göstermektedir. Nitekim Locke, eserinde zaman zaman Filmer’a atıf yaparak, onun görüşlerini çürütmeye çalışmıştır⁵. Locke, Filmer

Charles’ın sarayında etkili bir politik figür olan ve daha sonra Shaftesbury Kontu unvanı alan Lord Ashley’dir. Locke, Shaftesbury’nin fikirlerinden ilerleyen aşamalarda oldukça etkilenmiştir. Ayrıntılı bilgi için: DUNN, s.24, 25, 27, 29.

⁴ British Library, Locke’s Two Treatises of Government, 1690. (<http://www.bl.uk/learning/timeline/item103653.html>, erişim: 21.03.2016)

⁵ LOCKE, John: **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, Çev: Fahri BAKIRCI, 2.Baskı, Ebabil Yayınları, Ankara, Mayıs 2012, s.21, §22; s.8, §2; s.10-11, §6; Benzer görüş için bkz: HOFF, Shannon: “Locke and Nature of Political Authority”, **The Review of Politics**, University of Notre Dame, C.77, Sa.1, 2015, s.4

ile özellikle siyasi yönetimin meşruluğu ve kaynağı noktasında⁶ karşı karşıya gelmiştir. İleride geniş bir biçimde açıklanacağı üzere Locke, siyasal iktidarın sınırlandırılması fikrini benimsemiştir. Filmer ise hükümdarın iktidarını sınırsız olarak tanımlayarak, Kral Charles'ın keyfi yönetim konusunda ilahi hakka sahip olduğu belirtmiştir⁷.

Locke, Yönetim Üzerine İnceleme 'de iktidarın sınırlandırılması düşüncesini inceleyerek, İngiltere'nin politik gereksinimlerine yönelik bir eser⁸ ortaya koymuştur. Locke, bu durumu önsözünde şu şekilde açıklamıştır:

*“Büyük bir reformcu olan kralımız William'ın payitahtına destek vermek, onun haklılığını, meşru bir hükümetin yegâne gerekçesi ve kralımızda diğer Hıristiyan prenslerinden çok daha fazla olan halka bağlılığı vasıtasıyla ispatlamak; nihayet, doğal, meşru hukuka sevdalı İngiliz halkının haklılığını ve bunları savunmanın bir milleti esaret ve harabiyetinin kıyısından döndüren kati çözüm olduğunu dünyaya göstermek”*⁹

Locke, devletin kapsamı, kaynağı ve amacını ortaya koyan¹⁰ söz konusu eserinde devlet iktidarının oluşumu ve sınırlandırılmasına ilişkin görüşlerini, sosyal sözleşme teorisi kapsamında açıklamaya çalışmıştır. Sınırlı iktidar tartışmasında Locke 'un şahitlik ettiği 1688 İngiliz Devrimi öncesinde döneme hâkim olan kışkırtıcı olayların ve düşüncelerin etkisi büyüktür¹¹. 17. yüzyılda İngiliz siyasetinde; hem devrimlerin etkisiyle hem de seçim

⁶ GEÇİT, Bekir: “John Locke'da Mülkiyet Hakkının Sınırları: Doğal Hukuk Temelinde Bir Değerlendirme”, **Beytulhikme: An International Journal of Philosophy**, C.1, Sa.4, Haziran 2014, s.99

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz: FILMER, Robert: **Patriarcha and Other Political Works**, Ed. Peter LASLETT, Transaction Publishing, New Brunswick&London, 2009

⁸ DUNN, John: s.100

⁹ DIDIER, Jean: **John Locke**, 1.Baskı, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2009, s.632; LOCKE, John: **Two Treatises of Government**, Printed for Whitmore and Fennand C. Brown, London: 1821, s.i; “*Bu sözlerin, İkinci İnceleme'nin, William'ın tahta geçmesini sağlayan, II. James'e karşı düzenlenen Kansız Devrimi gerekçelendirmek için bu devrimden sonra yazıldığına bir işaret olarak kabul edilegelmiştir.*” WOLLHOUSE, s. 321

¹⁰ KELLY, Paul: **Locke's Second Treatise of Government**, 1.Baskı, Continuum, London&New York, Kasım 2007, s. 3

¹¹ HARRISON, Ross: **Hobbes, Locke and Confusion's Masterpiece: An Examination of Seventeenth-Century Political Philosophy**, 1.Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, Aralık 2002, s.164, Ayrıntılı bilgi için bkz: HAMPSHER-MONK, Iain: **Modern Siyasal Düşünce Tarihi**, Say Yayınları, İstanbul, 2004, s.99-104; KELLY, Paul: s.6-12; Mark ve Meadowcroft, İktidar savaşlarının ve özellikle kiliseler arasında yaşanan dini çatışmaların, devrime giden yolda büyük bir önemi olduğunu vurgulamışlardır. MARK, Eric/ MEADOWCROFT, John: **John Locke**, Continuum, London&New York, Mayıs 2014, s.6-8

politikalarındaki şiddetin artışıyla birlikte olağanüstü bir dönem yaşanmıştır¹². Bu karmaşa içerisinde çıkan eseri ile Locke, eski Çin'den¹³ bugüne direnme hakkının meşruiyetine ilişkin yapılan tartışmaları bir sistematik üzerine oturtmuştur. Her ne kadar direnme hakkı ve hakkın meşruiyeti hakkındaki tartışmalara son verememiş olsa da Locke, başta Amerikan Bağımsızlık Savaşı ve ardından gelen insan hakları bildirgeleri olmak üzere; dünya tarihindeki pek çok ihtilale¹⁴ ve bugün yürürlükte olan pek çok anayasaya ışık tutmuştur¹⁵.

Yönetim Üzerine İkinci İnceleme'de doğa durumundaki insanın geçtiği aşamalardan bahseden Locke, bireylerin bir araya gelerek yapmış oldukları sözleşme ile “*siyasal toplum*”u kurduğunu ve siyasal toplumun belli yetkilerini siyasal iktidara devrettiğini belirtmiştir. Siyasal toplumun kuruluşu ve iktidara yetki devri, her iki tarafa yetki ve sorumluluk yükleyen sözleşmelerle olmuştur.

Locke'da sözleşme siyasal iktidarın sınırlandırılması amacına hizmet etmektedir. Siyasal iktidar, siyasal toplumla arasında yapmış olduğu sözleşmenin

¹² BAUMGOLD, Deborah: **Contract Theory in Historical Context: Essays on Grotius, Hobbes and Locke**, Brill Academic Publishers, Leiden&Boston: Aralık 2009, s.49

¹³ GINSBURG, Tom/LANSBERG- RODRIGUEZ, Daniel/VERSTEEG, Mila: “When to Overthrow Your Government: The Right To Resist in the World's Constitutions.” **UCLA Law Review**, C. 5, Sa. 60, s. 1191

¹⁴ Locke'un 1789 Fransız Devrimine düşünsel bir makul temel oluşturduğu yönündeki görüş için bkz: GEMALMAZ, Mehmet Semih: İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.29-30

¹⁵ Direnme hakkına yer veren ülke anayasaları için bkz: Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 23 Mayıs 1949. (<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, Erişim: 21.12.2015); Verfassung des Landes Hessen, 1 Aralık 1946, (<http://www.verfassungen.de/de/he/hessen46-index.htm>, Erişim: 09.01.2016); Verfassungen Bremens, 21 Ekim 1947. (<http://www.verfassungen.de/de/he/hessen46-index.htm>, Erişim: 09.01.2016); Verfassung von Berlin, 23 Kasım 1995. (<https://www.berlin.de/rbmskzl/regierender-buergermeister/verfassung/>, Erişim: 09.01.2016); Fransız Anayasası, 4 Ekim 1958, ([https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf), Erişim: 22.12.2015); The Fundamental Law of Hungary, 25.04.2011. (<http://www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf>, Erişim: 22.12.2015); The Constitution of Greece, m.120 “*Coming into force of the Constitution- Right to Resist*” (<http://www.hri.org/docs/syntaxma/>, Erişim: 23.12.2015); Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası, 1958, son değişiklikler: 14 Mart 2004, m.1: (http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm, Erişim: 20.02.2016); Her ne kadar direnme hakkına hukuki bir anlam yüklenmiş olsa da, başlangıç bölümünde direnme kavramına yer vermesi bakımından 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da önem arz etmektedir: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 31 Mayıs 1961 Tarihli 10810 sayılı Resmî Gazete: (<http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10816.pdf>, Erişim: 23.12.2015)

sınırları içerisinde hareket etmekle mükelleftir. Temelde toplumun ve bireylerin doğal hukuktan kaynaklanan “*hayat, hürriyet, mülkiyet*” haklarını korumakla görevlendirilmiş olan iktidar, sosyal sözleşmenin gerektirdiği diğer sorumlulukları da hakkıyla yerine getirmek zorundadır¹⁶. Aksi takdirde, bireyler devlete karşı direnme hakkını kullanabileceklerdir.

Direnme hakkının felsefi temellerini ele alan Locke'un ihtilal teorisini anlayabilmek için öncelikle, onun sosyal sözleşme teorisinden bahsetmek gerekecektir. Tabiat durumundan çıkarak siyasal toplumu oluşturan bireylerin, doğa yasasıyla sınırlı olmak üzere bazı yetkilerini devrederek oluşturmuş olduğu siyasal iktidarı tasvir etmek; onun sınırlandırılması konusunda bize yol gösterecektir. Sınırlı iktidar düşüncesine sahip olan Locke'un bu düşüncelerini anlamlandırdıktan sonra direnme hakkına atfettiği anlam daha iyi anlaşılacaktır.

I. Doğa Durumu Tasviri

17.yüzyıla gelmeden, modern siyaset felsefesi iki anahtar kavram çerçevesinde şekillenmeye başlamıştır: Doğa durumu ve sosyal sözleşme¹⁷. Her bir teorisyen bu kavramlara farklı anlam yüklemiş olsa da¹⁸, doğa durumuna ilişkin varsayım¹⁹ hepsinde ortaktır.

17.yüzyıl sosyal sözleşme teorisyenlerinden Locke²⁰ Yönetim Üzerine İkinci İnceleme adlı eserinin ikinci bölümüne insanların “*doğal olarak*

¹⁶ “*Locke'un sözleşme teorisinde devletin, kendisini yaratan bireylerin taleplerini yerine getirmekten başka bir amacı yoktur.*” ARSLAN, Hüseyin: “John Locke'un Siyaset Felsefesinin Temelleri Üzerine Bir Deneme”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sa:17, Yıl:2013/1, s.189

¹⁷ ARSLAN, s.191

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: ROUSSEAU, Jean Jacques: İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çev. Rasih Nuri İLERİ, 13. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2015, s.80; HOBBS, Thomas: *Leviathan*, Çev. Semih LİM, 13. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Ocak 2014, s.99-103; HAZAR, Zeynep: *Francisco Suarez'de Yasa, Devlet ve Sosyal Sözleşme*, 1.Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2016

¹⁹ Doğa durumunun sadece kurgusal bir durum mu olduğu, yoksa tarihsel bir gerçekliğe mi sahip olduğu konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Bunu hem sosyal sözleşme teorisyenleri hem de sonrasında bu konuyla ilgili çalışmalar yapan düşünürler tartışmıştır. Ayrıntılı bilgi için: BAKIRCI, Fahri: *John Locke'da Mülkiyet Anlayışı*, Babil Yayınları, Ankara, 2004, s.24-28. Ancak tüm bu tartışmalara rağmen, doğa durumunun varlığına ilişkin bir kanıt rastlanmadığından, doğa durumunun bir varsayım olduğu kabul edilecek ve bu yönde açıklamalar yapılacaktır.

²⁰ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: *Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği*, 1.Basım Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2014, s.149

çinde”²¹ bulunduğu doğa durumuyla başlamıştır. İnsanların devlet öncesi dönemde “doğa durumu (state of nature)” nda yaşadığı²² varsayımından hareket eden Locke, teorisini bunun üzerine kurmuştur.

Leyden’in de belirttiği gibi; Locke’un doğa durumu doktrini, onun olgunlaşmış pek çok teorisi için ilk basamağı oluşturmaktadır²³. Bu sebeple doğa durumuna barışın mı yoksa savaşın mı hâkim olduğuna dair tespitler ve bireylerin ne durumda olduğuna ilişkin tasvirler bizim için büyük bir önem arz etmektedir.

A. Doğaya Yön Veren El: “Doğa Yasası”

Locke, doğa durumunu eşitlik ve özgürlük hali olarak tanımlamıştır. Bununla beraber, bir başıboşluk durumu olmadığını ve doğa durumunun bir düzene sahip olduğunu belirtmiştir²⁴. Locke, düzenin ancak “doğa yasası” ile sağlanabileceğini ifade etmiş²⁵ ve doğa yasasını şu şekilde tanımlamıştır:

*“Tabiat kanunu, tabiat ışığı ile öğrenebilen, rasyonel tabiata neyin uyduğunu neyin uymadığını gösteren ve bu sebeple de emredici veya yasaklayıcı olan ilahi iradenin bir buyruğudur.”*²⁶

Doğa yasasını “Tanrı’nın eseri”²⁷ olarak tanımlayan Locke, aynı

²¹ HARRISON, s. 175; Doğa durumu “belirli koşulların sağlandığı durum” olarak tanımlanmıştır. HARRISON, s. 176

²² SALİHPAŞAOĞLU, s.149

²³ LEIDEN, Wolfgang von: **John Locke Essays on The Law of Nature and Associated Writings**, “Introduction”, Oxford Press, Oxford& New York, 1988, s.82; ESPERANZA, Jerry Gael: **John Locke and The Natural Law**, Universidad de Navara Facultad Ecclesiastica de Filosofia, Doctoral Thesis, Pamplona, 2006, s. 12

²⁴ LOCKE,(2012), s.10,§6

²⁵ LOCKE, (2012), s.10, §6; Doğa durumunda herkesi bağlayan bir doğa yasası olması sebebiyle, tabiat durumundaki insanlar her ne kadar yetkin bir özgürlük içerisinde olsalar da, her istediklerini yapabileme kabiliyetine sahip değillerdir. Örneğin, teorisinde doğa durumuna yer veren Thomas Hobbes’ta olduğu gibi insanlar birbirlerini öldürme iktidarına sahip değillerdir. KELLY, s.35-36

²⁶ LOCKE, John: “Bize Verilmiş Bir Ahlak Kuralı Ya Da Tabiat Kanunu Var Mıdır? Evet.”, Çev. İsmail ÇETİN, **Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C.4, Sa: 4, , Yıl:4, 1992, s.334; Locke’un tabiat kanunu hakkındaki fikirleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: DESTİCİ, Mustafa: **John Locke’da Tabiat Kanunu Fikri**, Gazi Üniversitesi SBE Felsefe Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1996.

²⁷ LOCKE, John: **Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler**, Çev. İsmail ÇETİN, Paradigma Yayınları, İstanbul, 1999, s. 18; Özcan, doğa durumu ve doğa yasasının Locke’un anlayışında Tanrı’nın insanlara verdiği kökensel düzeni ifade ettiğini belirtmiştir. ÖZCAN, Mehmet Tevfik: “John Locke’un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmez’er

zamanda yasanın aklın bir ürünü olduğunu da ifade etmiştir²⁸. Doğa yasasına ilişkin akıldan yola çıkarak yaptığı bir tanımlamada, aklın “*yasanın ta kendisi*”²⁹ olduğunu ifade etmiştir.

Locke, sadece doğa yasasını tanımlamakla yetinmemiş, yasanın fonksiyonlarını da belirtmiştir:

*“1) Bu kanun, üstün bir iradenin buyruğudur ve kanunun formel sebebi, bu üstün iradedir. 2) Kanun, neyin yapılması neyin yapılmaması gerektiğini ortaya koyar ki; bu kanunun gerçek fonksiyonudur. 3) Bir yükümlülüğü oluşturmak için gerekli her şeyi içinde bulundurduğundan, tabiat kanunu insanları bağlayıcıdır.”*³⁰

Doğa yasası kendisine danışacak olan tüm insanoğluna, herkesin eşit ve bağımsız olduğu bir ortamda³¹, hiç kimsenin diğerinin yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ve malına zarar vermemesi gerektiğini öğretmiştir³². Bu temel kurallara aykırılık teşkil eden tüm saldırgan tutumları yasaklamış ve saldırgan tutumlar gösteren kişilere ceza veya cebri tazminat uygulanmasına tamamiyle izin vermiştir³³.

Yasa, aynı zamanda insanlara bazı temel doğal hakları da sağlamıştır. Bu haklar, insanların tabiat durumundan siyasal topluma geçiş ve siyasal iktidarı oluşturma aşamalarında her daim onlarla beraber olacaktır. Locke’un devletin sınırlandırılması argümanında, büyük bir faktör olan “*doğal haklar*” insanın ahlaki özelliklerinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır³⁴.

Locke, doğa yasasının uygulanması, yasaya uymayanların yaptırımla karşılaşması gerektiği durumlarda, doğa durumunda eşit olan insanların bu durumu nasıl yönetebileceklerine ilişkin bir takım açıklamalarda bulunmuştur. Doğa durumundaki eşitliğin bir sonucu olarak herhangi birinin bir başkasını

Armağan, C.52, Sa. 1-4, 1986-1987, s.583

²⁸ “Locke, doğa yasasını aklın yasası ile tanımlamaktadır.” Ayrıntılı bilgi için bkz: KELLY, s. 37

²⁹ LOCKE, (2012), s.10,§6

³⁰ LOCKE, (1992), s.335

³¹ “Tabiat kanununa göre bütün insanlar birbirinin kardeşidir ve bazılarının iddia ettiği gibi genel bir savaş ve insanlar arasında sürekli ve öldürücü bir nefret yoktur, bütün insanlar ortak çıkarlarla birbirine bağlı bulunmaktadır.” LOCKE, (1999), s.51

³² LOCKE, (2012), s.10-11,§6

³³ MARK/ MEADOWCROFT, s. 91

³⁴ MARK/ MEADOWCROFT, s. 29

yapmış olduğu bir kötülükten dolayı onu cezalandırabileceğini³⁵ belirtmiş ve eklemiştir:

*“Doğa durumunda bu yasaı yürütme ve bu sayede masumları koruma ve saldırganları engelleme iktidarına sahip hiç kimse olmasaydı, bu dünyada insanlara ilişkin diğer bütün yasalarda olduğu gibi doğa yasası da gereksiz olurdu”*³⁶

Görüldüğü üzere, Locke, doğa durumunda bir insanın başka bir insan üzerinde bir iktidara sahip olacağını söylemektedir. Locke, bu iktidarın bir suçluyu ellerine geçiren kişinin ihtiraslı kızgınlıklarla ya da iradenin sınırsız aşırılığına göre kullanacağı mutlak ve keyfi bir iktidar olmadığını; aksine soğukkanlı akıl ve vicdanın, suçlunun yaptığı ihlal ile orantılı olduğunu emrettiği ölçüde *“onarım ve engelleme amacıyla suçluya yaptırım uygulamaya yarayan bir iktidar”* olduğunu ifade etmiştir³⁷. Dolayısıyla, doğa durumunda her insanın, saldırıyı önlemek için meşru sayılan cezalandırma ve doğa yasasının yürütücüsü olma yetkisine sahip olduğu söylenebilecektir³⁸. Locke doğa durumunu düzenleyen yasaya uymayan insanın gerektiğinde ölümle bile cezalandırılabilceğini belirtmiştir:

*“Tanrı’nın insanoğluna verdiği akıl ile ortak kural ve ölçüyü reddetmiş, birine karşı haksız yere şiddet uygulayarak ve kan dökerek tüm insanoğluna karşı savaş açmış ve bu nedenle insanın birlikte toplum da kuramayacağı, güvende de olamayacağı... bir suçlunun kalkışmalarına karşı koymak için katili öldürme iktidarına sahiptir.”*³⁹

Doğa durumundaki insanın öldürme iktidarından *“büyük doğa yasası”*⁴⁰ olarak bahseden Locke, bunu Tekvin’ in 9. Bölümde yer alan *“Her kim insan kanı dökerse, onun kanı da, insan tarafından dökülecektir.”*⁴¹ biçimindeki 6. ayete dayandırmaktadır.

Doğa yasasına dair yaptığı tüm bu açıklamalarının yanında, doğa durumunu düzenlediğine inanılan bu doğa yasasının içeriğinin nasıl olup da insanlar tarafından anlaşılabilceğine dair soruya Locke cevap verememiştir.

