



HUKUK  
FAKÜLTESİ

HUKUK  FAKÜLTESİ  
DERGİSİ

Cilt: 1 Sayı: 2 Yıl: 2018



HUKUK FAKÜLTESİ  
ADALET MESLEK  
YÜKSEKOKULU



**HUKUK  
FAKÜLTESİ**

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ  
(NEÜHFD)**

**YIL: 2018**

**CİLT:1 SAYI: 2**

**E-ISSN: 2667-4076**

**KONYA 2018**

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**

**Cilt/Volume: 1 Sayı/Number: 2 Yıl/Year: 2018**

**Sahibi / Owner**

**Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına**

Prof. Dr. Cem ZORLU

**Editör / Editor**

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

**Editör Yardımcıları / Assistant Editors**

Arş. Grv. Bekir BOGA

Arş. Grv. Muhammet DURDU

Arş. Grv. Muradiye ÇEVİKÇELİK

**Yazışma Adresi / Correspondence Address**

Kürden Mahallesi Kasım Halife Sokak 15 Temmuz Yerleşkesi 42090 Meram / KONYA

Santral: +90 332 325 1425 - Fax: +90 332 325 27 43

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@konya.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> &  
<http://dergipark.gov.tr/neuhfd>

**Kısaltma**

Dergiye yapılan atıflarda NEÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

**E-ISSN: 2667-4076**

Aralık 2018

# İÇİNDEKİLER

**HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ --ABDURRAHMAN ÜNLÜ-- ..... 4**

(POSTPONEMENT OF IMPRISONMENT)

**THE RECALIBRATION OF INTERNATIONAL TRADE RULES UNDER WTO TO  
FURTHER ECONOMIC GROWTH: CHALLENGES AND PROSPECTS**

**--HÜSEYİN ÇAĞRI ÇORLU-- ..... 29**

(DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ NEZDİNDE ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU  
KURALLARININ YENİDEN DÜZENLENMESİ: ZORLUKLAR VE BEKLENTİLER)

**RUSSIA-THE EUROPEAN UNION RELATION AND THE ENERGY CHARTER TREATY**

**--HÜSEYİN ÇAĞRI ÇORLU-- ..... 45**

(RUSYA- AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİ VE ENERJİ ŞARTI)

**TÜRKİYE VARLIK FONU İÇİN BİR UYGULAMA ÖRNEĞİ: SİNGAPUR TEMASEK  
HOLDİNG --MUHAMMET DURDU-- ..... 74**

(AN APPLICATION EXAMPLE FOR TURKISH WEALTH FUND: SINGAPORE TEMASEK  
HOLDING)

**VİCDANİ RED VE VİCDANİ REDDİN TÜRKİYE AÇISINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ  
--BAYRAM DOĞAN-- ..... 93**

(CONSCIENTIOUS OBJECTION AND APPLICABILITY OF CONSCIENTIOUS OBJECTION  
IN TURKEY)

**CEZA MAHKEMESİ KARARLARINDA MEŞRU SAVUNMA VE ZORUNLULUK  
HÂLİNİN HUKUK MAHKEMESİ KARARLARINA ETKİSİ**

**--ÖZGE CEREN YAVUZ-- ..... 121**

(EFFECTS OF CRIMINAL COURTS' DECISIONS ON SELF-DEFENSE AND NECESSITY ON  
CIVIL COURTS' DECISIONS)

## YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Aytekin ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)  
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Orhan ÇEKER (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Şaban TANIYICI (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)  
Doç. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KIZIR (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## **DERGİ HAKKINDA**

### **AMAÇ**

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukukun bütün alt dallarında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

### **KAPSAM**

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe ve diğer Avrupa dilleridir.