³⁵ LOCKE, (2012), s.11-12,§7

³⁶ LOCKE, (2012), s.11, §7

³⁷ LOCKE, (2012), s.12, §8

³⁸ LOCKE, (2012), s.12, §8

³⁹ LOCKE, (2012), s.14,§11

⁴⁰ LOCKE, (2012), s.14,§11

⁴¹ Tekvin, Bölüm 9. (<https://www.bibleonline.ru/bible/tur/01/09/>, Erişim: 13.02.2016)

Locke her ne kadar, aklını kullanmak yoluyla her insanın doğa yasasının içeriğine hâkim olabileceği görüşünde olsa da, insanların bunu anlama kapasitesine nasıl sahip oldukları ve bunu nasıl kullanacakları konusunda tatmin edici bir açıklama yapmamıştır⁴².

B. Doğa Durumunda “İnsan”

Locke, siyasal iktidarı doğru anlamak için bütün insanların “doğal olarak ne durumda olduklarını” belirtmek gerektiğini ifade etmiştir⁴³. Doğa durumunu Tanrı'nın eseri⁴⁴ olarak tanımlayan Locke, doğa durumunun varlığına, nerede ve nasıl olduğuna dair sorulara şu şekilde cevap vermektedir:

*“Dünya yüzündeki bağımsız yönetimlerin bütün prensleri ve yöneticileri doğa durumunda olduklarından dünyada, en azından belirli insanın doğa durumunda bulunmadığı bir dönemin hiç olmadığı ve bundan sonra da olmayacağı açıktır.”*⁴⁵

Anlaşılan o ki Locke, insanlığın hepsi olmasa da, bir kısmının tasvir edilen doğa durumunda bulunduğunu düşünmektedir. İnsanlık tarihinde bir grup insan doğa durumunda yaşamış ve zamanla diğer aşamalardan geçerek bugünkü siyasal topluma ulaşmıştır.

Peki, varsayılan bu doğa durumunda insanlar ne durumdaydı? Locke, doğa durumunun insanların başkasından izin istemeksizin ya da başkasının iradesine bağlı olmaksızın eylemlerini düzenleyebilecekleri “yetkin bir özgürlük” ve ayrıca hiç kimsenin diğerinden daha fazla iktidar ve yetkiye sahip olamadığı, bütün iktidar ve yetkinin karşılıklı olduğu bir “eşitlik durumu”⁴⁶ olduğunu ifade etmiştir. Doğa durumunun barışçıl yanını teşkil eden özgürlük, “başkalarının zorbalıklarından ve engellemelerinden uzak olmaktır”; eşitlik ise doğa durumundaki bireylerin her türlü erk/otorite

⁴² DUNN, s. 89

⁴³ LOCKE, (2012), s.9, §4

⁴⁴ LOCKE, (1999), s. 18; Locke tüm dindar düşünürlerin üzerindedir, O'nun yönelimi teolojiden kaynaklanmaktadır ve temel dayanakları, dini inanışlarında bulunabilecektir. Ancak bugün çoğu kişi, din ile Locke arasında bir karşıtlık olduğunu iddia etmektedir. Bu karışıklık, tanımlamadaki eğilimlerde ve kategorilerde söz konusudur. 20.yy'daki eğilim, din ile seküler düşünceler arasında bir ayrım olduğu yönündedir. ZUCKERT, Michael P./ COVINGTON, Jesse/ THOMPSON, James: “John Locke: Toward a Politics of Liberty” [(içinde s. 143-180) Ed. Richard VELKLEY, **Studies in Philosophy and The History of Philosophy: Freedom and The Human Person**, Catholic University of American Press, December 2007, s.148]; WALDRON, Jeremy: **God, Locke and Equality: Christian Foundations in Locke's Political Thought**, Cambridge University Press, Cambridge, November 2002, s.207, 243

⁴⁵ LOCKE, (2012), s.16, §14

⁴⁶ LOCKE, (2012), s.9, §4

ve yargılama/cezalandırma konularında eşit haklara sahip olduğunu ifade etmektedir⁴⁷. Tasvir edilen bu eşitlik ve özgürlük durumu, yukarıda belirtildiği gibi doğa yasasının bir getirisidir.

Locke, doğa durumunu anlatırken barış, eşitlik ve özgürlüğün hâkim olduğu bir durumu tasvir etmeye çalışmıştır. İnsanları bu denli ideal bir durumda tasvir eden Locke, zamanla doğa durumunda bazı aksaklıkların meydana gelmeye başladığını ve bu sebeple siyasal topluma geçiş sürecine girildiğini ifade etmiştir. Kendisine “*insanlar doğa durumunda söylendiği kadar özgürse, kendi kişisinin ve sahiplenmelerinin mutlak efendisiyse, en büyüğe eşitse ve kimseye tabi değilse özgürlüğünü neden terk edecektir?*”⁴⁸ sorusunu yönelten Locke, bu soruya şu şekilde cevap vermiştir:

1) Doğa durumunda insan, doğa durumunun verdiği mutlak irade ve doğa yasasından başka bir sınıra tabi değildir. Ancak buna rağmen insanın doğa durumunda sahip olduğu “*hayat, hürriyet ve mülkiyet*” haklarının kullanımı oldukça belirsiz ve sürekli olarak başkalarının müdahalesine maruzdur. Herkes, diğeri kadar kral ve birbirinin eşiti olduğundan ve hakkaniyet ve adaletin kuvvetli gözetleyicileri olmayanlar daha büyük bir bölümü oluşturduklarından, insanın bu durumda sahip olduğu mülkiyetin kullanımı oldukça güvenliksiz ve emniyetsizdir. Bu durum ise insanı, özgür olmakla birlikte korku ve sürekli tehlikelerle dolu olan bu durumu terk etmeye zorlayacaktır⁴⁹.

2) Doğa durumunda doğru ve yanlışla dair standartları belirleyen, insanlar arasındaki uzlaşmazlıklar konusunda karar verilmesinde ortak bir ölçü oluşturan, ortak bir onayla kabul edilmiş ve izin verilmiş yerleşik, kurulu, bilinen bir yasa eksikliği bulunmaktadır. İnsanların kendi çıkarları ve cahillikleri söz konusu olduğunda doğa yasası her ne kadar tüm insanlar için açık ve anlaşılır olsa da bu eksikliği ortadan kaldırmamaktadır⁵⁰.

3) Doğa durumunda, yerleşik yasaya göre tüm uyuşmazlıkları karara bağlama yetkisine sahip, bilinen ve tarafsız bir yargıç eksikliği vardır. Doğa durumunda her kişi, yasanın hem yargıcı hem de yürütücüsü olduğundan ve insanlar kendilerine karşı tarafı olduğundan, başkalarının davalarında ihmalkârlık ve ilgisizliğin onları aşırı ağır yapması kadar, kendi davalarında

⁴⁷ EMEKLİLER, Bilgehan: “Thomas Hobbes ve John Locke’un Güvenlik Anlayışlarının Karşılaştırmalı Bir Analizi”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Sa. 13, 2011, s.114

⁴⁸ LOCKE, (2012), s.81, §123

⁴⁹ LOCKE, (2012), s.81, §123

⁵⁰ LOCKE, (2012), s.82, §124

hırs ve intikam onları aşırı kırgınlık içinde ileriye götürmeye çok fazla eğilimdir⁵¹.

4) Doğa durumunda doğru olduğunda hükümdarın arkasında durma, destekleme ve onu gerekli yürütmeyi sağlama iktidarının eksikliği durumu mevcuttur.⁵² Herhangi bir şekilde haksızlık yaparak suç işleyenler, yapabildikleri yerde haksızlıklarını zorla iyi saydırmak konusunda çoğunlukla başarısızlığa uğramazlar: Bu tür direnişler ise, yaptırımını, onu uygulamaya kalkışanlar için çoğu kez tehlikeli ve yıkıcı bir hale getirir⁵³.

Yukarıda anlatılan doğa durumunun süreç içerisinde ortaya çıkan problemleri yanları göz önüne alındığında, Locke'un doğa durumu analizinde insanlar, güvenliğin hâkim olduğu barış durumunda yaşarlarken, bu huzur zamanla bozulmaya başlamıştır⁵⁴.

İnsanların eşit bir biçimde sahip olduğu başkalarının saldırılarını cezalandırma iktidarının düzensiz ve belirsiz yürütülmesi dolayısıyla insanların maruz kaldıkları uygunsuzluklar, onları yönetimin yerleşik yasaları altına sığınmaya itmiştir⁵⁵. Söz konusu problemler sebebiyle, insanlar hızla “toplum” a doğru sürüklenmişlerdir⁵⁶.

C. Doğa Durumundan Siyasal Topluma Geçişte “İki Sözleşme”

Doğa durumunda bulunmanın getirdiği yukarıda bahsedilen sorunlar, insanları toplumsal bir yapı oluşturmaya itmiştir⁵⁷. Temel sorun bir düzene olan ihtiyaç olmuştur. Her ne kadar doğa durumuna hâkim olan bir “doğa yasası” bulunsa da, herkesin cezalandırma yetkisine ve iktidarına sahip olması, güvenliksiz bir ortamı doğurmuştur. Tedirgin edici ve güvenliğin var olmadığı bu ortamda yaşamak istemeyen insanlar bir araya gelerek, toplumu oluşturmak amacıyla bir adım atmışlardır. Bu varsayımdan hareket eden Locke, siyasal iktidarı, hayvanlar âleminde doğal kabul edilen güç ve şiddete dayalı bir ilişki olmaktan çıkartıp, yönetenlerin rızasına dayalı bir ilişkiye dönüştürmek için; insanlar arasındaki doğa durumunu sona erdiren⁵⁸ toplum

⁵¹ LOCKE, (2012), s.82, §125

⁵² LOCKE, (2012), s.82, §126

⁵³ LOCKE, (2012), s.82, §126

⁵⁴ EMEKLİLER, s.114

⁵⁵ LOCKE, (2012), s.82, §127

⁵⁶ LOCKE, (2012), s.82, §127

⁵⁷ TİMUÇİN, Ali: **John Locke'un Siyaset Anlayışı**, Bulut Yayınları, İstanbul, 2006, s.28

⁵⁸ LOCKE, (2012), s.16, §14

sözleşmesini⁵⁹ kullanmıştır. Bu sözleşmenin yapay sonucu olarak⁶⁰ da siyasal topluma geçiş yapılmıştır.

Locke, siyasal toplumun “Her bir kişinin doğayarasını yürütme iktidarını terk etmesi ve bu iktidarını kamuya bırakması yoluyla belirli sayıdaki insanın bir toplum içinde birleştikleri her yerde”⁶¹ olduğunu belirtmiştir. İnsanların bir topluluğa girmek ve bir siyasal bütün oluşturmak amacıyla karşılıklı olarak birbirleriyle anlaşma yaptıklarını⁶² ifade eden Locke, bu anlaşmanın insanlardan birinin diğerine söz vermesi, aralarında anlaşma yapması ile mümkün olamayacağını, bu durumda hala doğa durumunda olabileceklerini belirtmiştir⁶³. Görüldüğü üzere, Locke’un teorisinde “rıza” önemli bir yer işgal etmektedir⁶⁴. Teorinin merkezinde “rıza”nın bulunduğunu söyleyen Harrison, bu sebeple her şeye “rıza” ile başlanabildiğini belirtmiştir⁶⁵. Ona göre; Locke’taki rıza bireysel rızadan çok toplumun çoğunluğuna ait bir rızadır⁶⁶.

Locke’a göre siyasal toplum belirlenmiş ve sınırları çizilmiş bir hükümet olmaksızın, uzunca bir süre var olmaya devam etmiştir⁶⁷. Ancak bir süre sonra, yapılan bir başka sözleşme ile siyasal iktidara yargılama ve cezalandırma yetkisi devredilmiştir⁶⁸. Görüldüğü üzere, ilk anlaşma ile insanlar doğa durumunda doğa yasasıyla sınırlı olan özgürlük ve eşitliklerinin, kamu yararı doğrultusunda sınırlandırılmasına razı olmuş; ikinci anlaşmayla ise doğa durumunda erdemli biçimde eylemde bulunan ve kendisinin yöneticisi olan insan yerini, siyasal toplumdaki “bilge” yöneticiye bırakmıştır⁶⁹.

⁵⁹ UYGUN, s.218

⁶⁰ DIDIER, s.64

⁶¹ LOCKE, (2012), s.59, §89

⁶² LOCKE, (2012), s.16, §14

⁶³ LOCKE, (2012), s.16, §14

⁶⁴ TİMUÇİN, s.31

⁶⁵ HARRISON, s. 192

⁶⁶ HARRISON, s. 192

⁶⁷ GRANT, Ruth W: **John Locke’s Liberalism**, University of Chicago Press, Ağustos 1991, s.105

⁶⁸ Locke’un kuramında iki sözleşmenin mi yoksa tek sözleşmenin mi bulunduğu ilişkin doktrinde farklı görüşler olsa da, siyasal toplumun tek veya çift sözleşmeyle kurulup kurulmaması Locke’un teorisinin sonucunu değiştirmemektedir. AKDOĞAN, Çiğdem: **John Locke’da Toplum Sözleşmesi Kavramı**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001, s.98

⁶⁹ TİMUÇİN, s.22

Daha önce belirtildiği gibi, doğa durumundan beri insan, her şeyi yapabilme iktidarına sahip değildir; doğa yasası kapsamında hareket etmektedir⁷⁰. Doğa yasası bireye elbette ki asgari sınırlar yaratmaktadır; ancak bu sınırlar yargılama ve cezalandırma yetkisinin siyasal iktidara devri noktasında önem taşımaktadır. Çünkü insan ancak sahip olduğu yetkilerin bir kısmını siyasa iktidara devredebilecektir. Doğa durumunda insanın iki iktidarı vardır; birincisi, “kendisinin ve başkalarının korunması için doğa yasasının izin verdiği sınırlar içinde uygun olduğunu düşündüğü her şeyi yapma iktidarı”, ikincisi; “suçluları cezalandırma iktidarı”dır⁷¹. İnsanlar siyasal iktidarı kurduklarında birinci iktidarın ancak “kendisinin ve toplumun korunması gerektiği kadarını”, ikinci iktidarın ise tamamını iktidara bırakır⁷².

Siyasal toplumun yetkilerini siyasal iktidara devretmesindeki esas sebep; cezalandırma sorunsalıdır. Doğa durumunda bireylerin tam bir eşitlik ve özgürlüğe sahip olmaları, cezalandırma ve yargılama yetkisi dağılımında yukarıda anlatıldığı gibi sorunlar yaşamalarına neden olmuştur. Bu nedenle bireyler; doğa durumuna kendi istek ve iradeleri ile son vererek, aralarında yaptıkları bir anlaşmayla, düzeni bozan bireyleri cezalandıracak bir otoritenin kurulacağı bir siyasal toplum haline geçmiş ve cezalandırma yetkisini siyasal iktidara devretmiştir⁷³. Bu şekilde daha adil ve güvenilir bir ortam oluşturulacağı düşünülmüştür⁷⁴.

D. Siyasal İktidarın Sınırlandırılmasında Sözleşmenin Rolü

Doğa durumundan çıkan bireylerin, yetkilerini devrettiği kurum daha önce de belirtildiği üzere “*siyasal iktidar*” olarak adlandırılmaktadır. Locke’un Yönetim Üzerine İkinci İnceleme eserindeki anlatış sıralaması takip edilecek olursa, öncelikle siyasal iktidarın onun için ne anlam ifade ettiğinin belirtilmesi gerekmektedir:

*“Siyasal iktidarı, mülkiyeti düzenlemek ve korumak için ölüm cezası dâhildiğer bütün daha hafif cezaları da içeren yasa yapma hakkı; topluluğun gücünü, bu yasaların uygulanmasında ve devletin dış zararlara karşı savunulmasında kullanma ve bütün bunları kamu yararı için yapma hakkı olarak alıyorum.”*⁷⁵

⁷⁰ UYGUN, s. 220

⁷¹ UYGUN, s. 220

⁷² UYGUN, s. 220

⁷³ İŞIKTAÇ, Yasemin: **Hukuk Felsefesi**, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 143- 174; GÖZLER, Kemal: **Devletin Genel Teorisi**, 1. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2007, s.162

⁷⁴ HARRISON, s. 201

⁷⁵ LOCKE, (2012), s.8 , §3

Yukarıda verilen siyasal iktidar tanımlamasında da açıkça görüldüğü üzere, Locke siyasal iktidarı “*kamu yararı*” ile sınırlandırmıştır. Sınırlamaya ilişkin açıklamalara geçmeden önce, siyasal iktidarın sınırlandırılması düşüncesi altında yatan sebeplere değinmek daha uygun olacaktır.

Ekonomik altyapıya sahip siyasal iktidarın sınırlandırılması anlayışında, 16. ve 17. yüzyıllara hâkim olan düşünceler etkili olmuştur. 16.yüzyılda burjuvazi kendi çıkarları için geniş toprakları egemenlik altına alan merkezi bir iktidar hedeflerken; 17. yüzyılda bu hedeflere ulaşılmış ve burjuvazi kapitalizmin önünü açacak hukuki ve siyasi reformların yapılması için çaba göstermeye başlamıştır⁷⁶. Bu sebeple 17. yüzyıl ve sonrasında ekonomik çıkarlar temelli hak ve özgürlükleri üzerinde duran burjuvazi, siyasal iktidarın sınırlandırılması düşüncesini savunmaya başlamıştır. Görüldüğü gibi devletin sınırlandırılması tezinin arka planında, burjuva sınıfının kendi zenginliğini koruyabilmek amacıyla, başta “*mülkiyet*” olmak üzere belli hakları dokunulmaz ilan etme isteği yatmaktadır.

Daha önce anlatıldığı gibi Locke, eğitilmiş ve ticaretle uğraşan bir aileden gelmektedir. 17. yüzyıl koşullarında burjuva sınıfı içerisinde konumlandırılabilir bir aile içerisinde büyüyen Locke, ister istemez 17. yüzyılın bu ekonomik temelli ideolojilerinden etkilenmiştir. 17. yüzyıl burjuvazisinin liberal ideolojisi, Locke ‘un düşüncelerinde açıkça kendisini hissettirmektedir. Locke öncelikle siyasal iktidara, başta mülkiyet hakkının “*korunması*” için ihtiyaç duymaktadır⁷⁷. Üstün ve dokunulmaz bir hak olarak nitelendirilen mülkiyet, devletin sınırlandırılması düşüncesinde önemli bir yer işgal etmektedir. Öyle ki Locke’ a göre savaşta yenilen tarafın bile mülkiyet hakkı korunacaktır: Fetheden taraf yenilen tarafın mülkiyetleri üzerinde, hiçbir hak ve yetkiye sahip değildir, yenilenlerin çocuklarına ve eşlerine ait malları alamaz, almaya yeltendiğinde meşru bir iktidar değil, sadece bir saldırganıdır⁷⁸.

⁷⁶ UYGUN, s. 216

⁷⁷ HARRISON, s. 195; UDI, Juliana: “Locke and the Fundamental Right to Preservation: on the Convergence of Charity and Property Rights”, *The Review Politics*, University of Notre Dame, C.77, S. 2, 2015, s.192; Emekliler, doğa durumundan siyasal topluma geçiş sürecinde “*güvenlik*”in yerine dair açıklamalarda bulunurken, şunları ifade etmiştir: “*Locke’un güvenlik yaklaşımında mülkiyet önemli bir yer teşkil etmektedir. Sanılanın aksine, Locke mülkiyet olgusunu sadece bireyin sahip olduğu mal ve/veya mülk anlamında değil, aynı zamanda yaşamını ve özgürlüklerini kapsayan geniş bir düzlemde kullanmaktadır. Civitas’ın (siyasal toplum) temel amacı, insanların doğuştan sahip oldukları ve en doğal hakları olan mülkiyeti korumaktır.*” EMEKLİLER, s.117; Benzer yönde açıklamalar için bkz: ARSLAN, s. 197-198; BAKIRCI, s.277 vd.

⁷⁸ LOCKE, (2012), s.119, §178; s.121, §182; s.127, §196

Locke, insanların toplumu oluşturarak, doğa durumunda sahip oldukları eşitlik, özgürlük ve yürütme iktidarını, yasama tarafından toplumsal yararın gerektirdiği gibi kullanılması üzere toplumun ellerine bıraktığını; ancak bu bırakışın sadece herkesin kendi hürriyetini ve mülkiyetini daha iyi koruması kastıyla yapıldığını söylemiştir⁷⁹:

“Toplum iktidarının ya da toplum tarafından oluşturulmuş yasamanın ortak yararın ötesine geçmesi kesinlikle düşünülemez ama yasama, her bir kişinin mülkiyetini, doğa durumunu ve huzursuz ve güvensiz kılan yukarıda sözü edilen üç kusura karşı koruma altına almakla yükümlüdür. Bundan dolayı da bir devletin yasamasına ya da üstün iktidarına sahip olan her kimse, anlık kararlarla değil yayınlanmış ve halk tarafından bilinen kurumsallaşmış sürekli yasalarla; uzlaşmazlıkları bu yasalara göre karara bağlayacak tarafsız ve dürüst yargıçlarla yönetmekle ve topluluğun gücünü, içeride sadece söz konusu yasaların yürütülmesinde ve dışarıda yabancının verecekleri zararın önlenmesinde ya da onarılmasında ve topluluğun yabancının saldırı ve istilalarına karşı korunmasında kullanmakla yükümlüdür. Ayrıca bütün bunların halkın kamusal iyiliğinden, barış ve güvenliğinden başka bir amaca yönelmemesi gerekir.”⁸⁰

Locke, bütün yönetim biçimlerine, devletlerin yasama iktidarlarına toplum tarafından verilen güven ile doğa yasasının getirmiş olduğu sınırların söz konusu olduğunu belirtmiştir⁸¹:

1) İlk olarak, iktidar halkı oluşturanların yaşamları ve servetleri üzerinde keyfiliğe sahip değildir ve son sınır olarak, *“halkının iyiliği”*⁸² şeklinde de adlandırılabilir olan toplumun kamusal yararı söz konusudur⁸³.

2) İktidar, kendisi için anlık keyfi kararlarla yönetmesini sağlayacak bir iktidar tasarlayamaz; tam tersine adalet dağıtmakla ve vatandaşın haklarına ilişkin olarak yayınlanmış sürekli yasalar ve bilinen yetkilendirilmiş yargıçlar aracılığıyla karar vermekle yükümlüdür⁸⁴.

3) İktidar, hiçbir insandan kendi onayı olmaksızın mülkiyetini

⁷⁹ LOCKE, (2012), s.83-84, §131

⁸⁰ LOCKE, (2012), s.84, §131

⁸¹ LOCKE, (2012), s.94, §142

⁸² AKARSU, Bedia: “John Locke’un Devlet Felsefesi”, İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi, Sa: 12, 1961, s.80

⁸³ LOCKE, (2012), s.88, §135

⁸⁴ LOCKE, (2012), s.89, §136

devralamaz⁸⁵. Mülkiyetin korunması yönetimin amacı ve insanların topluma girmelerinin nedenidir⁸⁶.

4) Halk tarafından aktarılan bir yetki olduğundan; iktidar yasa yapma iktidarını başkalarına devredemez⁸⁷.

Locke devletin iktidar yetkisini kullanmasında başta doğal haklar olmak üzere⁸⁸ öngördüğü sınırlamalara uymaması halinde, iktidar yetkisinin, yetkinin asıl sahibi olan halk tarafından geri alınabileceğini belirtmiştir⁸⁹. Bu ise, doğal hukuktan kaynaklanan “*direnme hakkı*” kapsamında mümkün olabilecektir.

II. “*Baskı ve Zulme*” Karşı Direnme Hakkı

Locke, sınırlandırılmış bir iktidar düşüncesinin olması gerektiğine olan inancı ile iktidarın toplum tarafından devlete devredildiğini ve bu yetkilerin kendi kapsamı dâhilinde kullanılması gerektiğini düşünmektedir. Toplumun tümü tarafından kabul edilen kamusal iktidar, aynı toplumdaki her bir kişinin üstündedir. Bu iktidarın temel kullanım amacı, altında bulunanlara yasalar vermektedir; bu yasalara itaat zorunludur⁹⁰. Ancak aklın yasasının zorunlu kıldığı durumlarda, “*kamusal iktidar*”a itaat görevi ortadan kalkacaktır.

İnsanlar, “*temel, kutsal ve değiştirilemez*” nitelikteki kendini koruma yasasını ihlal eden, kendisini “*kölece bir durum*”a götürmeye kalkışan kişilerden kendini kurtarma hakkına sahip olacaktır⁹¹. Devlet, iktidarı doğal hakları korumak için değil de onları yok etmek için kullanırsa, devlete verilen bu yetki “*hukuktan ayrılmış bir devlet*” yerine hukuka uygun bir devlet kurmak amacıyla⁹² “*baskıya karşı direnme hakkı*” kullanılarak geri alınabilecektir.⁹³ Burada gözden kaçırılmaması gereken bir husus, direnme hakkı kullanılarak

⁸⁵ LOCKE, (2012), s.91, §138

⁸⁶ LOCKE, (2012), s.91, §141

⁸⁷ LOCKE, (2012), s.91, §143

⁸⁸ Locke, doğal hukukun pozitif hukuku bağladığını ve sınırlandığını düşünmektedir. HARRISON, s. 196

⁸⁹ LOCKE, (2012), s.98, §149

⁹⁰ HOOKER, Eccl. Pol. Bölüm:16, LOCKE, (2012), s. 59, Dipnot:2’den naklen.

⁹¹ LOCKE, (2012), s.98-99, §149

⁹² KAHVECİ, Kutsi: “Direnme ve Sadakat Üzerine Düşünceler”, *Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi*, Sa. 16, Yıl: 2007, s. 112

⁹³ LOCKE, (2012), s.139, §212

yönetime son verilmesinin, toplumun son bulması anlamına gelmeyeceğidir⁹⁴. Locke, burada devlet olmasa da toplumsal düzenin var olduğunu açıklamaya çalışarak, direnme hakkının kullanımının toplumsal düzeni bozacağı, çökerteceği iddiasını çürütmeye çalışmaktadır⁹⁵.

Locke'un "*baskıya karşı direnme hakkı*"nı doğal haklar içerisinde saymış olması, siyasi otoritenin düşmanı olduğunu düşündürebilecektir; ancak durum böyle değildir. Çünkü Locke, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme'de açıkça belirlenmiş anayasal sınırlar dâhilinde varlığını sürdüren siyasi iktidarın insanın yararına olduğunu belirtmiştir⁹⁶.

Locke'a göre halkın, özünde hükümetin bireylere hesap verme zorunluluğu olarak tanımladığı⁹⁷ direnme hakkını kullanabilmesi için gerekli koşullar, iktidarın ele geçirilme biçimlerine veya sonradan meşruluğunu yitirmesine göre birden fazla şekilde karşımıza çıkmaktadır.

A. Locke'un Teorisinde Direniş Meşruiyet Sağlayan Hususlar

Locke'un teorisine göre siyasal topluma geçen insanlar, iktidara sınırsız bir biçimde itaat etmekle yükümlü değildir. Kanunun sustuğu yerde istibdat ve zulüm başlayacak ve bu durumda da halkın buna karşı gelmeye hakkı olacaktır⁹⁸. Bu durumda halk, toplumun yetkilerini devretmek için yöneticiyle yapmış olduğu sözleşmeyi feshederek, başka bir yöneticiye iktidar yetkisini devredebilecektir.

1. Yöneticilerin Meşruiyetine İlişkin Koşullar

Bilindiği üzere, direnme hakkı toplumun yönetici veya yönetici kesimine karşı belli şartların oluşması durumunda kullanma yetkisine sahip olduğu, insan tabiatından kaynaklanan bir haktır. Direnme hakkının sistematikleşmesini sağlayarak, onu literatürde önemli bir yere oturtan Locke, bu hakkın kullanımı için bazı şartların gerekli olduğunu ifade etmiştir. Bu şartlardan ilki, elbette ki meşru olarak yönetimi ele geçirmemiş olan veya meşru olarak ele geçirse bile bir şekilde bu meşruiyetini toplum nezdinde yitirmiş olan bir yönetimin mevcudiyetidir. Ortaçağ siyaset felsefesinin önemli düşünürlerinden Thomas Aquinas da yöneticilerin meşruiyetine ilişkin bu

⁹⁴ LOCKE, (2012), s.139, §212

⁹⁵ YETKİN, Çetin: *Siyasal İktidara Karşı Direnme ve Devrim*, Toplum Yayınları, İstanbul, 1970, s.53

⁹⁶ LOCKE, (2012), s.81-84, DUNN, s. 94

⁹⁷ BAUMGOLD, s.41

⁹⁸ AKARSU, s. 83-84

ayrımı yaparak tıpkı Locke'ta olduğu gibi iktidarın adalete uygun ele geçirilmiş olması gerektiğini ve adalete uygun ele geçirilen iktidarın toplumsal çıkarlara uygun bir şekilde kullanılması gerektiğini belirtmiştir⁹⁹. Locke da yöneticinin toplum ile yönetici arasında yapıldığı varsayılan bu sözleşmenin bir tarafı olmadığı; yani fetih ya da gasp yoluyla yönetimi ele geçirdiği ya da insanların "hayat, hürriyet, mülkiyet" haklarını koruma görevine riayet etmeyerek veya başka bir şekilde toplum nezdindeki meşruiyetini kaybetmiş olabileceğini belirtmiştir. Bu durumda direnme hakkının toplum tarafından kullanılabilmesi için ilk şart olan "meşruluğunu yitirmiş ya da toplum nezdinde hiçbir şekilde meşruluk kazanmamış" bir iktidar söz konusu olacaktır.

a) Onay Almayan Kişilere Direnme

Locke, Yönetim Üzerine İkinci İnceleme 'de halktan onay almamış kişilere karşı direnme hakkının meşruiyetini savunmaktadır. Onay almayan kişilerden kasıt "fetih" ve "gasp" ile yönetimi elde etmiş kişilerdir. Locke 'un yaşadığı döneme hükmeden II. Charles ve II. James fetheden ve gaspçı olarak nitelendirilmeyecektir. Bu nedenle eserinde fetih ve gasp üzerine yazdığı bölümlerin, diğerlerine nazaran yaşadığı dönem içerisinde İngiltere'ye egemen olan siyasi olaylarla daha az ilgili olduğu sonucuna varılmaktadır¹⁰⁰.

(1) Fethedene Karşı:

Locke, kendisini bir başkasıyla savaş durumuna sokan ve haksız biçimde başka bir insanın hakkını ihlal eden saldırganın, bu tür bir haksız savaşta, fethedilenler üzerinde hiçbir zaman hak sahibi haline gelemeyeceğini¹⁰¹ belirtmiştir. Fetheden hiç bir zaman yönetilenlerin itaatini isteyemeyecektir¹⁰². Locke Fethedenin iktidarı ile ilgili şu açıklamaları yapmıştır:

1) Fetheden, fethedene eşlik edenler üzerine iktidar elde edemeyecektir¹⁰³.

2) Fetheden, kendisine karşı kullanılan haksız güce fiili olarak yardım eden, onunla uyuşan ya da ona onay verenler dışında hiç kimse üzerine iktidar elde edemeyecektir¹⁰⁴.

⁹⁹ COŞKUN, Vahap: "Direnme Hakkı", **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 5. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul: 2002, s.62

¹⁰⁰ MARK/ MEADOWCROFT, s. 91

¹⁰¹ LOCKE, (2012), s.116, §176

¹⁰² LOCKE, (2012), s.117, §176

¹⁰³ LOCKE, (2012), s.118, §177

¹⁰⁴ LOCKE, (2012), s.119, §179

3) Fethedenin haklı bir savaşta, yendiği kişiler üzerinde elde ettiği iktidar tam olarak despotiktir: Fetheden, kendilerini bir savaş durumuna koyarak yaşam haklarını kaybeden kişilerin yaşamları üzerinde mutlak bir iktidara sahiptir; ancak bundan dolayı bunların sahiplenmeleri üzerinde bir hak ve yetkiye sahip değildir¹⁰⁵.

Sonuç olarak Locke'a göre, fetheden kendisiyle birlikte savaşa katılmış olanlar üzerinde, fethedilen ülkede ona muhalefet etmeyenler üzerinde, ona muhalefet etmiş olsalar bile bunların nesilleri üzerinde, haklı bir savaş olsa bile, "hükümlerlik hakkına sahip olamaz"¹⁰⁶. Bunlar fethedene tabiiyetten özgürdürler -yani fethedene itaat etmekle yükümlü değildirlere- ve bunların eski yönetimleri dağılacak olursa, başka bir yönetim kurma hürriyetine sahiptirler¹⁰⁷.

(2) Gasp Edene Karşı:

Locke tarafından bir çeşit "iç fetih" olarak adlandırılan gasp, kendi açısından hiçbir zaman haklı olarak nitelendirilemeyecektir; çünkü gasp kısaca "bir kişinin hakka sahip olduğu sahiplenmeye karışmak" tır¹⁰⁸. Gaspı bu şekilde tanımlayan Locke, bunun bir gasp olarak kaldığı sürece, yönetim biçimlerinde ve kurallarda değil, sadece şahıslarda bir değişim olduğunu belirtmiştir. Gaspçının iktidarını, devletin meşru prenslerine ya da yöneticilerine hak olarak ait olan şeylerin de ötesine uzatırsa burada gaspa eklenen bir "tiranlık" ın da söz konusu olacağını ifade etmiştir. Tiranın iktidarı, halka farklı bir dayanakla direnme hakkı verdiğiinden başka bir başlık altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Gaspçı, toplum yasalarının öngördüğü yollar dışında, iktidarın herhangi bir parçasının kullanımına katılan olarak adlandırılan kişi, devlet biçimini aynı şekilde sürdürüyor olsa da, kendisine itaat edilemeyecektir¹⁰⁹. Çünkü halkın kendi haklarını, doğal yasalar ve toplum yasaları kapsamında koruması için onay verdiği kişi, yönetimi gasp eden kişi değildir¹¹⁰. Locke'a göre bu tür bir gaspçının, halkın hem onay verme hürriyetine sahip olmasına kadar hem de bu iktidarın bu şahısta kalmasına izin vermeyi ve tasdik etmeyi fiili olarak onaylamasına kadar, gasp edilen iktidara ilişkin hiçbir yetkiye sahip olamayacaktır¹¹¹.

¹⁰⁵ LOCKE, (2012), s.119, §180

¹⁰⁶ LOCKE, (2012), s.123, §185

¹⁰⁷ LOCKE, (2012), s.123, §185

¹⁰⁸ LOCKE, (2012), s.129, §197

¹⁰⁹ LOCKE, (2012), s.130, §198

¹¹⁰ LOCKE, (2012), s.130, §198

¹¹¹ LOCKE, (2012), s.130, §198

b) Tirana Karşı Direnme

Locke; tirana karşı direnme hakkından bahsetmeden önce, tiranı tanımlama yoluna gider.

“Tiranlık hiç kimsenin üzerinde bir hakka sahip olamadığı hakkın ötesindeki iktidar kullanımudur... Yönetici, yetkisi olsa bile yasayı değil kendi iradesini kural yaptığında ve yöneticinin emirleri ve eylemleri halkın mülkiyetinin korunmasına değil de kendi hırs, intikam ve açgözlülüğünün ya da diğer kural dışı tutkularının tatmin edilmesine yönelirse tiranlaşır.”¹¹²

Kendisine “yasayla verilen iktidarı aşan” ve “emri altındaki gücü, yasa izin vermediği halde uyrukları kuşatmak için kullanan” yetkili kim olursa olsun, yetkisiz hale gelerek, yönetici olmaktan çıkacaktır¹¹³. Burada Locke, toplum içerisindeki yetkisiz hallerden örnekler vermiş; yetkisiz bir şekilde eve zorla girmeye kalkışan alt düzeyde bir yetkiliye karşı nasıl ki insanlar karşı gelebiliyorlarsa, verilen yetkinin dışına çıkan en üst düzeydeki bir yöneticiye de aynı şekilde karşı gelinebileceğini söylemiştir¹¹⁴.

Locke, “Prens emirlerine karşı gelinebilir mi?”¹¹⁵ sorusuna şu şekilde cevap vermektedir: Hakkına güçle tecavüz eden herhangi biri gibi kendisine karşı gelinebilecektir¹¹⁶. Yöneticiye karşı gelinebilmesi için bazı koşulların oluşması gerektiğini düşünen Locke; yasadışı ve haksız bir güçten başka hiçbir şeye karşı gelinmemesi gerektiğini söylemiştir¹¹⁷.

Locke tirana karşı gelinmesinin iddia edildiği gibi tehlike ve karmaşa ortamı oluşturmayacağını söylemiş ve bunun sebeplerine dair açıklamalarda bulunmuştur:

1) Halkın bütünü için belirli birkaç özel insanın acı çekme tehlikesi altında olması, cumhuriyetin başının kolaylıkla ve önemsiz olaylardan dolayı tehlikeye düşmesinden daha güvenli bir yoldur¹¹⁸.

2) Yöneticinin şahsı yasayla kutsanır ve yönetici ne emrederse etsin ya da ne yaparsa yapsın, her türlü sorgudan ve şiddetten bağıışıktır; güce ya da

¹¹²LOCKE, (2012), s.131, §199

¹¹³LOCKE, (2012), s.132-133, §202

¹¹⁴LOCKE, (2012), s.133, §202

¹¹⁵LOCKE, (2012), s.133, §203

¹¹⁶LOCKE, (2012), s.133, §202

¹¹⁷LOCKE, (2012), s.133, §204

¹¹⁸LOCKE, (2012), s.134, §205

herhangi bir yargısal suçlama ile mahkûmiyete tabi değildir¹¹⁹. Yöneticinin şahsına ait ayrıcalıklar, haksız güç kullanan kişilerin sorgulanmasına, kendilerine karşı muhalefet edilmesine ve direnilmesine engel oluşturmaz¹²⁰.

3)Yöneticiye ait iktidarın bütün yasadışı uygulamalarına direnmenin yasallığı doktrini, her önemsiz olay üzerine yöneticiyi tehlikeye atmayacak ya da yönetimi karıştırmayacaktır. Eğer zarar gören tarafın yarasının sarılmasını sağlayacak bir başvuru yolu bulunuyorsa, bu yola gidilir. Ancak bu tür bir başvuru yapmaya yer olmadığı durumlarda hiçbir şey “*düşman güç*” sayılamaz. Kullanan kişiyi bir savaş durumuna sokan ve bu kişiye karşı direnilmesini meşru kılan sadece bu güçtür¹²¹.

4) Yöneticinin yaptığı yasadışı eylemler sürdürülürse ve yasayla uygun görülen çare aynı iktidar tarafından engellenirse bile “*direnme hakkı*” bu tür açık tiranlık eylemlerine rağmen birdenbire ya da önemsiz olaylar üzerine yönetimi bozmayacaktır¹²². Çünkü bu durum insanların “*kendilerini savunma hakları*” olmasına ve kendilerinden “*yasadışı güçle alınan şeyi geri alma haklarına*” sahip olmalarına rağmen; belirli insanlarla sınırlı kalacak olursa, direnme hakkının varlığı bu insanların telef olacaklarından emin oldukları bir çatışmanın içine kolayca sokmayacaktır¹²³. Dolayısıyla halkın bütününün kendisini ilgili görmediği bir yerde, baskıya uğrayan azınlığın yönetimi bozmasının olanaksız olduğu söylenebilecektir¹²⁴.

c) Yönetimlerin Çözülmesi Halinde Direnme

Locke, siyasi toplumun sözleşme ile cezalandırma ve yargılama yetkisini devrettiği siyasi iktidarın çözülmesi durumunda da toplumun direnme hakkını kullanabileceğini belirtmiştir. Ona göre yönetimin çözülmesinin birbirinden farklı türleri bulunmaktadır. Bunların açıklamalarına geçmeden önce, bir yönetimin kendisine verilen iktidarın ötesinde davranması durumunda, o yönetimin “*çözülmüş*” olacağını belirtmek gerekir¹²⁵. Yönetimin çözülmesi halinde ise, iktidar ait olduğu ilk yere yani “*siyasal toplum*” a geri dönecektir¹²⁶.