### **DEĞERLENDİRME SÜRECİ**

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

# **KAMU HUKUKU**

## HAPİS CEZASININ ERTELENMESİ<sup>#</sup>

Abdurrahman ÜNLÜ\*

### Özet

Türk Ceza Hukuku'nda düzenleme altına alınmış en ağır müeyyide, özgürlüğü bağlayıcı yönü ile en caydırıcı etkiye sahip olan hapis cezasıdır. Toplumda huzur ve düzeninin sağlanabilmesi için şüphesiz ki sözü edilen bu yaptırıma, günümüz dünyasında da ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak çalışmamızda detaylı olarak bahsedileceği üzere, bazı hallerde olumsuz yansımaları, olumlu etkilerinden daha fazla olabilmektedir. İşte bu gibi durumlarda hapis cezasının sakıncalarını gidermeye yönelik bazı kurumlardan yararlanılması gerekmektedir. Hapis cezasının ertelenmesi kurumu da bunlardan birisidir.

Erteleme denildiği zaman akla sadece cezanın ertelenmesi gelmemelidir. Zira bu kavram cezaların ertelenmesi anlamında kullanıldığı gibi birer ceza muhakemesi kurumları olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kamu davası açıldıktan sonra duruşmanın ertelenmesi ve hükmünün açıklanmasının geri bırakılması (ertelenmesi) durumlarında da kullanılmaktadır. Ancak çalışmamızın konusunu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinde düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi oluşturmaktadır.

Çalışmamızda erteleme kurumunun kavramsal tanımlaması yapılacak, amacı, tarihsel gelişimi, hukuki niteliği, Türk Hukuku'na girişi ve doktrindeki olumlu ve olumsuz görüşlere yer verilecektir.

Ayrıca erteleme suça, suçluya, cezaya ve nevine ilişkin koşullarından bahsedilecek, sonuçları ele alınacak, ortadan kaldırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığı, bulunuyor ise bunun hangi usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirileceği, Yüksek Mahkemelerin kararlarına atıflar yapılarak incelenecek, böylelikle Türk Yargısının erteleme kurumunu uygulayışı da mercek altına alınmış olacaktır.

Nihayet; zaman zaman suç ve ceza gibi temel kavramlarının açıklaması yapılacak, cezaların çeşitlerinden bahsedilecek, bu çeşitlerden birisi olan hapis cezasının doğuracağı sakıncalar da hatırlatılacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Suç, Ceza, Hapis Cezası, Erteleme, Hapis Cezasının Erteleenmesi

<sup>#</sup> **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 09.11.2018

**Kabul Edildiği Tarih:** 25.12.2018

<sup>\*</sup> Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı, csabdurrahman@outlook.com, ORCID ID: 0000-0003-2861-9625.



## POSTPONEMENT OF IMPRISONMENT

### Abstract

The most severe sanction imposed under Turkish Criminal Law is the imprisonment which has the most deterrent effect on its freedom. In order to ensure peace and order in society, this sanction is undoubtedly needed in today's world. However, as mentioned in our study in detail, in some cases, negative reflections may be more than positive effects. In such cases, some institutions should be used to eliminate the drawbacks of the prison sentence. The institution of postponement of imprisonment is one of them.

When postponement is considered, it should not only be considered as the postponement of punishment. This concept is used in terms of postponement of penalties as well as the postponement of the opening of the public case, which is one of the criminal procedure institutions, postponing the trial after the public case is opened and the postponement of the pronouncement of the provision. On the other hand, the subject of our study is the postponement of the prison sentence as set out in Article 51 of Turkish Criminal Code No. 5237.

In our study, the conceptual definition of the postponement institution will be made, and the purpose, historical development, legal character, introduction to Turkish Law and positive and negative opinions in the doctrine will be included.

In addition, the circumstances of the postponement will be discussed in terms of the crime, the criminal, the penalties and the grounds, the results of which will be covered, the possibility of abolition, if any, what methods and principles will be carried out by referring to the decisions of the Supreme Courts, so that the implementation of the postponement institution of the Turkish Judiciary will be under the spotlight.

Finally; from time to time the basic concepts such as crime and punishment will be explained, the types of penalties will be mentioned, one of these varieties will be reminded of the drawbacks of imprisonment.

**Keywords:** Crime, Punishment, Imprisonment, Postponement, Postponement of Imprisonment

### 1. ERTELEME

Erteleme müessesesi, 647 sayılı CİK ve 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı TCK'da da nitelik değiştirmek suretiyle yer alan ceza infaz rejim türlerinden biridir. Bu kuruma ilişkin düzenlemeleri anlamlandırabilmek için suç ve ceza kavramlarının muhakkak bilinmesi gerekmektedir.