¹¹⁹LOCKE, (2012), s.134, §205

¹²⁰LOCKE, (2012), s.134, §206

¹²¹LOCKE, (2012), s.135, §207

¹²²LOCKE, (2012), s.136, §208

¹²³LOCKE, (2012), s.136, §208

¹²⁴LOCKE, (2012), s.136, §208

¹²⁵HARRISON, s.217

¹²⁶HARRISON, s.217

Anlaşılan odur ki toplumun çözülmesi ile yönetimin çözülmesi birbirinden farklı şeylerdir ve birbirleriyle karıştırılmamalıdır¹²⁷. Locke, toplumun çözülmesinin olağan ve neredeyse tek yolunun “*fetih*” olduğunu ve toplum çözüldüğünde, o toplum yönetiminin ayakta kalamayacağını belirtmiştir¹²⁸.

Yönetimler ise, dışarıdan devrilme haricinde ancak şu şekillerde çözülebileceklerdir:

1) Yönetimler yasama değiştiğinde çözülürler¹²⁹. Locke bu durumun genellikle iktidarı kötüye kullananların olduğu devletlerde meydana geldiğini belirtmiş ve konuyu değerlendirebilmek için yönetim biçimlerine ilişkin varsayımlardan yararlanmışır¹³⁰.

a) İlk varsayımı yönetimde sürekli, üstün yürütme iktidarına ve bu iktidarla birlikte diğer iki iktidarı belirli zaman dilimleri içinde toplantıya çağırma ve feshetme iktidarına sahip kalıtsal tek şahsın bulunması durumudur¹³¹. Bu durumda prensin¹³² kendi keyfi iradesi toplumun yasama organı tarafından açıklanan iradesi olan yasaların yerine koyduğunda yasama değişmiş olacaktır¹³³.

b) İkinci varsayım yönetimde kalıtsal bir soylular meclisinin bulunması, durumudur¹³⁴. Bu durumda prens yasamayı gerekli zamanlarda toplanmaktan ya da kuruluş amaçlarına uygun biçimde özgürce eylemde bulunmaktan alıkoysa yasama değişecektir¹³⁵.

c) Üçüncü varsayım, halk tarafından periyodik dönemler için seçilen bir temsilciler meclisinin bulunması durumudur¹³⁶. Seçmenler ya da seçim yöntemleri halkın onayı olmaksızın ve halkın ortak yararının tersine keyfi

¹²⁷ MARK/ MEADOWCROFT, s.102

¹²⁸ LOCKE, (2012), s.138, §211

¹²⁹ LOCKE, (2012), s.139, §212

¹³⁰ LOCKE, (2012), s.140, §213

¹³¹ LOCKE, (2012), s.140, §213

¹³² Locke, eserin orijinalinde siyasal iktidardan bahsederken “*prince(prens)*” ifadesini kullanmaktadır. Bu sebeple hükümdarı anlatabilmek için makalede, orijinaline uygun olarak prens ifadesi kullanılacaktır. Eserin orijinali için bkz: LOCKE, John: **Two Treatises of Government**, Printed for Whitmore and Fennand C. Brown, London, 1821

¹³³ LOCKE, (2012), s.140, §214

¹³⁴ LOCKE, (2012), s.140, §213

¹³⁵ LOCKE, (2012), s.140, §215

¹³⁶ LOCKE, (2012), s.140, §213

iktidarıyla değiştirildiğinde, ortak yasama yine değişmiş olacaktır¹³⁷.

d) İster prens tarafından ister yasama tarafından olsun halkın yabancı bir iktidarın tabiiyetine teslim edilmesi de kesinlikle yasamanın değişimi ve dolayısıyla yönetimin çözülmesi anlamına gelecektir¹³⁸.

Locke, bu ve benzeri durumlarda yönetim çözüldüğünde insanların güvenlikleri ve iyilikleri için en uygun olan şekilde şahısların ya da yönetim biçiminin veya her ikisinin birden değişimi yoluyla diğerinden ayırarak yeni bir yasama kurma yetkisine sahip olduğu görüşündedir¹³⁹. Yönetimin çözülmesi durumunda; henüz oluşmuş bir tiranlık olmamasına rağmen, insanların gelecekte karşılaşılabile tehlikesi olduğu tiranlığı önleme yetkisinin de bulunduğunu söyleyen¹⁴⁰ Locke, direnme hakkına atıf yapar.

Yönetimlerin çözülmesini Locke, genel olarak prene atfetmiştir. Bunun sebebini ise şu şekilde açıklar:

“Prens, devletin gücünü, hazinesini ve makamlarını kullanma yetkisini elinde tuttuğundan ve üstün yönetici olmasından dolayı denetim dışı olduğu konusunda çoğu kez kendi kendisini inandırdığından ya da başkaları tarafından buna inandırıldığından, meşru otorite kisvesi altında bu tür değişikliklere doğru tek başına önemli ilerlemeler sağlayabilecek durumdadır...”¹⁴¹

2) Yönetimlerin çözülmesinin bir diğer yolu yasama ya da prenen birinin kendilerine duyulan güvene aykırı hareket etmeleridir¹⁴².

Yasama ve kralın vatandaşın mülkiyetine tecavüz etmeye çalışmaları ve kendilerini ya da topluluğun herhangi bir parçasını halkın yaşamı, hürriyeti ve servetinin efendisi ya da keyfi kullanıcıları yapmaları halinde “yasama” kendisine duyulan güvene aykırı davranmış olacaktır¹⁴³. Böyle bir durumda halkın, direnme hakkı doğmuş kabul edilir: *“İnsanların mülkiyetlerine zorla el koymaya kalkışan uyruklara ya da yabancılara karşı zor kullanılarak direnilebileceği konusunda genel bir mutabakat vardır.”¹⁴⁴*

¹³⁷ LOCKE, (2012), s.141, §216

¹³⁸ LOCKE, (2012), s.141, §217

¹³⁹ LOCKE, (2012), s.142, §220

¹⁴⁰ LOCKE, (2012), s.142, §220

¹⁴¹ LOCKE, (2012), s.141, §218

¹⁴² LOCKE, (2012), s.143, §221

¹⁴³ LOCKE, (2012), s.143, §221

¹⁴⁴ LOCKE, (2012), s.149, §231

2. “Son Çare” İlkesi

Bugünkü direnme hakkı literatürüne egemen olan ilke, direnme hakkının “son çare hakkı” olmasıdır. Hakkın meşruiyetinden bahsedilebilmesi için, yöneticinin tüm baskı ve zorbalıklarına karşı en son başvurulacak yol olarak direnme hakkına başvurulması gerekmektedir. Locke eserinde tiranlık yönetimine karşı direnme hakkından bahsederken; “zarar gören tarafın yasaya başvuru yoluyla yarasının sarılabileceği ve zararlarının tazmin edilebildiği yerde”¹⁴⁵ direnme hakkının söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Yani, Locke’a göre başka türlü yollardan yöneticinin topluma yaşatmış olduğu mağduriyet giderilebiliyorsa bu durumda direnme hakkı kullanılmayacaktır.

3. Direnişin Sahibi: “Siyasal Toplum”

Direnme hakkının kim ya da kimler tarafından kullanılacağı da tartışılması gereken önemli bir husustur. Locke, özellikle eserinin “Yönetimin Çözülmesi Üzerine” başlıklı son bölümünde direnme hakkına meşruiyetini kazandıracak olan çoğunluğu tartışmıştır. Buna rağmen Locke’ un konuya açıklık getiren bilgilere yer vermediği düşünülmektedir¹⁴⁶. Düşünür toplum çoğunluğunun direnişe meşruiyet kazandıracaklarını ifade etse de¹⁴⁷, çoğunluktan ne kastettiği tartışmalıdır. Bu tartışma ile birlikte, doktrinde Locke’ un direnme hakkını bireylere tanıdığına ilişkin iddialar da azımsanamayacak ölçüdedir.

Locke, belli insanların olayı olmaktan öteye geçemeyen durumlarda, yönetimin bozulamayacağını söylemiş ve bunu şu örnekle açıklamıştır: “Nasıl ki zirdeli ya da kafasından sakat bir insanın sağlam temelli bir devleti yıkması olanaksızsa, halkın bütünü kendisini ilgili görmediği

¹⁴⁵LOCKE, (2012), s.135, §207

¹⁴⁶Locke’ un teorisinden ayrı olarak direnme hakkının kolektif olarak mı yoksa bireysel olarak mı kullanılacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Örneğin; Babin direnme hakkının kolektif bir doğal hak olduğunu söylerken; Pogrebnyak ve Uvarova bireysel olarak kullanılabilir bir hak olduğunu belirtmiştir. Ginsburg, Lansberg, Rodriguez, Versteeg ve Honore ise direnme hakkının bazen bireysel bazen de kolektif olarak kullanılabilirliğini belirtmiştir. Bkz. BABIN, B. Pravonasoprotivlenie kak GlobalnoePravo. (BABIN, B: “The Right of Resistance as a Global Right”, **NB: Voprosyprava i politiki**. C. 5, 2013, s. 181-200 (http://e-notabene.ru/lr/article_817.html , Erişim: 02.05.2014, RAZMETAeva, Yulia: “The Right to Resist and The Right of Rebellion”, **Jurisprudence**, C.3, Sa. 21, 2014, s.761’den naklen; POGREBNJAK, S/ UVAROVA, O:Soprotivlenie Ugneteniju, Vosstanie, Revoljucija. “Resistance to Oppression, Rebellion, Revolution (Theoretical and Legal Analysis in the Light of the Human Rights Discourse)”, **Pravo i gromadjanskesuspilstvo**. C. 2, 2013, s. 35-36. ss.4-61; RAZMETAeva, Yulia: “The Right to Resist and The Right to Rebellion” **Jurisprudence**, C.3, Sa.21, 2014, s. 768’den naklen.; GINSBURG/ LANSBERG- RODRIGUEZ/ VERSTEEG, s.36

¹⁴⁷MARK/ MEADOWCROFT, 2014, s. 100

bir yerde baskıya uğrayan bir ya da birkaç insanın yönetimi bozması da olanaksızdır."¹⁴⁸ Bu noktadan hareket eden Locke, "özel insanların olayı"¹⁴⁹ olmaktan öteye geçemeyen eylemlerin direnme hakkının kullanılması olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir. Buradan çıkarılacak sonuç Locke' un, direnme hakkının belli başlı gruplar tarafından kullanılmasını meşru olarak görmediğidir.

Locke' ta direnme hakkının "halkın tümü" tarafından mı yoksa "çoğunluk" tarafından mı kullanılacağına ilişkin bir kesinlik bulunmamaktadır. Bu nedenle doktrinde Locke' un belirsiz söylemleri tartışılmış ve farklı düşünceler ortaya çıkmıştır. Göze'ye göre;

*"Direnmenin gerekli olduğuna tüm bireyler hep birlikte karar vereceklerdir. Prensip bu olmakla birlikte aydın bir kişi keyfi ya da baskı yapan bir yönetimin bütün toplum için son derece tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde ağırlaştığını görürse ve diğer bireyleri de bu konuda ikna ederse direnme olayına girişebilir. Ancak bu tehlikeli sonuçların ne olduğu ağırlık derecelerinin nasıl ölçüleceği konusunda kesin ve net bir kritere yer verilmediğinden direnme hakkının kullanılması ile ilgili olarak birey ve toplum arasında yapılan böyle bir ayırımın büyük bir önemi kalmamaktadır."*¹⁵⁰

Grady, her ne kadar uyruklara egemen karşısında geniş haklar tanıyan bireyci bir anlayışa sahip olsa da, Locke' un teorisinde direnme hakkı kullanımının çoğunluğun hakkı olduğunu belirtmiş ve bireyin çoğunluk prensibi altında kaldığını ifade etmiştir¹⁵¹. Scott' a göre ise; Locke, eserinde bireylerin ve azınlıkların direnme hakkını kabul etse de metnin dili, devrim hakkının eyleme dönüşebileceği durumları kurgulamak üzerine kuruludur¹⁵². Bu nedenle çoğunluğa dayanmayan daha bireysel ve azınlık temelli talepler eylemsellik kazanamayacağı gerekçesiyle Locke tarafından direnme hakkı tartışmasının dışında bırakılmıştır; ancak bu onun düşüncesinde bireysel direnme hakkının olmadığı anlamına da gelmemektedir¹⁵³.

¹⁴⁸ LOCKE, (2012), s.136, §208

¹⁴⁹ LOCKE, (2012), s.136, §208

¹⁵⁰ GÖZE, Ayferi: "Onyedinci ve Onsekizinci Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.35, Sa.1-4, 1970, s.64

¹⁵¹ GRADY, Robert C: "Obligation, Consent and Locke's Right to Revolution: Who Is to Judge?", **Canadian Journal of Political Science**, C.9, Sa.2, 1976, ss.285-291, ACAR, Harun: "Suriye Halkının Beşar Esad'a Direnme Hakkı: Üç Sözleşmecî Bakış.", **Uluslararası İlişkiler**, C.10, Sa.37, Bahar 2013, s. 123'den naklen.

¹⁵² SCOTT, John T: "The Sovereignless State and Locke's Language of Obligation", **The American Political Science Review**, C.94, Sa.3, 2000, s.552

¹⁵³ SCOTT, s.552

Kilcullen tüm bu düşünürlerin aksine, yozlaşmış hükümete karşı çoğunluk kararından bağımsız olarak bireysel direnme hakkının Locke' ta mevcut olduğunu söylemiştir¹⁵⁴. Her ne kadar, direnme hakkına meşruiyet atfeden diğer düşünürlerden farklı olarak Locke, direnme hakkını “*bireysel bir hak*” olarak kabul etmişse¹⁵⁵ de, bu durum direnme hakkının kim veya kimler tarafından kullanılacağı sorusuna bir yanıt değildir. Locke tarafından direnme hakkı, “*birey*” in doğal hakları içerisinde tanımlanması dolayısıyla, bireysel bir haktır. Ancak, bu durum hakkın her birey tarafından tek başına ya da küçük gruplar halinde kullanılması anlamına gelmemektedir.

Mark ve Meadowcroft' un da söylediği gibi, siyasi iktidarla yapılan sözleşmenin karşı tarafında siyasal toplum vardır¹⁵⁶. Siyasal iktidarın, yapmış olduğu sözleşmeye riayet etmeyerek meşruiyetini yitirmesi durumunda sözleşmenin karşı tarafı olan “*siyasal toplum*”, doğal hakkı olan direnme hakkını kullanacaktır. Siyasal iktidarın yukarıda anlatıldığı gibi, hiçbir şekilde siyasal toplumdaki onay almaması durumlarında (fetih ve gasp ile elde edilen siyasal iktidar) ise, siyasal toplumun sözleşme ile siyasal iktidarı kurma hakkı elinden alındığı için, bu durumda yine direnme hakkını kullanabilecek olan siyasal toplumdur.

4. Hakkın Kullanımında “Çatışma”

Locke eserinde direnme hakkına ilişkin tartışmalarında “*iktidarın büyük savunucusu*”¹⁵⁷ olarak adlandırdığı Barclay' a değinmiştir. Locke' un aktardığı üzere Barclay direnme hakkının kullanımıyla ilgili bazı koşullar öngörmüştür¹⁵⁸:

- 1) Direnmenin saygılı olarak yapılması gerekliliği¹⁵⁹
- 2) Direnme, intikam ve cezalandırma amaçlı olmaması gerekliliği¹⁶⁰-ki buna sebep olarak Barclay astın üstü cezalandıramamasını ileri sürmüştür-

¹⁵⁴KILCULLEN, John: “Locke on Political Obligation.” *The Review Politics*, C.45, Sa. 3, 1983, s.325

¹⁵⁵UYGUN, s.221

¹⁵⁶MARK/ MEADOWCROFT, s. 101

¹⁵⁷LOCKE, (2012), s.149, §232

¹⁵⁸LOCKE, (2012), s.150-151, §235'den naklen

¹⁵⁹LOCKE, (2012), s. 151, §235'den naklen

¹⁶⁰LOCKE, (2012), s. 151, §235'den naklen

- 3) Tekrar çatışmadan zora karşı nasıl direnileceği ya da saygılı olarak nasıl çatışılacağına ilişkin hünere gereksinim olduğu¹⁶¹

Locke bu sınırlamalara katılmadığını açıkça beyan etmiştir. Özellikle Barclay'ın "çatışmasız ve saygılı" bir biçimde direnme hakkının kullanılması gerektiği fikrine karşı çıkan Locke, eleştirisinde direnebilecek kişiye çatışma izninin verilmesinin zorunlu olduğunu söylemiştir¹⁶². Bu açıdan Locke'un direnme hakkı çeşitlerinden aktif direnmeyi benimsemiş olduğu söylenebilecektir.

Ayrıca Barclay'ın "bir astın üstü cezalandıramayacağı" konusundaki düşüncesi hakkında Locke, Barclay'ın bu ifadesiyle aslında kendi içerisinde tutarlılık sergileyemediğini ve yöneticiye karşı direnmenin meşruiyeti reddettiğini ifade etmiştir¹⁶³. Çünkü direnme hakkı doğal olarak iktidarı elinde bulunduran üst iktidara karşı bir harekettir. Barclay'ın bu konudaki "astın üstü cezalandıramayacağı" ifadesi, direnme hakkının kullanımını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Locke, güce karşı güçle direnmenin tarafları eşitleyen bir savaş durumu olduğunu ve bu nedenle saygı ve üstünlük ilişkisini tamamen ortadan kaldırdığını belirtmiştir¹⁶⁴.

Sonuç Yerine: Direnme Hakkına Kucak Açan İlk Metin "Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi" ve Ardından Gelen "Virginia Anayasası"

Doktrinde, mahiyeti ve hukuki değeri tartışmalı olmakla birlikte, kabul edilen direnme hakkı, 18. yüzyıl sonlarından itibaren önemli hukuki metinlerde yer almaya başlamıştır¹⁶⁵. Devrimci değişimlerin modern savunucuları tarafından kullanılan "direnme hakkı"¹⁶⁶, ilk olarak 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde yer almıştır. Grezstick'in "erken hukuk belgeleri"¹⁶⁷ olarak adlandırdığı 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi ve ardından hazırlanan aynı tarihli Virginia Anayasası ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi direnme hakkının düzenlendiği ilk belgelerdir.

¹⁶¹ LOCKE, (2012), s. 151, §235'den naklen

¹⁶² LOCKE, (2012), s.151, §235

¹⁶³ LOCKE, (2012), s.152, §236

¹⁶⁴ LOCKE, (2012), s.152-153, §236

¹⁶⁵ KAPANÍ, Münci: **Kamu Hürriyetleri**, 7.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s.307

¹⁶⁶ ARNHART, Larry: **Siyasi Düşünce Tarihi**. Çev. Ahmet Kemal BAYRAM, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, Ekim 2005, s. 267

¹⁶⁷ GRZESZICK, Bernd: "Yazılı Olmayan Anayasa Hukuku", Çev. Can ÜNVER. [(içinde s. 429- 462) Ed. DEPENHEUER, Otto/GRABENWARTER, Christoph; Çev. Ed. İlyas DOĞAN: **Anayasa Teorisi**. 1. Baskı, Lale Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014, s.442]

Bu belgeler, ileride düzenlenecek olan insan hakları belgelerine ve ülke anayasalarına ışık tutmuştur.

1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, Locke' un teorisinin yazıya dökülmüş ilk hali olması dolayısıyla önemlidir. Yetkin, Locke' un bu bildirgedeki etkisini “Amerikalıların İngilizlere karşı ayaklanmasında, devrimcilerin açtığı bir bayrak”¹⁶⁸ olarak nitelendirmiştir.

4 Temmuz 1776’da ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi metninde direnme hakkına şu şekilde yer verilmiştir:

“Hepimiz yaratıcımızın bahşettiği üzere, içerisinde hayat, özgürlük ve mutluluğun peşinden koşma haklarının da bulunduğu başkasına devredilemez niteliğe sahip olan haklarla birlikte, eşit olarak yaratıldık. Bu hakları güvene almak için insanlar¹⁶⁹ arasında, yönetilenlerin rızasından kaynaklanan güç ile hükümet kuruldu. Herhangi bir yönetim biçimi bu hedefler için zararlı olmaya başladığında, bu yönetimi değiştirmek ya da feshetmek ve güvenliklerini ve mutluluklarını etkilemesi kendilerine en muhtemel görünen şekilde güçlerini düzenleyerek ve yönetimin temelini bu tür ilkelere dayandırarak yeni bir yönetim kurmak halkın hakkıdır.”¹⁷⁰

Bildirgenin kabulünden sonra Kongre, her devleti kendi anayasasını yapmaya çağırmıştır¹⁷¹. Kongre’nin daveti üzerine yapılan ilk anayasa olan Virginia Anayasası’nın “Hak ve Özgürlükler” bölümünde öncelikle “tüm insanların eşit ve özgür doğduğu”¹⁷², “bir toplum içine girdiklerinde herhangi bir anlaşmayla yoksun bırakılamayacakları ve gelecek nesillerin ellerinden alınamayacak mülk edinme ve mülke sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı sayesinde doğuştan gelen yaşam ve bağımsızlık hakları”¹⁷³ na vurgu yapılarak, Bağımsızlık Bildirgesinde olduğu gibi doğal haklar teorisinin benimsendiği gözler önüne serilmiştir.

¹⁶⁸ YETKİN, 1970, s.56

¹⁶⁹ Burada esas itibarıyla “Men (Erkekler)” terimini kullanmaktadır. 18. yüzyılda söz konusu haklar ve özgürlükler erkekler dikkate alınarak düzenlenmiştir. Ancak 21. yüzyılda hâkim olan insan hakları yaklaşımı dikkate alındığında, söz konusu belgelerdeki “erkek” ifadeleri “insan” ifadeleriyle değiştirilerek aktarılmaktadır. Bu nedenle bildirgedeki “Men” terimi “insan” olarak değiştirilerek kullanılmıştır.

¹⁷⁰ The Declaration Independence: A Transcription. In Congress, 4 July 1776. (http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html, Erişim: 17.12.2015)

¹⁷¹ GÖZE, Ayferi: **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**. 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 1986, s. 496

¹⁷² The Virginia Declaration of Rights. 12 June 1776, m.1 (http://www.gunstonhall.org/georgemason/human_rights/vdr_final.html, Erişim: 17.12.2015)

¹⁷³ The Virginia Declaration of Rights. 12 June 1776, m.1 (http://www.gunstonhall.org/georgemason/human_rights/vdr_final.html, Erişim: 17.12.2015)

Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nden sadece sekiz gün sonra, 12 Temmuz 1776'da yürürlüğe giren Virginia Anayasası'nın, Bağımsızlık Bildirgesi'nden esinlenmiş olduğu gayet açıktır. Nitekim Virginia Anayasası, Bağımsızlık Bildirgesi'ni örnek alarak 3. maddesinde halkın direnme hakkına yer vermiştir:

“Yönetim; halkın, ulusun ya da kamuoyunun ortak yararı, savunması ve güvenliği için kurulmuştur ya da kurulmalıdır; çeşitli yönetim biçimleri ve yönetim şekilleri içinde en iyisi, azami derecede mutluluğu ve güvenliği sağlayabilme kapasitesine sahip olan ve kötü yönetime karşı en etkili önlemleri alabilen yönetimdir; herhangi bir yönetim bu amaçlar için yetersiz bulunduğu veya bu amaçlarla çeliştiğinde toplumun çoğunluğu, kamu refahına en uygun olduğu hükmü verilen bir biçimde, bu yönetimde reform yapma, yapısını değiştirme ya da yönetimi feshetme konusunda vazgeçilmez, devredilmez ve kesin bir hakka sahiptir.”¹⁷⁴

Amerika'nın kuruluş belgelerinde, insanın insan olmasından kaynaklanan vazgeçilmez, devredilmez doğal hakların büyük bir yeri bulunmaktadır. Locke tarafından “*hayat, hürriyet, mülkiyet*” olarak belirtilen üç temel hakkın¹⁷⁵ her iki Amerikan belgesinde de özellikle vurgulanıyor olması tesadüf değildir. Doktrinde Amerikan anayasalarını ve Bağımsızlık Bildirgesi'ni Jean Jacques Rousseau'nun “*Toplum Sözleşmesi*”¹⁷⁶ ne dair fikirlerinin uyarlaması olarak görenler olsa da¹⁷⁷; Duguit' nin de belirttiği gibi; “*Rousseau ve Montesquieu direnme hakkı üzerinde durmamış olduğundan, bu hakkın Amerikan ve Fransız Haklar Beyannamelerinde yer almasının ilham kaynağını doğrudan doğruya Locke 'ta aramak*”¹⁷⁸ gerekmektedir. Buradan hareketle Locke' un direnme hakkında ilişkin görüşlerinin, geleceğe dönük etkilerinin olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca keyfi yönetimlere karşı toplumun direnme yani, isyan hakkından söz eden düşünür; yasalara uymayan iktidar sahiplerinin karşısına sosyolojik bir yaptırım koymakla, çağdaş siyaset kuramında -Orta Çağda teokratik mülahazalara dayalı olarak kurgulanan

¹⁷⁴The Virginia Declaration of Rights. 12 June 1776, m.3 (http://www.gunstonhall.org/georgemason/human_rights/vdr_final.html, Erişim: 17.12.2015)

¹⁷⁵GÜRİZ, Adnan: **Hukuk Felsefesi**, 10.Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014, s. 140

¹⁷⁶ROUSSEAU, Jean Jacques: **Toplum Sözleşmesi**. Çev. Vedat GÜNYOL. 13.Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ocak 2015.

¹⁷⁷SANDER, Oral: **Siyasi Tarih (İlkçağlardan 1918'e)**. 19. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, Aralık 2009, s.157.

¹⁷⁸DUGUÏT, Leon: **Traite de Droit Constitutionnel**, 2nd Edition, Paris, C. 3, Sa.5, 1921-1925, s.744; KAPANİ, s. 307, Dipnot: 101'den naklen

direnme hakkını-seküler bir zemine oturtmuş olmaktadır. O, bunu yapmakla siyaset kuramında zengin bir tartışmanın da fitilini ateşlemiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

1. ACAR, Harun: “Suriye Halkının Beşar Esad’a Direnme Hakkı: Üç Sözleşmeci Bakış.” **Uluslararası İlişkiler**, C.10, Sa.37, Bahar 2013, s.117-144
2. AKARSU, Bedia: “John Locke’un Devlet Felsefesi”, İstanbul Üniversitesi Felsefe Arkivi Dergisi, Sa.12, 1961, s.72-85
3. ARNHART, Larry: **Siyasi Düşünce Tarihi**. Çev. Ahmet Kemal BAYRAM, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara, Ekim 2005
4. ARSLAN, Hüseyin: “John Locke’un Siyaset Felsefesinin Temelleri Üzerine Bir Deneme”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sa.17, Yıl:2013/1, s.181-204
5. BAKIRCI, Fahri: **John Locke’da Mülkiyet Anlayışı**, Babil Yayınları, Ankara,2004
6. BAUMGOLD, Deborah: **Contract Theory in Historical Context: Essays on Grotius, Hobbes and Locke**, Brill Academic Publishers, Leiden&Boston, Aralık 2009
7. COŞKUN, Vahap: “Direnme Hakkı”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi**, 5. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul,2002, s.52-79
8. DESTİCİ, Mustafa: **John Locke’da Tabiat Kanunu Fikri**, Gazi Üniversitesi SBE Felsefe Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1996
9. DIDIER, Jean: **John Locke**, 1.Baskı, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2009
10. DUNN, John: **Locke**, Dost Kitabevi, Ankara, 2011
11. EMEKLİLER, Bilgehan: “Thomas Hobbes ve John Locke’un Güvenlik Anlayışlarının Karşılaştırmalı Bir Analizi”, **Güvenlik Stratejileri Dergisi**, Sa. 13, 2011, s.99-123
12. FILMER, Robert: **Patriarcha and Other Political Works**, Ed. Peter

- LASLETT, Transaction Publishing, New Grunswick&London,2009
13. GEÇİT, Bekir: “John Locke’da Mülkiyet Hakkının Sınırları: Doğal Hukuk Temelinde Bir Değerlendirme”, **Beytulhikme: An International Journal of Philosophy**, C.1, Sa.4, Haziran 2014, s.91-113
 14. GEMALMAZ, Mehmet Semih: İnsan Hakları **Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 2.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997
 15. GINSBURG, Tom/ LANSBERG- RODRÍGUEZ, Daniel/ VERSTEEG, Mila: “When to Overthrow Your Government: The Right To Resist in the World’s Constitutions” **UCLA Law Review**, C.5, Sa. 60, ss. 1184-1260
 16. GÖZE, Ayferi: **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**. 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 1986
 17. GÖZE, Ayferi: “Onyedinci ve Onsekizinci Yüzyıl Düşünürlerinde Baskıya Karşı Direnme Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.35, Sa.1-4,s.49-73, 1970
 18. GÖZLER, Kemal: **Devletin Genel Teorisi**, 1.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, 2007
 19. GRADY, Robert C: “Obligation, Consent and Locke’s Right to Revolution: Who Is to Judge?”, **Canadian Journal of Political Science**, C.9, Sa. 2, 1976, s.285-291, ACAR, Harun: “Suriye Halkının Beşar Esad’a Direnme Hakkı: Üç Sözleşmeci Bakış.” **Uluslararası İlişkiler**, C.10, Sa.37, Bahar 2013, s. 123’den naklen.
 20. GRANT, Ruth W: **John Locke’s Liberalism**, University of Chicago Press, Ağustos 1991
 21. GRZESZICK, Bernd: “Yazılı Olmayan Anayasa Hukuku”. Çev: Can ÜNVER [(içinde s. 429- 462) Ed. DEPENHEUER, Otto/ GRABENWARTER, Christoph; Çev. Ed. İlyas DOĞAN, **Anayasa Teorisi**, 1. Baskı, Lale yayıncılık, Ankara, Ekim 2014]
 22. GÜRİZ, Adnan: **Hukuk Felsefesi**, 10.Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2014
 23. HAMPSHER- MONK, Iain: **Modern Siyasal Düşünce Tarihi**, Say Yayınları, İstanbul, 2004
 24. HARRISON, Ross: **Hobbes, Locke and Confusion’s Masterpiece: An Examination of Seventeenth- Century Political Philosophy**,

- Cambridge University Press, Cambridge, Aralık 2002
25. HAZAR, Zeynep: **Francisco Suarez’de Yasa, Devlet ve Sosyal Sözleşme**, 1.Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2016
 26. HOBBS, Thomas: **Leviathan**, Çev. Semih LİM,3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1 Ocak 2014
 27. HOFF, Shannon. “Locke and Nature of Political Authority”, **The Review of Politics**, University of Notre Dame, Sa.77, 2015, s.1-22
 28. HONORE, Tony: “The Right To Rebel”, **Oxford Journal of Legal Studies**. C.8, Sa.1, Bahar 1988, s.34-54
 29. IŞIKTAÇ, Yasemin: **Hukuk Felsefesi**. 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul,2010
 30. KAHVECİ, Kutsi. “Direnme ve Sadakat Üzerine Düşünceler”, **Atatürk Üniversitesi Kazım Karabekir Eğitim Fakültesi Dergisi**, Sa. 16, Yıl: 2007, s.111-133
 31. KAPANİ, Münci: **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993,
 32. KELLY, Paul: **Locke’s Second Treatise of Government**, 1.Baskı, Continuum, London&New York, Kasım 2007
 33. KILCULLEN, John: “Locke on Political Obligation.”, **The Review Politics**, C.45, Sa.3, 1983, s.323-344
 34. LEIDEN, Wolfgang von: **John Locke Essays on The Law of Nature and Associated Writings**, Oxford Press, Oxford& New York: 1988
 35. LOCKE, John: **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, Çev: Fahri BAKIRCI, 2.Baskı, Ebabel Yayınları, Ankara, Mayıs2012
 36. LOCKE, John: **Two Treatises of Government**, Printed for Whitmore and Fennand C. Brown, London,1821
 37. LOCKE, John: **Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler**, Çev. İsmail ÇETİN, Paradigma Yayınları, İstanbul, 1999
 38. LOCKE, John: “Bize Verilmiş Bir Ahlak Kuralı Ya Da Tabiat Kanunu Var Mıdır? Evet.”, Çev. İsmail ÇETİN, **Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, C.4, Sa.4, Yıl:4, 1992, s.333-338
 39. MARK, Eric/ MEADOWCROFT, John: **John Locke**, Continuum Library of Educational Thought, London&New York, Mayıs 2014

40. ÖZCAN, Mehmet Tevfik: “John Locke’un Birey Anlayışının Felsefi Temelleri”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan, C.52, Sa.1-4, 1986-1987, s.559-586
41. RAZMETAeva, Yulia: “The Right to Resist and The Right to Rebellion”, **Jurisprudence**, C.3, Sa. 21, 2014, s. 758-784
42. ROUSSEAU, Jean Jacques: İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı, Çev. Rasih Nuri İLERİ, 13. Baskı, Say Yayınları, İstanbul, 2015
43. ROUSSEAU, Jean Jacques: **Toplum Sözleşmesi**. Çev. Vedat GÜN-YOL. 13.Basım, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ocak 2015
44. SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar: **Din ve Devlet Arasındaki İktidar Mücadelesi: Avrupa Örneği**. 1.Basım, Adalet Yayınevi, Ankara, Nisan 2014
45. SANDER, Oral: **Siyasi Tarih (İlkçağlardan 1918’e)**, 19. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, Aralık 2009
46. SCOTT, John T.: “The Sovereignless State and Locke’s Language of Obligation”, **The American Political Science Review**, C.94, Sa.3, 2000, s.547-561
47. TİMUÇİN, Ali: **John Locke’un Siyaset Anlayışı**, Bulut Yayınları, İstanbul, 2006
48. UDI, Juliana: “Locke and the Fundamental Right to Preservation: on the Convergence of Charity and Property Rights”, **The Review Politics**, University of Notre Dame, Sa.77, 2015, s.191-215
49. UYGUN, Oktay: **Devlet Teorisi**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2015
50. WALDRON, Jeremy: **God, Locke and Equality: Christian Foundations in Locke’s Political Thought**, Cambridge University Press, Cambridge, Kasım 2002
51. WOLLHOUSE, Roger: **John Locke**, Çev. Akın TERZİ. 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, Ekim 2011
52. ZUCKERT, Michael P./ COVINGTON, Jesse/THOMPSON, James: “John Locke: Toward a Politics of Liberty” [içinde s. 143-180) Ed. VELKLEY, Richard, **Studies in Philosophy and The History of Philosophy: Freedom and The Human Person**, Catholic University of

American Press, December 2007]

53. YETKİN, Çetin: **Siyasal İktidara Karşı Direnme ve Devrim**, Toplum Yayınları, İstanbul, 1970

Tezler

1. AKDOĞAN, Çiğdem: **John Locke'da Toplum Sözleşmesi Kavramı**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001
2. ESPERANZA, Jerry Gaele: **John Locke and The Natural Law**, Universidad de Navara Facultad Eclesiastica de Filosofia, Doctoral Thesis, Pamplona, 2006

Diğer Kaynaklar

1. British Library, Locke's Two Treatises of Government, 1690. <http://www.bl.uk/learning/timeline/item103653.html>, Erişim: 21.03.2016
2. Tekvin, Bölüm 9. <https://www.bibleonline.ru/bible/tur/01/09/>, Erişim: 13.02.2016
3. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, 23 Mayıs 1949. <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, Erişim: 21.12.2015
4. Verfassung des Landes Hessen, 1 Aralık 1946, <http://www.verfassungen.de/de/he/hessen46-index.htm>, Erişim: 09.01.2016
5. Verfassungen Bremens, 21 Ekim 1947. <http://www.verfassungen.de/de/he/hessen46-index.htm>, Erişim: 09.01.2016
6. Verfassung von Berlin, 23 Kasım 1995. <https://www.berlin.de/rbmskzl/regierender-buergermeister/verfassung/>, Erişim: 09.01.2016
7. Fransa Anayasası, 4 Ekim 1958, [https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR\(4.10.1958\).pdf](https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/Fransa-TR(4.10.1958).pdf), Erişim: 22.12.2015
8. The Fundemantal Law of Hungary, 25.04.2011. <http://www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf>, Erişim: 22.12.2015
9. The Constitution of Greek, <http://www.hri.org/docs/syntagma/>, Erişim Tarihi: 23.12.2015
10. Çin Halk Cumhuriyeti Anayasası, 1958, son değişiklikler: 14 Mart 2004, <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/con>

tent_1372963.htm , Erişim: 23.12.2015

11. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 31 Mayıs 1961 Tarihli 10810 sayılı Resmi Gazete: <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10816.pdf> , Erişim: 23.12.2015
12. The Declaration Independence: A Transcription. In Congress, 4 Temmuz 1776. http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html, Erişim: 17.12.2015
13. The Virginia Declaration of Rights. 12 Haziran 1776, http://www.gunstonhall.org/georgemason/human_rights/vdr_final.html, Erişim: 17.12.2015

SUÇ ÖRGÜTÜNÜN PROPAGANDASINI YAPMA SUÇU ve TÜRKİYE AÇISINDAN AIHM KARARLARINA YANSIMASI

Fatih YURTLU*

ÖZET

Örgütlü suçluluk, eski zamanlardan günümüze kadar gelen önemli bir suçluluk türüdür. Ancak, günümüzde teknolojik gelişmelerin de katkısıyla daha karmaşık bir hal almış ve bu nedenle suç örgütleri ile mücadele daha da zorlaşmıştır.

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme ve üye olma filleri, işlenecek suçlar bakımından birer hazırlık hareketi olmasına rağmen korunan hukuksal değerlerin önemi göz önüne alınarak müstakil birer suç olarak düzenlenmiştir.

Özellikle cebir ve tehdidi bir metot olarak seçen suç örgütleri ile ulusal ve uluslararası alanda mücadele etmek zorunlu olduğu kadar meşakkatlidir. Bu güçlük hem fiili anlamda hem de hukuki anlamda karşımıza çıkmaktadır. Bunun bir uzantısı olarak suç örgütlerinin propagandasının yapılması; suç örgütleriyle mücadele etme ve ifade özgürlüğünün korunması gerekliliği arasında çıkmazlara neden olmaktadır. Bu çalışmada öncelikle Türk Hukukunda suç örgütlerinin propagandasının yapılması suçlarına ilişkin teorik açıklamalar yapılacak ve nihayetinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle ülkemizle ilgili vermiş olduğu kararlar doğrultusunda teoride ve uygulamada ortaya çıkabilecek bazı problemlere değinilecek ve çözüm önerileri sunulmaya gayret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Suç örgütlerinin propagandası, suç örgütleri, AIHM kararları.

CRIME OF PROPAGANDA OF CRIMINAL ORGANIZATIONS AND ITS REFLECTIONS ON ECHR DECISIONS ABOUT TURKEY

ABSTRACT

Organized crime has been a serious type of crime until today. However, it has become more complicated because of the technological advancement so fight against organized crime gets more difficult at the present time.

The acts of creating a criminal organization for the purpose of engaging in criminal activity, managing the organization and admitting the organization were enacted as separate crimes considering the importance of the legal values protected

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Huk., Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12.07.2016

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 16.08.2016

by these crimes although these acts are essentially just preparation activities for the crime.

Especially fighting with criminal organization which chooses coercion and intimidation as a method for committing crime is very hard. This difficulty is both related with actuality and legality. Penalizing of propaganda of criminal organization create a dilemma between fighting with criminal organization and protection of freedom of expression. In this study, firstly I try to give an explanation about crime of propaganda of criminal organization and ultimately offer solutions to some problems in direction of decisions of European Court of Human Rights which are about Turkish Republic.

Keywords: *Propaganda of criminal organizations, criminal organizations, decisions of ECHR.*

I. Giriş

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme veya üye olma fiilleri esasında işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından birer hazırlık hareketi olmasına rağmen; korudukları hukuki yarar da göz önüne alınarak kanun koyucu tarafından Türk Ceza Kanununun (TCK) 220. maddesinde müstakil birer suç olarak düzenlenmiştir.

TCK'nın 220. maddesinin birinci fıkrasında “suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme suçu”, ikinci fıkrasında “suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olma suçu” müstakil birer suç olarak düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında ise örgütün silahlı olması cezayı artıran nitelikli bir hal olarak yer almıştır. 220. maddenin sekizinci fıkrasında ise çalışmamızın da konusunu oluşturan “suç örgütünün propandasını yapma” fiili müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Suç örgütünün propandasını yapmaya ilişkin bir başka hüküm ise 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin ikinci fıkrasıdır.