Suç olgusu, hukuk öğretisinde ve diğer bilim dallarında değişik biçimlerde tanımlanmıştır. Örneğin; kriminolojiye göre suç, toplumsal normlardan bir tür sapıştır. Psikolojiye göre bir hareket bozukluğu olan suç, hukuksal bakımdan ceza normuyla korunan bir hukuksal değer ihlalidir.

Hukuk sistemi, suç niteliğindeki fiilleri, ceza korkutmasıyla yasaklayarak hukukun kaide ve değerlerinin ihlal edilmesini engellemeye çalışmaktadır<sup>1</sup>.

Ceza; suç işleyen kişilere, kusurları oranında sınırlamalar getiren ve ancak kanunla belirlenip yargı kararları ile uygulanabilen suçun davet ettiği kamusal tepkidir<sup>2</sup>.

Türk Hukuk Sistemimizdeki en sert yaptırım türü olarak düzenlenen ceza; *hapis cezası* ve *adli para cezası* olarak ikiye (5237 sayılı TCK md. 45) ayrılmakta iken, hapis cezaları da kendi arasında *ağırlaştırılmış müebbet*, *müebbet* ve *sürelî hapis cezaları* şeklinde üçe (5237 sayılı TCK md. 46/1) ayrılmakta, sürelî hapis cezaları ise kendi arasında *kısa sürelî hapis cezası* ve *uzun sürelî hapis cezası* olarak ikiye ayrılmaktadır (5237 sayılı TCK md. 49/2). Bu anlamda bir ay ile yirmi yıl arasında verilen hapis cezasına sürelî hapis cezası, bir ay ile bir yıl ve arasında hükmedilen hapis cezasına ise kısa sürelî hapis cezası denilmektedir. Farz-ı muhal, yaptırım olarak belirlenen on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezası, bir sürelî hapis cezasını oluşturmaktadır.

Suçlu, bir şekilde suç işlemiş ancak muhakkak kurtarılması gereken insandır<sup>3</sup>. Bu itibarla, ilk defa suça bulaşanlar veya tesadüfen suç işleyenler hakkında daha merhametli davranma düşüncesi, erteleme kurumunun temel felsefesini oluşturmaktadır. Bir başka deyişle bu kurumun dayanağı, önleme ve adalet temellidir<sup>4</sup>.

Elbette kişinin, işlediği suç dolayısıyla cezalandırılması kuraldır. Ancak bazı durumlarda, kanunda belirlenen şartların vücut bulması halinde mahkûm edilen cezanın infazından vazgeçilebilmesi, ceza siyasetinin gerekliliklerinden birisi olarak görülmektedir. Böylesi hallerde mahkûmun, belirlenen denetim süresi zarfında iyi hâl göstermesi, yani kendisine yüklenmiş olan sorumlulukların (vazifelerin) gereğini/gereklerini yerine getirmesi ve elbette yeni bir suç işlememesi durumunda, mahkûm edildiği hapis cezası, ceza infaz kurumu dışında çektirilmektedir. Zira failin yaşam sürdüğü çevresi, kişisel özellikleri, psikolojik ve ahlaki yönelimleri ile onu suç işlemeye iten saikler nedeniyle, suç işlemeyi itiyat (alışkanlık) haline getirmemiş olması, bir diğer ifade ile “*tesadüfî suçlu*” özelliği taşıması mümkündür.

Yukarıda zikredilen tesadüfî suçluların işledikleri suç nedeniyle cezalandırılmaları yahut mahkûm edildikleri cezanın infaz edilmesi, toplum huzuru ve barışı açısından zaruret arz etmeyebilir. Zira bahsi geçen bu kişilerin toplum düzenine uygun davranışlar sergilemeleri, cezaevi ortamına gönderilmeden de sağlanabilir. Ancak bu kişilerin belirli bir süre gözlemlenmesi, kanuni tabiri ile denetime tabi tutulması gerekmektedir. Çünkü bu kişilerin tamamen serbest ve kendi hallerine bırakılmaları, suçun tekrarlanmasına sebep olabilir. Bundan dolayı, suç işleyen kişinin yeniden topluma kazandırılması amacını güden söz konusu denetim, amacın gerçekleşmesini sağlayabilecek nitelikte olmalıdır<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> **ERCAN İsmail**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, XII Levha Yayınları, Ocak 2013, s:67.