Suç işlemek amacıyla kurulan örgütlerin propandasını yapma suçu hakkında ayrıntılı açıklamada bulunmadan önce, suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya üye olma suçlarından kısaca bahsetmek konunun daha iyi aktarılabilmesi açısından yerinde olacaktır.

II. Suç İşlemek Amacıyla Kurulmuş Örgüt Kavramı

En az üç kişinin suç işlemek amacıyla, sürekli olarak, hiyerarşik bir ilişki çerçevesinde bir araya gelmeleri durumunda suç işlemek amacıyla örgüt

kurma suçunun maddi unsurları oluşmaktadır¹. Bununla beraber failerin suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan cezalandırılabilmesi için de işlemeyi amaçladığı suçlar bakımından örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından elverişli olması da gerekir. Bir başka ifadeyle ilgili örgütün amaç suçları işlemeye elverişli olması TCK 220. madde düzenlemesi bakımından bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak öngörülmüştür². Dolayısıyla suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu 765 sayılı TCK'nın aksine 5237 sayılı TCK'da bir somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.

Suç işlemek amacıyla kurulan örgütler kriminolojik yönden çeşitli tasniflere tabi tutulabilir. Bu tasniflerden başlıca ve en yaygın olanı “*çıkar amaçlı suç örgütleri*” ve “*terör örgütleri*” ayrımıdır³. Bu iki suç örgütü yapılanması ve maddi unsurları bakımından büyük farklılıklar olmasa da özellikle kriminolojik olarak yöneldikleri amaçlar noktasında farklılıkların olduğu söylenebilir⁴.

İtalya'ya has bir fenomen olarak ortaya çıkan ancak daha sonra dünya üzerinde farklı bölgelerde değişik görünümlere bürünen “*mafya tipi(ekonomik çıkar amaçlı örgütler) suç örgütleri*” nihai hedef olarak maddi kazanç sağlamayı

¹ Suçun unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, 7. Bası, Ankara, 2013, s. 14 v.d; Fatih YURLU, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme ve Bu Amaçla Kurulmuş Örgüte Üye Olma Suçları”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013, s. 57 v.d.

“TCK'nın 220. maddesi anlamında bir örgütün varlığından söz edebilmek için; en az üç kişinin, suç işlemek amacıyla hiyerarşik bir ilişki ve süreklilik içerisinde, elverişli araç ve gereçlerle amaç suçları işlemek üzere bir araya gelmesi gerekmektedir” 9. CD. T.11.27.2012, E. 2012/2721, K. 2012/13802.

“... Teşekkülün varlığından söz edebilmek için birden fazla suçu işlemek amacı ile iki veya daha fazla kişinin önceden birleşip anlaşmaları ve süreklilik koşulu zorunlu olmakla beraber bu anlaşmanın örgütlenme işbölümünü de içermesi gerekir”. 8. CD. T. 16.02.2004, E.1807-1015, Osman YAŞAR - Hasan Tahsin GÖKCAN –Mustafa ARTUÇ, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara, 2014, C. 5, s. 6627, dipnot 618, İlgili karar ETCK döneminde verildiği için iki kişinin bir araya gelmesi örgüt suçu bakımından yeterli görülmüştür. 5237 sayılı TCK bakımından ise en az üç kişinin bir araya gelmesi gerekir.

² İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara, 2015, s. 636. Objektif Cezalandırılabilme Şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan ÜZÜLMEZ - Ahmet Hulusi AKKAŞ, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, Sayı: 1-2, Kayseri 2007.

³ Feridun YENİSEY, “Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, İstanbul, C. I, 2010/1, s. 398.

⁴ Bu farklılıklardan dolayı YENİSEY, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununun 2005 yılında kaldırılmasının doğru olmadığını ifade etmektedir. A.g.m, s. 399.

seçmişlerdir⁵. Günümüzde dünya kamuoyunu daha çok meşgul eden suç örgütü türü olan “*terör örgütleri*” ise, siyasi bir hedefe ulaşma amacındadır. Çoğu kez sivillere yönelik kanlı saldırılar ile gündeme gelen terör örgütlerinin esas amacı, gerçekleştirdikleri kanlı eylemler sonucunda toplumda korku ve panik havası yaratarak sosyal yaşamı çökmez hale getirmek, toplumda oluşan bu yılgınlık neticesinde devlete karşı doğacak tepkiyi de kullanarak kendi taleplerinin yerine getirilmesini sağlamak ya da en azından kendi otoritesini kabul ettirmektir⁶. Dolayısıyla terör örgütleri hedefledikleri siyasi amaçlar dolayısıyla mafya tipi suç örgütlerinden ayrılmaktadır⁷. Bununla birlikte hem terör örgütleri hem de mafya tipi suç örgütleri kullandıkları cebir ve şiddet yöntemleri bakımından toplum nezdinde ciddi anlamda korku yaratır. Özellikle son yıllarda dünya kamuoyunu ciddi anlamda meşgul eden terör örgütleri ile mücadele etme noktasında ilgili otoriteler ciddi sıkıntılarla karşılaşmaktadır. Örgütlü suçlulukla mücadele etme noktasında klasik soruşturma ve kovuşturma yöntemlerinin yetersiz kalması birçok ülkeyi suç örgütleri ile mücadele noktasında özel düzenlemeler yapmaya ve tedbirler almaya zorlamaktadır⁸.

III. Suç İşlemek Amacıyla Kurulmuş Örgütün Propagandasını Yapma Suçu(TCK m. 220/8)

TCK m. 220/8: “Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır” demek suretiyle örgütün propagandasının yapılması fiilini suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme suçlarından ayrı, müstakil bir suç olarak düzenlemiştir⁹.

⁵ Mafya tipi suç örgütleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YURTLU, a.g.e., s. 31 v.d.

⁶ YURTLU, a.g.e., s. 35.

⁷ Sulhi DÖNMEZER, “*Organize Suçlulukla Mücadele*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, Ocak 2002, Sa. 1, y.1, s. 6.

⁸ Batı ülkelerinde organize suçlulukla mücadele konusundaki gelişmeler ve ülkemiz açısından organize suçlulukla mücadele konusunda alınacak tedbir önerileri için bkz. Adem SÖZÜER, “*Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler*”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 9, Sa. 1-3, 1995, s. 255 v.d.

⁹ Bu fıkra 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı “*İnsan hakları ve ifade özgürlüğü bağlamında bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair kanun*”un 11. maddesi ile değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten önce fıkra şu şekildeydi: “Örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”.

Suçun fiil unsurunu “propaganda yapmak” oluşturmaktadır. Propaganda; İtalyanca’dan dilimize geçmiş bir kelime olup Türkçe’de; “Bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz, yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma, yaymaca” anlamına gelmektedir¹⁰. YCGK, bir kararında propaganda fiilini şu şekilde tanımlamıştır: “Belli bir görüşün toplum içinde yayılmasını, fikir ve kanaatlerin kökleşmesini sağlamak için bu amacın gerçekleşmesine yönelik olarak her türlü maddi ve manevi araca başvurarak telkin, teşvik ve etkide bulunmak”¹¹.

Propagandada seçilmiş, belli bir hedefe yönelik bilgilerin, çoğu zaman kaynağı da belirtilmeden aktarımı söz konusudur ve propagandada belli bir görüş veya eylemi, belli bir grubun düşüncesinde oluşturmak için ikna etme söz konusudur. Fakat bu ikna, tartışma ve objektiflikten uzak bir yolla yapılır¹². Propaganda, bir şahsın veya grubun, başka şahısların veya grupların tutumlarını değiştirmek, denetlemek ve onların tepkilerini kendi amaçlarına uygun tepkiler şekline dönüştürmek için gerektiğinde kitle iletişim araçlarını da kullanarak giriştikleri bir etkinlik olarak da tanımlanabilir¹³.

Suç örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kimse TCK m. 220/8’de düzenlenen suç fiilini gerçekleştirmiş olacaktır. Suç fiilini oluşturan propaganda; söz, yazı, tiyatro, resim, şarkı, şiir şeklinde olabileceği gibi, yazılı resimli afiş, pankartla yürüme ya da pankartı duvara asma gibi değişik şekillerde ortaya çıkabilir¹⁴.

Düşünme ve düşünmeyi açıklamanın en bilindik yollarından biri olan söylemde bulunmak hiç kuşku yok ki en temel insan haklarından biridir. Ancak her temel hakkın olduğu gibi bu hakkın da bir sınırı vardır¹⁵. Bu nedenle inanç,

¹⁰ Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdkterim.gov.tr>, siteye erişim tarihi: 29.06.2016.

¹¹ YCGK, T. 16.3.1999, E. 1999/9-33, K. 1998/38, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

¹² Özlem Yenerer ÇAKMUT, “Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999, s. 138.

¹³ Ahmet GÖKCEN, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrir Cürmü, Ankara, 2001, s. 21.

¹⁴ ÇAKMUT, a.g.m., s. 149.

¹⁵ Buna paralel olarak AİHS’nin İfade Özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin 1. fıkrasının akabinde 2. fıkrada bu özgürlüğün de belirli şartlar altında kısıtlanabileceğini ifade edilmiştir. AİHS madde 10:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma

ırk, dil, din, felsefi düşünce farklılıkları dolayısıyla insanları birbirlerine karşı kışkırtan kişilerin, bir başka ifadeyle insanları suç işlemeye tahrik ve teşvik eden kimselerin düşünceleri açıklama hürriyetinden faydalanmaları kabul edilemez¹⁶. Suç örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kimse; örgütün bu yöntemlerinin toplum nezdinde saygınlık kazanmasını temin etmenin yanında tabiri caiz ise var olan hukuk düzenine de meydan okumaktadır.

Bu nedenlerle suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgütün propagandasını yapan kimseler düşünce ve ifade özgürlüğü sınırları içerisinde değerlendirilemeyecek ve ceza hukuku müeyyideleri ile karşılaşacaklardır. Çünkü bu kimseler suçu ve suçluyu övmekte, suç ve suçluluğun toplum nazarında saygınlık kazanmasını, yaygınlaşmasını amaçlamaktadır. Bu bağlamda suç örgütünün veya yöntemlerinin propagandasının yapılması, suçu övme suçunun özel bir şekli olarak da ifade edilmektedir¹⁷. Ancak dikkat edilmelidir ki TCK 215. maddesi, işlenmiş olan bir suçu övmeyi cezalandırmaktayken suç örgütünün propagandası suçunda ise 215. maddeden farklı olarak, ister işlensin isterse işlenmesin, işlenmesi amaçlanan suçun propagandası, yani övülmesi, iyi görüldüğünün söylenmesi suç sayılmaktadır¹⁸.

TCK m. 220/8'de 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanununun 11. maddesi ile değişiklik yapılarak bu suçun oluşması için; *“örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapılması”* suçun oluşması

ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir”. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, Erişim Tarihi: 29.06.2016.

¹⁶ İzzet ÖZGENÇ, “Suç Teşekkülü, Düşünceleri Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti”, İÜHFİM, Türkan Rado’ya Armağan, C. LV, Sa. 3, y. 1997, s. 59.

¹⁷ Zeki HAFIZOĞULLARI – Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar, Ankara, 2012, s. 271.

¹⁸ Zeki HAFIZOĞULLARI – Günel KURŞUN, “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi”, Sa.71, y. 2007, s. 42.

için zorunlu hale getirilmiştir¹⁹. İlgili değişiklikle birlikte suç örgütünün propagandasını yapma suçu bir “bağlı hareketli suç” halini almıştır²⁰.

Bu bakımdan dikkat edilmelidir ki artık salt olarak suç örgütünü övmek ya da örgüt veya örgütün amacı hakkında yüceltici ifadeler kullanarak örgütün propagandasını yapmak suç oluşturmayacaktır. Suçun oluşması için örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasının yapılması gerekecektir. Bu noktada yapılan değişikliğe bir eleştiri getirmek mümkündür. TCK 220. maddede düzenlenen suç örgütünün zorunlu unsurları arasında cebir, şiddet ve tehdit yöntemlerinin kullanılması söz konusu olmadığı halde TCK 220. maddedeki örgütün propagandasının yapılması suçunda bu unsurları aramak bir çelişki olacaktır. Bu unsurlar TCK 314. madde ve TMK’da düzenlenen örgütler bakımından zorunlu bir unsur olarak karşımıza çıktığından, bu düzenlemenin TMK bağlamında yapılması daha yerinde olurdu.

Bu durumda suç örgütünün başka bir müstakil suçu oluşturan amacının cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerden bağımsız olarak propagandasının yapılması durumunda failin cezai sorumluluğu ne olacağına açıklık getirmek gerekir. Örneğin cebir veya şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmayı hedefleyen bir suç örgütü hakkında; “*örgütün benimsemiş olduğu strateji veya gerçekleştirdiği şiddet içeren eylemlere değinmeden nihai hedeflerinin her onurlu insanın hedefi olması gerekir, dolayısıyla yanlışları doğruları tartışılır ama yüce bir gaye için çalıştıklarını kabul etmek gerekir*” şeklindeki bir beyan ceza hukuku bakımından bir sorumluluk gerektirir mi? Madde metninde yapılan son değişiklik sonrası

¹⁹ Bu değişikliğin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir:

“*AİHM, terör örgütlerinin içeriği şiddet unsuru içermeyen bildirimlerini yayınlayanların, sadece bu eylemleri nedeniyle cezalandırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak saymaktadır. Düzenlemeyle, maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçun unsurları yeniden belirlenmekte, maddeye “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden” ibaresi eklenmek suretiyle suçun kapsamı AİHM standartlarıyla uyumlu hale getirilmektedir.*

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin 18/6/2009 tarihli ve E.2006/121, K.2009/90 sayılı iptal kararının neticesinde ortaya çıkan mükerrerliğin önlenmesi ve söz konusu Karara uyum sağlanması amacıyla maddede teknik bir düzenleme yapılmaktadır”. TBMM, İnsan hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, 24. Yasama Dönemi, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 445, s. 6.

²⁰ A. Caner YENİDÜNYA – Zafer İÇER, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C.19, Sa.2, İstanbul, y. 2013, s. 814.

yukarıdaki örnek ve benzeri ifadelerin suç örgütünün propagandasını yapma suçu kapsamında değerlendirilmesi pek mümkün görünmemektedir. Ancak böyle bir durumda TCK 214. maddede düzenlenen “Suç İşlemeye Tahrik” ve 215. maddede düzenlenen “Suçu ve Suçluyu Övme” suçlarının şartlarının oluşup oluşmadığının ayrıca irdelenmesi gerekir²¹.

IV. Terör Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu (TMK m. 7/2 v.d.)

TCK m. 220/8’de düzenlenen örgütün propagandası suçu, sadece çıkar amaçlı suç örgütleri açısından doğrudan uygulama alanı bulur. Terör örgütü niteliğindeki örgütlerin propagandasını yapma suçu bakımından 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesinin ikinci ve devamı fıkralarında özel bir düzenleme söz konusudur.

3713 sayılı TMK’nın 7. maddesinin 2. fıkrasında terör örgütünün propagandasını yapma suçu düzenlenmiştir. Buna göre:

“Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmaya teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayının sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Aşağıdaki fiil ve davranışlarda bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

a) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması.

b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1. Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması,

2. Slogan atılması,

3. Ses cihazları ile yayın yapılması,

²¹ Madde metninde yapılan değişikliklerin gerekçesi; AİHM’nin terör örgütlerinin şiddet içermeyen bildirimlerini yayınlayanların cezalandırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak görmesi olarak belirtilmiş ve TMK 7. maddede yapılan değişiklikler ile TCK 220. maddenin uyumlu hale getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

4. Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi”²² durumlarında “terör örgütünün propagandasını yapma suçu” oluşacaktır.

Fıkarda terör örgütünün propagandasını yapma fiili tıpkı TCK m. 220/8’de olduğu gibi müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak maddede yapılan değişiklikle “terör örgütünün propagandasını yapmak” ibaresi “terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapmak” şeklinde revize edilmiştir. Bu nedenle bir kimsenin bu fıkraya göre cezalandırılabilmesi için; örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek veya teşvik edecek şekilde propagandasını yapması gerekir²³. Madde düzenlemesi, TCK m. 220/8’deki düzenleme ile büyük ölçüde paralel olmakla birlikte iki düzenleme arasındaki en önemli fark; TMK m. 7/2 bağlamında propagandası yapılan suç örgütü TMK kapsamında bir terör örgütü olmalıdır.

Burada çelişki yaratan husus şudur ki; terör örgütleri zaten cebir, şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerini suç işlemeye matuf olarak kullanırlar. Bir başka ifadeyle cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemler bir suç örgütünü terör örgütü yapan unsurların başında gelir. Bu nedenle terör örgütünün propagandasının yapılması demek zaten cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerin de propagandasının yapılması anlamına gelir. Ortada cebir, şiddet veya tehdit yok ise terör örgütünden de bahsedilemeyeceğinden terör örgütünün propagandasından bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Bu düzenleme ile terör örgütleri sanki birer hukuki yapılmış, fakat bazı durumlarda suça ve şiddete meyil edebiliyorlarmış gibi bir algı oluşmaktadır. Bu da esasında mantıki bir çelişkiye işaret etmektedir. Eğer istenilen AİHM nezdinde ülkemizi rahatlatmak, dolayısıyla da terör örgütünün propagandasını yapma suçunun uygulama alanını daraltmak ise; bu fiillerin birer somut tehlike suçu şeklinde düzenlenmesi düşünülebilir²⁴.

²² Fıkarda 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı kanununun 8. maddesiyle değişiklik yapılmıştır.

²³ Bu değişiklik 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı kanun ile yapılmıştır.

²⁴ “Çoğunluk ile birlikte 10. maddenin ihlal edildiği yönünde oy kullandım, ancak Mahkemenin, yerel yetkililerin başvuranların ifade özgürlüğü hakkına yaptıkları müdahalenin demokratik bir toplumda haklı gösterilip gösterilemeyeceğini belirlemek için uyguladığı ilk ölçütü onaylamıyorum. Bu dava ve şiddete tahrikin söz konusu olduğu daha önceki Türkiye’de ifade özgürlüğü davaları boyunca, Mahkeme tarafından belirlenen en yaygın ölçüt şudur: başvuranlar tarafından yayınlanan yazılar şiddet kullanımını destekliyorsa ya da teşvik ediyorsa başvuranların ulusal mahkemelerde mahkum edilmeleri demokratik bir toplumda haklı sebebe dayanmaktadır. Ben bu ölçütü yetersiz olarak değerlendiriyorum. Şiddeti tahrik eden

Fıkıradaki suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür. Basın veya yayın yoluyla ibaresi TCK'nın 6. maddesinin (g) bendinde: “Her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar” olarak tanımlanmıştır. Basın ya da yayın organının yerel, bölgesel ya da ulusal çapta olmasının nitelikli halin uygulanması bakımından herhangi bir önemi yoktur. Bu seçeneklerin her birinde bu nitelikli hal oluşacaktır. Televizyon, radyo, gazete, dergi, kitap, telefon, bilgisayar gibi kitle iletişim araçları kullanılarak gerçekleştirilen fiiller bu nitelikli hal kapsamında değerlendirilecek ve ceza yarı oranında artırılacaktır. TCK’da basın ve yayın yoluyla tanımında “her türlü kitle iletişim aracıyla” ifadesi kullanıldığı için günümüzde çok yaygın olarak kullanılan çeşitli sosyal medya ağları üzerinden bu suçun işlenmesi durumunda da bu nitelikli hal oluşacaktır. Propagandanın basın ve yayın yoluyla yapılması bir nitelikli hal olarak düzenlendiği halde, alenen yapılması bir nitelikli hal olarak öngörülmemiştir.

Bununla beraber “basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur” ifadesi ise ceza hukuku genel teorisi bakımından izaha muhtaçtır. 5237 sayılı TCK’nın Türk Ceza Hukukuna getirdiği en önemli yeniliklerden birisi objektif sorumluluk esasını reddetmesidir. Dolayısıyla, suç genel teorisi çerçevesinde bir kimseyi ceza hukuku bakımından sorumlu tutabilmek için öncelikle ilgili suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi, daha sonra kastının ve eğer ilgili suçun taksirli şekli kanunda açıkça düzenlenmiş ise en azından taksirinin bulunması ve nihayetinde ise bu kişinin kast ya da taksire dayanan kusurunun tespit edilmesi (ilgili suç dolayısıyla toplum tarafından kişinin kınanabilmesi yargısı) gerekir. Taksiri dahi olmayan bir kişinin cezalandırılması ceza hukuku sistemimiz bakımından mümkün değildir. Bu nedenle maddedeki hükmün 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun bu genel ilkelerine uygun bir biçimde yorumlanması gerekmektedir.

TMK m. 7/2’de, bazı fiillerde bulunan kişilerin de bu fıkra hükmüne göre cezalandırılacağı hüküm altına almıştır. Buna göre; örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması, slogan atılması, ses cihazları ile yayın yapılması, terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin

kişilerin ulusal yetkililerce cezalandırılmalarının sadece eğer bu tahrik “açık ve mevcut bir tehlike” yaratıyorsa, demokratik bir toplumda haklı sebebe dayandırılabilceği kanaatindeyim. Güç kullanımı soyutsa ve zamanla gerçek veya olası şiddetin merkezinden kalkıyorsa, ifade özgürlüğü hakkı geçerli olmalıdır”. Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı, Hakim Bonello’nun mutabakat şerhi, Karar Tarihi: 08.07.1999, No:23536/94-24408/94.

üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi durumunda failler terör örgütünün propagandasını yapma suçundan dolayı cezalandırılacaklardır.

Bu düzenlemede tartışma konusu yapılacak husus; fıkrada sayılan bu fiiller eğer “*terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde*” değil ise suçun oluşup oluşmayacağıdır. Kanaatimizce fıkrada yapılan değişiklik sonrasında sayılan bu fiilleri de ancak terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde yapılması durumunda cezalandırmak mümkün olacaktır. TMK’nın 7. maddesinin 3. fıkrasında bu hususun açıkça vurgulanması ve birinci fıkranın ilk cümlesinde 6459 sayılı kanunla yapılan değişiklik ve gerekçesi göz önüne alındığında bu yorumun daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

TMK m. 7/3: “*Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Bu suçu işleyenlerin cebir ve şiddete başvurmaları ya da her türlü silah, molotof ve benzeri patlayıcı, yakıcı ya da yaralayıcı maddeler bulundurmaları veya kullanmaları hâlinde verilecek cezanın alt sınırı dört yıldan az olamaz*”.

Bu hükümde de terör örgütü propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösterilerde kimliklerini gizlemek amacıyla yüzünü tamamen veya kısmen kapatanların cezalandırılması öngörülmüştür. Dolayısıyla bu suçun oluşması için kast manevi unsurunun yanında “*kimliklerini gizleme*” amacının da var olması gerekir. İlk cümlede düzenlenen suç bakımından faillerin cebir veya şiddete başvurması gerekmez. Örgüt propagandasına dönüşen gösterilerde kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen kapatmaları yeterlidir. Bu kapatma çeşitli giysi veya materyaller kullanılarak gerçekleştirilebilir. Örneğin, flama, maske, şapka, bayrak, çarşaf, boya, giysi, kask v.b materyallerin kullanılması veya bu tip gösterilerde failin bir eli ile yüzünü kapatarak da bu fiilin gerçekleştirilmesi mümkündür.

Terör örgütü propagandasına dönüşen gösterilerde kimliklerini gizlemek için yüzlerini kapatanların cebir veya şiddete başvurmaları ya da her türlü silah, molotof ve benzeri patlayıcı, yakıcı ya da yaralayıcı maddeler bulundurmaları veya kullanmaları hâlinde nitelikli hal söz konusu olacak ve verilecek hapis cezasının alt sınırı dört yıldan az olamayacaktır. Madde metninden bu nitelikli halin uygulanması için; silah, molotof ve benzeri

patlayıcı, yakıcı ya da yaralayıcı maddelerin kullanılmasının şart olmadığı sadece bulundurulmasının dahi bu nitelikli halin uygulanması için yeterli olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Sayılan bu maddeler sadece bulundurmanın ötesinde kullanılmış ise hem oluşan diğer suçlar bakımından hem de bu suç bakımından ayrıca ceza verilir. İlgili patlayıcı maddeler terör örgütü gösterilerinde kullanılmış ancak başkaca bir suça sebebiyet verilmemiş ise bu durum temel cezanın belirlenmesinde gözetilmeli ve alt sınırdan uzaklaşarak cezanın belirlenmesi yoluna gidilmelidir.

TMK m. 7/4: *“İkinci fıkrada belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur”*.

Bu fıkrada ise ikinci fıkrada belirtilen suçun belirli yerlerde gerçekleştirilmesi cezayı artıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu suçun maddede sayılan yerlerin herhangi birinde işlenmesi durumunda ilgili fıkraya göre belirlenecek cezanın iki katına hükmolunacaktır.

Suç örgütünün propagandasını yapan kişi zaten örgütün hiyerarşik yapısı içerisinde ise failin örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapması durumunda ayrıca TCK m. 220/8’den dolayı sorumlu olup olmayacağı da başka bir problemi oluşturur. Çünkü bu kişiler zaten suç örgütünün yöneticisi ya da üyesidirler ve suç örgütünü yönetme veya üye olma suçlarından dolayı cezalandırılacaklardır, dolayısıyla ayrıca örgütün propagandasını yapmaktan cezalandırılmamaları gerektiği düşünülebilir. Fakat suç örgütünün propagandasının yapılması, TCK m. 220/8’de müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. 220/4’te de *“örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi durumunda ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur”* hükmü karşısında böyle bir durumda faillere hem örgütün propagandasını yapma suçundan hem de örgütü yönetme veya üye olma suçlarından ayrı ayrı ceza verilmelidir. Bir başka ifadeyle failer ilgili suçlar bakımından gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacaktır.

Benzer bir şekilde suç örgütünün hiyerarşik yapısına bağlı olmamakla birlikte suç örgütünün propagandasını yapan failer, TCK m. 220/6’daki düzenleme nedeniyle hem suç örgütünün propagandasını yapma suçundan hem de suç örgütüne üye olma suçundan gerçek içtima kurallarına göre

cezalandırılacaklardır. TCK m. 220/6'daki "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır" hükmüne "Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir" ifadesi eklenmek suretiyle hâkime bu hususta bir takdir yetkisi tanınmıştır²⁵. Ancak bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır. Dolayısıyla silahlı olmayan suç örgütlerinin hiyerarşik yapısında bulunmamasına rağmen örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi ayrıca suç örgütüne üye olma suçundan cezalandırılmayacaktır. Bu noktada zaten silahlı olmayan bir örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerinin propagandasının yapılabileceği sorusu akıllara gelebilir. Bu husus teorik olarak imkansız görünmese de pratikte çok da mümkün görünmemektedir.

TMK'nın 7. maddesinin son fıkrasında ise gerçek içtima kuralını benimseyen TCK 220/6'dan ayrılan farklı bir düzenleme söz konusudur. TMK m. 7/son:

"Terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına;

a) İkinci fıkrada tanımlanan suç,

b) 6'ncı maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suç,

c) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28'inci maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılma suçunu, işleyenler hakkında, 5237 sayılı Kanunun 220'nci maddesinin altıncı fıkrasında tanımlanan suçtan dolayı ayrıca ceza verilmez" demek suretiyle terör örgütüne üye olmamakla beraber terör örgütü propagandası suçunu işleyen kişilerin ayrıca terör örgütü üyesi olarak cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Böylece ceza adaleti bakımından ortaya çıkabilecek olumsuzluklar engellenmek istenmiştir.

İçtima hususunda dikkat edilmesi gereken bir başka hüküm ise 2911 sayılı "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu"nun m.34/A hükmüdür²⁶.

²⁵ Bu cümle 11.4.2013 tarih ve 6459 sayılı kanunun 11. maddesi ile eklenmiştir.

²⁶ "Bu şekilde bir düzenleme ihtiyacı ilk olarak kamuoyu tarafından "taş atan çocuklar" olarak da bilinen; terör örgütünün propagandasına dönüşen gösterilerde en ön sırada kullanılan çocuklar hakkında çok fazla hapis cezası istemiyle açılan davalardan doğmuştur. Şöyle ki; terör örgütü tarafından bu şekilde kullanılan çocuklar;

1- 2911 sayılı "Toplantı ve gösteri Yürüyüşleri Kanunu"nun 32. veya 33. maddelerinde düzenlenen suçlardan dolayı

2911 sayılı kanun m. 34/A: “Bu Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak direnme suçunu veya katıldıkları toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında propaganda suçunu işleyen çocuklar hakkında bu suçlara bağlı olarak ayrıca 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 2’nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanmaz”.

Bir kimse örgüte üye olmamakla beraber örgüte üye kazandırma yönünde birtakım faaliyetlerde bulunuyor ise bu fiil; suç örgütünün propagandasını yapma olarak değil suç örgütüne yardım etme suçu bağlamında değerlendirilmelidir²⁷. Çünkü bu kişi her ne kadar örgütün hiyerarşik yapısına bağlı olmasa da örgütün varlığını devam ettirmesi için örgüte üye kazandırmaktadır. Propaganda fiili ise bu şekilde doğrudan bir katkının daha gerisinde kalan, örgütün gayri meşru yöntemlerine toplum nezdinde saygınlık kazandırma girişimlerinden ibarettir. Örgütün propagandasının yapılması; örgüte üye temin etme gibi örgüte ve amaçlanan suçların işlenmesine maddi olarak doğrudan bir katkı sağlamamakta ise de manevi anlamda bir katkı sağladığı kuşkusuzdur²⁸. Bununla birlikte devamlı olarak örgüte üye kazandırma faaliyetlerinde bulunan kişinin örgütün hiyerarşik yapısına bağlı olduğunu kabul etmek gerekir.

2- 3713 sayılı TMK’nın 7. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “Terör Örgütünün Propagandasını Yapma” suçundan dolayı

3- Örgüte üye olmamakla beraber örgüt adına suç işlemiş olmaları nedeniyle terör örgütü üyesi olarak TCK 314/2 uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmakta ve cezaları TMK’nın 5. maddesi uyarınca yarı oranında artırılmaktaydı.

Bu durumun kamuoyunda yarattığı rahatsızlık sonrası 22.7.2010 tarih ve 6008 sayılı kanunla 2911 sayılı kanunun 32. ve 33. maddeleri değiştirilmiş ve kanuna ayrıca bir hüküm eklenerek bu suçlar dolayısıyla TMK’ya göre cezaların yarı oranında artırılması hükmünün çocuklar hakkında uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, s. 29-30.

²⁷ ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, s. 38.

²⁸ “Şu halde; amacı Türkiye Cumhuriyetinin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını silahlı mücadele vererek devlet idaresinden ayırıp bu bölgede Marksist-Leninist ilkelere dayalı bir Kürt devleti kurmak olan PKK terör örgütü elebaşının yakalanması üzerine, örgüt tarafından Kürdistan Demokratik Konfederalizm önderi olarak kabul edilen Abdullah Öcalan’ı sahiplenme kampanyası çerçevesinde sanıkların örgütün ve amacının toplum içinde benimsenmesini sağlamaya yönelik olarak; **Türkçe ve Kürtçe, “ben bir Kürdistanlı olarak, Kürdistan’da sayın Abdullah Öcalan’ı bir siyasal irade olarak görüyor ve kabul ediyorum” cümlelerini** içeren dilekçeleri imzalatmaktan ibaret eylemleri, nitelik ve yoğunlukları da dikkate alındığında maddi yardım niteliğinde görülmediğinden 3713 sayılı Yasanın 7/2. maddesinde düzenlenen suç oluşturur”. YCGK. T. 03.03.2009, E. 2008/184, K. 2009/4. Belirtmek gerekir ki 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı kanun ile yapılan değişikliklerden sonra yukarıda geçen ifadelerin Terör Örgütünün Propagandasını yapma suçunu(TMK 7/2) oluşturduğunu söylemek zor görünmektedir.

Yargıtay bir kararında örgüt propagandası içeriğine sahip dergileri satış amacıyla kamyonette bulundurduğu anlaşılan sanığı örgüte yardım etme suçuna teşebbüsten sorumlu tutmuştur²⁹. Tıpkı suç örgütüne yardım etme fiili gibi suç örgütünün propagandasını yapma fiiline de teşebbüs mümkündür. Örneğin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan içeriğe sahip bir mektup ceza evinde bulunan bir mahkûm tarafından gönderilmek üzere ceza evi yönetimine teslim edilmiştir. Ancak mektupları inceleyen cezaevi komisyonu mektuba el koymuş ve mektubun içeriğinin terör örgütünün propagandasını oluşturduğundan şüphelenerek durumu adli mercilere bildirmiş ise suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Benzer bir şekilde suç örgütünün propagandası içeriğine sahip bir eserin dağıtılmak üzere basısı yapılmış ancak daha dağıtım yapılmadan esere ulaşılmış ise bu durumda da suçun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir.

Suç örgütünün propagandasını yapma suçuna iştirakin her türlü mümkündür. Bir kimseyi suç örgütünün propagandasını yapma konusunda azmettirmek veya bu kişiye maddi/manevi yardımda bulunmak mümkün olduğu gibi suçun müşterek fail olarak işlenmesi de mümkündür.

Örgütün propagandasını yapma suçu; suç işlemek amacıyla örgüt kurma ve yönetme suçunun aksine bir somut tehlike suçu olarak değil soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir³⁰. Gerçekten de suç tanımına bakılacak olursa maddede somut tehlike suçlarında olduğu gibi; “*sonuç doğurmaya elverişli olması*”, “*elverişli olması*” veya “*somut bir tehlike yaratması*” gibi ifadeler kullanılmamıştır. Bu nedenle kişinin suç işlemek amacıyla matuf olarak kurulduğunu bildiği bir örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapması durumunda suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

Hiç kuşku yok ki suçun oluşması için failin söz konusu yapılanmanın bir suç örgütü olduğunu bilmesi gerekir. Bu nedenle bu suç yalnızca “*doğrudan kastla*” işlenebilir, olası kastla işlenemez. Çünkü suçun oluşumu için failin propagandasını yaptığı oluşumun suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt olduğunu bilmesi gerekir.

²⁹ 9. CD. T. 09.01.2013, E. 2012/1628, K. 2013/495.

³⁰ ÖZGENÇ, “*Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti*”, s. 60, dipnot:17.

Fail; haklarında suç örgütü oldukları nedeniyle kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmayan örgütler için propaganda yapmış ise suçun oluşmadığını kabul etmek gerekir. Çünkü bir oluşumun suç örgütü niteliği taşıyıp taşımadığı ancak kesinleşmiş bir mahkeme kararı ile belirlenebilecektir. Bununla birlikte haklarında kesinleşmiş bir mahkeme kararı olmamasına rağmen bir örgütün cebir ve şiddet içeren fiillerinin meşru gösterilmesi, övülmesi veya propagandasının yapılması halinde başka suçların oluşup oluşmadığı ayrıca irdelenmelidir(Bu tip durumlarda özellikle TCK m.213 ve devamındaki suçların oluşması muhtemeldir).

Bilimsel bir çalışma, haber verme ya da bir tespit amacıyla suç örgütünün şiddet içeren yöntemlerinden bahsedilmesi durumlarında ise şüphe yok ki suçun oluştuğundan bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte bu tip çalışmalarda da örgütün şiddet içeren yöntemlerini meşru gösteren, onaylayan ve kişileri şiddete yönlendiren ifadelerin kullanılması durumunda suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

V. AİHM'nin Konuya Yaklaşımı

Hiç kuşku yok ki en temel insan haklarından bir tanesi de düşünme ve düşündüğünü paylaşma ve yayma hürriyetidir. Bu temel insan hakkı, birçok uluslararası metinde açık bir biçimde kayıt altına alınmıştır. Bu temel metinlerden biri de taraf olması bakımından ülkemizin için de önem ihtiva eden *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'dir. İfade Özgürlüğü başlığı altında AİHS m. 10'da bu husus;

“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak hiç şüphe yok ki her temel hakkın olduğu gibi bu hakkın da sınırları söz konusudur ve bu hakkın sınırları da yine AİHS m. 10/2'de:

“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir” şeklinde

ifade edilmiştir. AİHS'nin bu açık hükmü gereğince meri mevzuatımızdaki ne TCK m. 220/8 ne de TMK m. 7/2 v.d. düzenlemelerinin sözleşme ile çeliştiği söylenebilir. Hatta bu düzenlemeler; hem temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanun ile sınırlandırılabilceğini öngören 1982 Anayasasının 13. maddesi ile hem de AİHS m. 10/2 bakımından birer zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu doğrultuda AİHM önüne gelen davaların çok büyük bir bölümünde, suç örgütlerinin propagandasının yapılmasıyla ilgili olarak temel hak ve hürriyetlerin yalnızca kanunla sınırlandırılabilceği hususuna bir aykırılık taşımadığını doğru bir şekilde vurgulamıştır.

Ancak vakta mahkemesi özelliğini taşıması nedeniyle AİHM'nin konuyla ilgili vermiş olduğu çeşitli kararlar ve iç hukuk uygulamalarımız bakımından ortaya çıkan problemler yine de azımsanmayacak ölçüdedir. Özellikle ülkemizin uzun yıllardır muhatap olduğu bölücü, yıkıcı ve ayrılıkçı terör örgütleriyle mücadele etme zorunluluğu ile temel insan haklarından olan ifade özgürlüğüne gereksiz ve aşırı müdahalelerde bulunmama zorunluluğu arasında bir denge kurma mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. AİHM'nin vermiş olduğu kararlar ışığında güncel olarak değerlendirilmesi gereken bu mecburiyet çoğu zaman ülkemizde yapılan kanuni değişikliklerin temel gerekçelerini oluşturmuştur³¹.

Mevzuatta bu kadar sık değişiklik yapılmasının nedeni ise özellikle ciddi anlamda terörizmin hedefinde olan demokratik hukuk devletlerinin içerisinde bulunduğu ikilemdir. Terör örgütleri(terörizm) insanlığa karşı suç işlemektedir. Bu nedenle uluslararası toplumun terörizmle mücadele etme yükümlülüğü vardır. Terörizm, insan haklarına dayalı ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerini tehdit eden en büyük tehlikelerin başında gelmektedir³². Dolayısıyla bir taraftan barış ve insan haklarına dayalı düzeni tehdit eden terör örgütleri ile mücadele ederken diğer taraftan bir başka temel insan hakkı olan ifade özgürlüğünü gereksiz ve aşırı sınırlandırmama zorunluluğu, yıllardır terör örgütleri ile mücadele içerisinde olan ülkemiz açısından daha sıkıntılı bir durum yaratmaktadır. Bu ikilem sadece iç hukuk bakımından değil AİHM'nin konuyla ilgili olarak verdiği kararlar bakımından da ortaya çıkmaktadır.

³¹ Son olarak suç örgütlerinin propagandasını yapma suçlarıyla ilgili düzenlemelerde 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı kanun ile yapılan değişikliklerin temel gerekçesi de bu şekildedir.

³² BM Genel Kurulu 23.12.1994 tarihli toplantısında; her türlü terörist aktivite ve metotların insan hakları üzerine kurulu düzeni yıkmayı amaçladığını açıkça deklare etmiştir. <http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r185.htm> . Erişim Tarihi: 10.07.2016.

AİHM, sözleşmeye üye devletlerin suç örgütlerinin propagandasına ilişkin düzenleme yapması noktasında yetkileri oldukça açıkça ifade etmektedir³³. Bununla birlikte anılan sözlerin bir birey veya bir kamu görevlisi veya nüfusun bir kesimine karşı şiddeti teşvik ettiği durumlarda Devlet otoriteleri, ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir marja sahiptir³⁴. Dolayısıyla AİHM, özellikle suç örgütünün propagandası söz konusu olduğunda diğer suçlara nazaran devletlerin daha geniş bir değerlendirme marjına sahip olacağını ifade etmektedir.

Özellikle ilgili ülkede yaşanan şiddet içerikli ciddi olayların olması durumunda da AİHM, ilgili fiiller bakımından mevcut otoritenin daha hassas olmasının AİHS m. 10/2’de ifade edilen “*meşru amaç*” noktasında taraf devletler bakımından sözleşmeye bir aykırılık oluşturmayacağını ifade etmiştir³⁵.