<sup>2</sup> **ERCAN**, s:229.

<sup>3</sup> **EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s:40.

<sup>4</sup> **BAŞTÜRK İhsan**, Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2014, s:91.

<sup>5</sup> **ÖZGENÇ İzzet**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2015, B:2, s:652.

Erteleme müessesesinde esas olan, hangi sebeple olursa olsun suç işleyen fail hakkındaki cezanın infazından, yine failin hatasını telafi etmesi sonucunda vazgeçilmesidir. Bu telafi belirlenecek süre içinde göstereceği iyi hâldir. Böylece cezaevine gönderilmesine sebebiyet verecek eylemde bulunan faile, yine kendi eylemleri sonucunda cezaevine girmeden kurtuluş hakkı tanınmıştır.

Daha önceden hiç yahut önemli bir suç işlememiş kişilere karşı hukuk düzeni daha merhametli davranmaktadır. Bu davranışın altında yatan sebep ise suç işleyen kimsenin hürriyetini bağlamadan yeniden denenmek istenmesidir. Böylelikle mahkûm edilen ceza infaz edilmeden suçlunun ıslah edilmesi sağlanmış olacaktır. Bu düşünce erteleme müessesinin hukuksal niteliğini ve mahiyetini oluşturur. Erteleme sonucunda belirlenen deneme süresini iyi hâl ile geçiren suçlunun, bir sebeple işlediği suçtan pişman olduğu, nefisini terbiye ettiği ve yeniden suç işlememe noktasında kararlı olduğu kabul edilmektedir. Bir başka deyişle cezanın amaçlarından birisi olan özel önlemenin, infaz gerçekleşmeden de sağlandığı kabul edilmektedir. Zira denetim süresini iyi halli geçiren fail için düzenli bir hayat sürmeye alışmış olduğu, karinedir<sup>6</sup>.

### 1.1. Kavram

Erteleme, çeşitli şekillerde olabilmektedir. Yukarıda zikredildiği gibi işlenen suçun niteliğine göre belirlenecek olan denetim süresi içinde yükümlülükler uygun davranılması ve bununla birlikte başkaca bir suç işlenmemesi halinde, suçlu hakkında; kamu davasının açılmasından, eğer dava açılmışsa duruşmanın yapılmasından, hükümlülük kararı verilmesinden ya da karar verilmişse de cezanın yerine getirilmesinden vazgeçilebilmektedir<sup>7</sup>.

Hapis cezasının ertelenmesi kurumu, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 07.06.1976 gün ve 7/3 sayılı kararı ile Ceza Genel Kurulu'nun uyum gösteren kararlarında "*cezanın, sanığın kişiliğine uydurulmasını sağlayan yargısal bir kişiselleştirme kurumu*" olarak tanımlanmaktadır.

Hapis cezasının ertelenmesi, işlediği suçtan dolayı hüküm giyen mahkûma ait cezanın infazının mahkemece belirlenecek bir süre ile geri bırakılması ve mahkûmun o süre içinde yeniden bir suç işlememesi neticesinde önceki suçun ya işlenmemiş sayılması ya hükümlülüğün gerçekleşmemiş sayılması ya da cezanın çekilmiş sayılmasıdır<sup>8</sup>.

Bir başka deyişle cezanın ertelenmesi, ilk defa hüküm giymiş veya geçmişte adli para cezasından başka bir ceza almamış bir suçlunun bazı şartları barındıran mahkûmiyetinin, mahkûmiyet sebebi olan suçun ve o suça bağlı eylemin niteliğine göre belirlenecek (değişken) bir süre içinde yeniden suç işlememesi durumunda meydana gelmemiş sayılması ve bu şekilde mahkûmiyetin infazının şartlı olarak ertelenmiş<sup>9</sup> olmasıdır.