AİHM, terör örgütü propagandası bağlamında kişilerin işgal etmiş oldukları ciddi makamların bu kişiler bakımından ifade özgürlüğünün daha geniş yorumlanması bağlamında değil daha dar yorumlanabileceği, çünkü bu durumun özellikle ilgili olayın gerçekleştiği yer ve zamanın da dikkate alınarak şiddet sarmalının artırılması noktasında çok daha etkili olabileceği yaklaşımında bulunarak böyle bir durumda otoritenin faile verdiği “*orantılı cezanın*” bir zaruret olduğunu ve sözleşmeyi ihlal etmeyeceğini ifade etmiştir³⁶. Benzer bir şekilde AİHM, akademik çalışmalarda da kesin bir

³³ “...kamu düzeninin garantörleri sıfatıyla hareketle, ceza kanunu niteliğinde olanlar da dahil olmak üzere, doğru tepkiyi verecek ve anılan ifadeler aşılmadan önlemlerin benimsenmesi Devlet otoritelerinin yetkisine açıktır.” SÜREK & Türkiye Kararı, Karar Tarihi: 8 Temmuz 1999, No: 24122/94.

³⁴ SÜREK & Türkiye Kararı.

³⁵ “*Bu durumda Divan, Türkiye’nin Güneydoğu bölgesinde ciddi çatışmaların sürdüğü bir dönemde -bölgede iyi tanınan siyasi bir kişilikten gelen- böyle bir ifadenin ulusal makamların ulusal güvenliğinin ve kamu güvenliğinin sürdürülmesine yönelik olarak önlem almasını haklı kılan bir etkiye sahip olduğunu kabul eder. Bu nedenlerle şikâyet konusu edilen müdahale 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçları sağlamaya yöneliktir*”. ZANA & Türkiye Kararı, Karar Tarihi: 25 Kasım 1997, No: 18954/91.

³⁶ “*Bay Zana’nın mahkumiyetinin ve cezasının “zorlayıcı bir toplumsal gereksinim”e yanıt verip vermediğini ve bunların “izlenen meşru amaçlarla orantılı” olup olmadığını değerlendirmelidir. Bu amaçla Divan, başvuruçunun sözlerinin içeriğini o dönemde Türkiye’nin Güneydoğu bölgesinde hüküm süren durumun ışığında çözümlemenin önemli olduğu görüşündedir. Divan başvuruçunun açıklamasını, kendisinin de esas olarak reddetmediği, 30 Ağustos 1987’de günlük ulusal gazete Cumhuriyet’te yayınlandığı biçimiyle temel alacaktır. Açıklama iki cümleden oluşmaktadır. Birinci cümlede başvuruçunun, “katliamlardan yana” olmadığını söylerken “PKK ulusal kurtuluş hareketi”ni desteklediğini belirtmektedir. İkinci cümlede şunu söylemektedir: “herkes hata yapar, PKK, kadın ve*

hassasiyet ile kanunların çerçevesinin zor olabileceğini ve bir yayının Devletin bölünmez bütünlüğüne karşı bölücü propaganda olup olmadığının ulusal mahkemelerce değerlendirilmesi için belli ölçüde bir esnekliğin gerekli olabileceğini kabul etmektedir³⁷. Bununla birlikte suç örgütünün propagandasına ilişkin ifadelerin bir akademik çalışma içerisinde yer alması durumunda müdahale yetkisinin daha dar yorumlanacağı kabul edilmiştir³⁸.

Birbirleri ile bağdaştırılması her olayda çok mümkün olmayan bu yaklaşımlara rağmen AİHM istikrarlı olarak içtihatlarında, ifade özgürlüğünün sınırlarının olabildiğince geniş olarak yorumlanması gerektiğini de ifade etmektedir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının ancak acil ve zorunlu bir toplumsal ihtiyaç karşısında mümkün olabileceğini ve ifade özgürlüğünün sadece “zararsız” fikirler bakımından değil aynı zamanda “kırıcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar” için de geçerli olduğunu vurgulamaktadır³⁹.

çocukları yanlışlıkla öldürüyor.” Bu sözcükler çeşitli biçimlerde yorumlanabilir ancak, her halde, bunlar çelişkili ve anlamı belirsizdir. Bunlar çelişkilidir çünkü aynı zamanda hem amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terörist örgüt olan PKK’yi desteklemek hem de kendisinin katliamlara karşı olduğunu açıklamak zor görünmektedir. Bunların anlamı belirsizdir çünkü Bay Zana kadın ve çocukların katledilmesini uygun bulmazken aynı zamanda bunu herkesin yapabileceği bir “hata” olarak tanımlamaktadır. Bununla birlikte, bu açıklamaya tek başına bakılmamalıdır. (Bu açıklamanın) başvurusunun da farkında olması gereken, olayın somut koşulları içinde özel bir anlamı vardır. Divanın daha önce belirttiği gibi bu röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye’nin Güneydoğu bölgesinde PKK’nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür. Bu koşullar altında büyük bir ulusal günlük gazetede yayınlanan röportajda, Güneydoğunun en önemli kenti olan Diyarbakır’ın eski belediye başkanının -“ulusal kurtuluş hareketi” olarak tanımladığı- PKK’ya verdiği desteğin, bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağı düşünülebilir. Bu nedenle Divan, başvurucuya verilen cezanın “zorlayıcı bir toplumsal gereksinime” yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğunu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin “uygun ve yeterli” olduğunu düşünmektedir; her halde, başvuru cezasının yalnızca beşte birini hapiste geçirmiştir. Bütün bu etkenleri ve böyle bir davada ulusal makamların sahip olduğu takdir yetkisinin sınırlarını göz önünde tutarak Divan, incelenen müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu düşünmektedir. Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesi ihlâl edilmemiştir, ZANA & Türkiye Kararı.

³⁷ Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı.

³⁸ “Mahkeme doğal olarak, yaklaşık olarak 1985 yılından bu yana bölgenin büyük bir çoğunluğunda olağanüstü hal ilan edilmesini gerektiren, çok ciddi can kayıplarına yol açan, güvenlik kuvvetleri ile PKK elemanları arasında ciddi olayların meydana geldiği bölgedeki güvenlik durumunu ciddileştirecek sözler ve eylemler konusundaki otoritelerin endişesinin bilincindedir Ancak, söz konusu davada yerel otoritelerin, akademik ifade özgürlük hakkı ve kendileri açısından her ne kadar kabul edilemez olursa olsun güneydoğu Türkiye’deki durumun farklı bir bakış açısından bildirilmesine ilişkin kamu haklarını yeterli ölçüde dikkate almadığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, ilgili olmasına rağmen başvuru sahiplerinin suçlu bulunarak cezalandırılmasına gerekçe gösterilen nedenlerin anılanların ifade özgürlüğüne müdahaleyi meşru kalmadığı kanaatinde”, Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı.

³⁹ “İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun

Mahkeme ilgili sınırlamanın acil ve zaruri olduğunu belirleme noktasında taraf devlet makamlarının belirli bir marjı olduğunu kabul etmekle beraber bu marjın AİHM içtihatları ile birlikte düşünülmesi gerektiğini de açıkça ifade etmektedir⁴⁰.

Son olarak AİHM'nin kararlarında; istikrar kazanmasa da bu tip durumlarda özellikle kullanılan ifadelerin içeriğinden daha çok, ilgili ifadenin kullanıldığı yer, zaman ve doğabilecek etkilere bakılmak suretiyle bir değerlendirmenin yapılması gerektiği de ifade edilmektedir⁴¹. Bu yaklaşım ve yukarıda bir kısmına değindiğimiz kararlar çerçevesinde genel bir

ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı uyarınca bu, kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren "bilgiler" veya "fikirler" için değil aynı zamanda kırıncı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, bir "demokratik toplumun" olmazsa olmaz çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir. 10. maddede belirtilen şekilde bu özgürlük, ancak harfiyen uyulması gereken ve ikna edici bir şekilde tespit edilmesi gereken bazı istisnalara tabidir. 10. maddenin 2. fıkrasında belirtilen anlamda "zaruri" sıfatı "acil bir sosyal ihtiyaç" anlamındadır" Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı.

⁴⁰ "Akit Devletler anılan ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir marja sahiptir, ancak bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler de dahil olmak üzere, tabi olduğu yasama ve kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile iç içe olmalıdır. Mahkeme bu sebeple, bir "sınırlamanın" Sözleşme'nin 10. maddesinin güvencesinde olan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisini haizdir". Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı.

⁴¹ *Sürek - Türkiye davasında Hakim Palm'ın kısmi muhalefet şerhinde öngörülen daha kapsamlı yaklaşımı kullanarak aynı sonuca varsak da, mevcut davada Mahkeme'nin 10. maddenin ihlal edildiğine ilişkin kararını paylaşıyoruz. Bizim görüşümüze göre, muhatap Devlete açılan bu tarz davalarda 10. madde hususunun değerlendirilmesi sırasında yayında kullanılan kelimeler üzerinde çok fazla durulmakta ancak bu kelimelerin kullanıldığı genel bağlam ve bunların olası etkilerine yeterli dikkat verilmemektedir. Şüphesiz ki söz konusu dil çok sert hatta şiddetli olabilir. Ancak demokrasilerde, Mahkemenin de vurguladığı üzere, "savaşçı" kelimeler bile 10. madde ile koruma altına alınabilir. Mahkemenin emsal davalarında ortaya çıkan siyasi konuşmalara daha geniş koruma uygulanmasıyla aynı doğrultuda bir diğer yaklaşım ise kullanılan kelimelerin kışkırtıcı yapısına daha az önem verip bu konuşmanın yapıldığı bağlamsal durumun unsurlarına daha fazla önem vermektir. Kullanılan dil şiddeti kışkırtmak ya da tahrik etmeyi mi amaçlamaktadır? Bu duruma yol açabilecek gerçek ve hakiki bir risk var mıdır? Bu sorulara verilecek yanıtın her davanın koşullarında genel bağlamı oluşturan çok sayıda farklı aşamanın ölçülü bir şekilde değerlendirilmesini gerektirmektedir. Başka sorular da sorulmalıdır. Suç teşkil eden metnin yazarı toplum içerisinde kendi kullandığı kelimelerin etkisini artırabilecek ve toplumu etkileyebilecek bir kişi midir? Yayına, söz konusu konuşmanın etkisini artıracak önemli bir gazetede ya da başka bir ortamda ün sağlayacak şekilde yer verilmiş midir? Kelimeler şiddetin tam ortasında mıdır yoksa şiddete yakın mıdır? Şok eden ve hakarete bulunan - 10. maddeyle korunan - dil ile demokratik bir toplumda hoşgörü hakkını azaltan dil arasında ayırım yapabilmek sadece suç teşkil eden kelimelerin ortaya çıktığı bağlamın dikkatli bir incelemesiyle olabilir. Hakim Palm, Tulkens, Fischbach, Casadevall ve Greve'nin müşterek mutabakat şerhi, Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı.*

değerlendirme yapıldığında suç örgütlerinin -özellikle de terör örgütlerinin-propagandasının yapılması noktasında AİHM'nin kullanılan ifadelerin içeriğini değerlendirmekle birlikte ifadeyi kullanan kişinin toplum nezdindeki etkisi, ifadenin kullanıldığı yer ve zaman ile kullanılan ifadenin toplum düzeni bakımından ortaya çıkarabileceği olası etkileri göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yaptığımızı ifade edebiliriz⁴².

VI. Değerlendirme ve Sonuç

Suç işlemek amacıyla örgüt kurma esasında işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından birer hazırlık hareketi olmasına rağmen koruduğu hukuki değer nedeniyle müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Özellikle günümüzde örgütlü suçlulukla mücadele hem hukuki hem de fiili anlamda bir takım zorluklar ihtiva etmektedir. Gelişen teknolojik gelişmeleri işleyeceği suçlar bakımından çok rahatça kullanan ve çoğu zaman hiçbir insani değer taşımayan suç örgütleri ile hukukun çizdiği sınırlar içerisinde kalarak mücadele etmek zorunda olan meşru otoriteler bu mücadelede suç örgütlerinden bir adım geride kalmaktadır. Meşru hukuk düzenini devam ettirme yükümlülüğü altında olan otoriteler; bir taraftan cebir, şiddet ve tehdit gibi yöntemleri kullanarak masum kimselere karşı suç işleyen örgütler ile mücadele etmek diğer taraftan ise bu mücadele esnasında hem üçüncü kişilerin hem de örgüt mensuplarının temel hak ve özgürlüklerine orantısız bir müdahalede bulunmama mecburiyeti altındadır. Bu ikilemin kendisini en çok hissettirdiği hususların bir tanesi de suç örgütlerinin propagandasının yapılması fiillerinin cezalandırılması gelmektedir. Meşru otorite olan devletler, bir taraftan şiddetin ve suç işlenmesinin övülmesi, meşrulaştırılması ve yaygınlaştırılmasına yönelik olarak yapılan propaganda faaliyetlerini engellemekle yükümlü iken diğer taraftan kişilerin ifade özgürlüğü haklarına gereksiz ve aşırı müdahalelerden kaçınmak zorundadır. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, bu iki husus arasındaki ince çizgiyi kestirmek çoğu zaman kolay olmamaktadır. Dolayısıyla suç örgütlerinin propagandasını yapma fiillerinin cezalandırılması noktasında ortaya çıkan sorunlar, ilgili kanuni düzenlemelerden daha ziyade her somut olayın özelliklerine göre verilen kararlardan kaynaklanmaktadır. AİHM de istikrarlı bir şekilde bu hususa vurgu yapmakta ve önüne gelen her bir olayda daha önceden ortaya koyduğu genel esaslar çerçevesinde karar vermektedir.

⁴² AİHM kararlarından konuya ilişkin daha geniş çıkarımlar için bkz. Vahit BIÇAK, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 3, Sa. 1-2, Haziran-Aralık 1999, s. 114 v.d.

Ülkemiz açısından bakıldığında ise benzer diğer gelişmelerde olduğu gibi bu konuya ilişkin olarak da karşımıza çıkan problemlerde yanlış bir yaklaşımı benimsediğimizi ifade etmek gerekir. Suç örgütlerinin propagandasının yapılması özellikle de terör örgütü propagandasının yapılması fiillerine ilişkin olarak uygulamamızın zaman zaman vermiş olduğu hatalı kararlar karşısında, problemin kaynağını kanuni düzenlemelere indirgemek ve derhal mevzuatta değişiklikler yapmak çoğu zaman problemin çözümünden ziyade o an için gözden kaçırılan başka problemlerin de ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Yapılan bu değişiklikler çoğu zaman ilgili kanunların benimsemiş olduğu genel ilke ve esasların bozulmasına, benzer konularda farklı düzenleme terimlerin ortaya çıkmasına ve nihayetinde uygulamada ciddi belirsizlik ve tartışmalara neden olmaktadır.

“Suç örgütü” ve “terör örgütü” kavramları birer maddi ceza hukuku kavramlarıdır. Bu kavramlarla ilgili suçların maddi ve manevi unsurlarının ne olduğu zaten kanunilik ilkesi gereği mevzuatta belirlenmiştir. Bu kavramların siyasette ve kamuoyunda oluşturduğu algıların değiştirilmesi için ceza hukuku mevzuatında değişiklikler yapmak doğru değildir. Örneğin suç işlemek amacıyla kurulmuş örgütün propagandasını yapma suçları bağlamında 11.04.2013 tarihli ve 6459 sayılı kanun ile Türk Ceza Kanunu’nun 220/8’inci maddesinde yapılan düzenleme esasen “terör örgütü” yönünden TMK m. 7/2’de yapılan değişiklik ile bir yeknesaklık sağlamak amacına özgüdür. Ancak m. 220’de ifadesini bulan örgütün temel vasfı “*cebir, şiddet veya tehdit*” uygulamak olmadığından, bu örgütün propagandası yönünden, böyle bir koşulun aranması doğru görünmemektedir. Örneğin, gümrük kaçakçılığı yapmak için kurulan örgüt, hırsızlık yapmak için kurulan örgüt, ihaleye fesat karıştırmak için kurulan örgüt, “*cebir, tehdit*” uygulamadığından, propagandasının yapılması bu fıkra kapsamında değerlendirilemeyecektir⁴³.

Sonuç olarak; özellikle yıllardır bölücü terörizm ile mücadele etmek durumunda kalan ülkemiz açısından terör ve terörizmle mücadele mevzuatının da bir devamı olan suç örgütünün propagandası suçu düzenlemelerinde yapılacak değişikliklerin günlük siyasi beklentilere göre değil, üzerinde çok yönlü durularak, ceza hukuku genel teorisi ve sair mevzuat ile uyum içerisinde yapılması elzemdir. Bununla birlikte ortaya çıkan her problemin çözümünü mevzuat değişikliğinde aramamak, sorunun kaynağını tespit ederek çözümün ne şekilde mümkün olduğunu tespit etmek gerekir. Böylece hem iç hukuk gereksinimlerine cevap verilecek hem de AİHM nezdinde ülkemizin ciddi problemler yaşamaması sağlanacaktır.

⁴³ YENİDÜNYA – İÇER, s. 815.

KAYNAKÇA

Basılı Eserler

BIÇAK, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 3, Sa. 1-2, Haziran-Aralık 1999.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, “Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999.

DÖNMEZER, Sulhi “Organize Suçlulukla Mücadele”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, Ocak 2002, Sa. 1, y.1.

GÖKCEN, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Ankara, 2001,

HAFIZOĞULLARI, Zeki – KURŞUN, Günel “Türk Ceza Hukukunda Örgütlü Suçluluk, Türkiye Barolar Birliği Dergisi”, Sa.71, y. 2007.

HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumuna Karşı Suçlar, Ankara, 2012.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara, 2015.

ÖZGENÇ, İzzet, Suç Örgütleri, 7. Bası, Ankara, 2013.

ÖZGENÇ, İzzet, “Suç Teşekkülü, Düşünceyi Açıklama ve Örgütlenme Hürriyeti“, İÜHFİM, Türkan Rado’ya Armağan, C. LV, Sa. 3, y. 1997.

SÖZÜER, Adem, “Organize Suçluluk Kavramı ve Batı Ülkelerinde Bu Suçlulukla Mücadele ile İlgili Gelişmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 9, Sa. 1-3, 1995, s. 255 v.d.

TBMM, İnsan hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, 24. Yasama Dönemi, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 445.

ÜZÜLMEZ, İlhan - AKKAŞ, Ahmet Hulusi, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilir Şartları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, Sayı: 1-2, Kayseri 2007.

YAŞAR, Osman - GÖKCAN, Hasan Tahsin –ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Ankara, 2014.

YENİDÜNYA, A. Caner – İÇER, Zafer “*Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu*”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, C.19, Sa.2, İstanbul, y. 2013.

YENİSEY, Feridun, “*Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul, C. I, 2010/1.

YURTLU, Fatih, “*Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme ve Bu Amaçla Kurulmuş Örgüte Üye Olma Suçları*”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2013.

İnternet Kaynakları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, Erişim Tarihi: 29.06.2016.

BM Genel Kurulu 23.12.1994 tarihli kararı: <http://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r185.htm> . Erişim Tarihi: 10.07.2016.

Kazancı Elektronik İctihat Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>.

Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdkterim.gov.tr> , siteye erişim tarihi: 29.06.2016

Mahkeme Kararları

8. CD. T. 16.02.2004, 1807-1015.

9. CD. T.11.27.2012, E. 2012/2721, K. 2012/13802.

9. CD. T. 09.01.2013, E. 2012/1628, K. 2013/495

YCGK. T. 16.3.1999, E. 1999/9-33, K. 1998/38.

YCGK. T. 03.03.2009, E. 2008/184, K. 2009/4.

AİHM, Başkaya ve Okçuoğlu & Türkiye Kararı, , Karar Tarihi: 08.07.1999, No: 23536/94-24408/94.

AİHM, SÜREK & Türkiye Kararı, Karar Tarihi: 8 Temmuz 1999, No: 24122/94.

AIHM, ZANA & Türkiye Kararı, Karar Tarihi: 25 Kasım 1997, No: 18954/91.

Kısaltmalar

AIHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

AIHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

IÜHF: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.

MÜHF: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

TCK: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.

TMK: 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu.

v.b: Ve benzeri.

v.d: Ve devamı.

YCGK: Yargıtay Ceza Genel Kurulu