<sup>6</sup> HATİPOĞLU Muzaffer, PARLAR Ali, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, c:I, s:858.

<sup>7</sup> ÇINAR Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2005, s:56.

<sup>8</sup> DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 1997, c:III, B:12, s:9.

<sup>9</sup> SOYASLAN Doğan, Cezaların Tecili, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınları, İstanbul, 1989, s:484.

Yukarıda zikredildiği gibi erteleme denildiği zaman akla sadece cezanın ertelenmesi gelmemelidir. Zira bu kavram cezaların ertelenmesi anlamında kullanıldığı gibi birer ceza muhakemesi kurumları olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi, kamu davası açıldıktan sonra duruşmanın ertelenmesi ve hükmünün açıklanmasının geri bırakılması (ertelenmesi) durumlarında da kullanılmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231), işlenen suça ait ceza yargılaması neticelendiğinde sanığın suçunun sabit görülmesi durumunda hükmedilecek cezanın açıklanmasının, kanunda belirlenen şartların gerçekleşmesine bağlı olarak ertelenmesi anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, yargılaması tamamlanan sanığın suçluluğu hususunda mahkemede kanaat oluşmakta ve fakat mahkeme, suçluya hiç yargılanmamış sayılması için bir fırsat tanımakta, belirleyeceği şartları yerine getirmesi halinde ona bir şans daha vermektedir<sup>10</sup>.

Ertelenmenin, kamu davasının ertelenmesi şeklinde görünen hali ise maslahata uygunluk esasından kaynaklanmaktadır. Buna göre Cumhuriyet Savcısı genel ve özel önleme amaçları doğrultusunda kamu yararı mülahazaları ile ve belli tip suçlar açısından (*ki genellikle bu tip suçlar fiil ile kamu arasında kısıtlı bir ilginin bulunduğu hafif nitelikteki suçlardır*) belli bir deneme süresi zarfında bir takım şartların yerine getirilmesi kaydı ile kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermektedir. Öncelikli olarak verilen bu karardan sonra da neticenin pozitif olması durumunda kamu davasının hiç açılmamasına karar vermektedir<sup>11</sup>.

Duruşmanın ertelenmesi, kamu davası açıldıktan sonra sanığın belli özellikleri taşıması ve belli şartları sağlaması neticesinde mahkeme tarafından duruşmanın belli bir süre ertelenmesini ifade etmektedir. Bu süre boyunca sanığa adeta şans tanınmakta, denetim süresi öngörülmekte ve süreyi iyi halli tamamlaması neticesinde kamu davası sona erdirilmektedir. Mukayeseli hukukta ilk defa çocuklar için uygulama alanı bulan bu kuruma, ilerleyen zamanlarda yetişkinler bakımından da yer verilmiştir. Ancak uygulanması hâkimin takdirine bağlı bulunan duruşmanın ertelenmesi kurumu, Türk hukuk sisteminde yer almamaktadır<sup>12</sup>.

## 1.2. Hukuki Niteliği

Ertelme, ceza kanununda düzenlenmekle birlikte, bir maddi ceza hukuku kurumu olmayıp bir ceza infaz kurumu niteliğindedir<sup>13</sup>. Cezanın ertelenip ertelenmeyeceğine, sanığın yargılama sürecinde pişman olup olmadığı hususu da değerlendirilmek suretiyle mahkeme tarafından hükümle birlikte karar verileceği için ertelme kurumu, ceza kanunlarında düzenlenmiştir.

Her ne kadar ertelme bir infaz yöntemi olarak nitelense de Türk Hukukunda ertelme, bir tür koşullu af niteliğinde görülmektedir. Bunun sebebi, uygulamada cezaların ertelenmesiyle birlikte hükümlü açısından herhangi bir denetim yardımına mahkemece hükmedilmemesi veya

<sup>10</sup> **KIRMIZIDAĞ Yüksel**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009, s:1.

<sup>11</sup> **ÜNAL Ramazan**, Ceza Hukukunda Yaptırımın Uygulanması ve İnfazı Öncesi İmkânlar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s:94-95.

<sup>12</sup> **EPÖZDEMİR Rezan**, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınları, Ankara, Nisan 2016, s:69.

<sup>13</sup> 5237 sayılı TCK'nın 51. maddenin gerekçesi

deneme süresi içinde suçlunun yerine getirmesi gereken herhangi bir yükümlülük öngörülmemesi olabilir<sup>14</sup> ki bunun önüne geçilmesi kanun maddesinin tatbiki esnasında uygulayıcıların elindedir. Kurum, başkaca hiçbir unsur gözetilmeksizin sadece usulî şartlar değerlendirilerek bir şablon halinde tüm suçlulara uygulanmaz, bunun yerine her suç ve her suçlunun özel şartlarına göre uyarlanır da uygulanırsa, söz konusu problem ortadan kalkmış olacaktır.

### 1.3. Amacı

Aydınlık çağda hürriyeti tahdit eden cezalar, bedenî cezaların yerini almıştır. Ancak suçluların eğitilmesi ve sonucunda yeniden topluma kazandırılması beklentisi gerçekleştirilememiştir. Ceza evine giren hükümlü, ıslahının aksine daha profesyonel suçlularla tanışmış, başka suçların varlığından haberdar olmuş, hatta nasıl işleneceğini öğrenmiştir. Bununla birlikte cezaevinin yetersiz fiziki ortamları sebebiyle tüberküloz gibi hastalıklar çoğalmıştır. Hücre hapsindeki hükümlü, intiharı hücre cezasına tercih etmiş, en iyi şekliyle akıl hastası olmuştur. Homoseksüellik baş göstermiş, cezaevi idaresinin işletilmesi içinden çıkılmaz bir hal almıştır. Tüm bu başarısızlıklar doktrinde yeni fikirlerin ileri sürülmesine, yaptırım rejiminin değiştirilmesine, hiç olmazsa başlangıçta ilk kez suç işleyen suçluların cezalarının tecil edilerek cezaevlerine girmelerine ve böylece muhtemel suçlular yaratılmasına engel olmuş ve elde edilen neticelerin olumlu olması üzerine giderek kapsamı genişletilmiştir<sup>15</sup>.

Hapis cezalarının özel önleme fonksiyonuna yönelik beklentileri karşılayamaması üzerine Ceza Hukukunda bu cezaların yerine mahkûmların uslandırılmasına, eğitime ve topluma yeniden kazandırılmasına yönelik yaptırım ve infaz yöntemleri benimsenmeye başlamıştır. Özellikle cezaların infazıyla güdülen amacın, bir cezaya mahkûm olmakla hatta bazen ceza muhakemesi sürecinin başlamasıyla sağlandığının tespit edildiği hallerde, cezanın infazında hiçbir yarar bulunmamaktadır. Bu gibi hallerde, ceza siyaseti düşünceleriyle, belli şartlarla, devletin cezalandırma yetki ve görevi, yargılama ve infaz aşamalarında durdurulabilmektedir. Bunun amacı ise cezanın bireyselleştirilmesi yoluyla cezaların infazıyla sağlanamayan özel önleme amacının gerçekleştirilmesine çalışılmaktadır. Bu bireyselleştirme hedefindeki en önemli kurumlardan olan erteleme, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların infazıyla ortaya çıkabilecek olumsuzlukları önleyebilmesi, ilk defa suç işleyenleri hürriyeti bağlayıcı cezanın moral bozucu etkisinden kurtarması ve suçluyu iyi halli olmaya teşvik etmesi gibi birçok kazanımının olduğu bir gerçektir<sup>16</sup>.

Gerçekten mahkûmiyetin infazının ertelenmesi kurumu, cezanın bireyselleştirilmesi uygulamalarında hukukçularının çoğunlukla vazgeçemediği bir kurumdur. Mahkemenin takdir yetkisi temelinde, mahkûmiyetin ertelenmesi ile ulaşılmak istenen gaye, ilk defa suç işlemiş olan kimselerin cezaevi ortamından bağışık tutulmasıdır. Bu sayede hem ceza müeyyidesinin korkutucu etkisinin aşınması önlenmiş hem de ihlal edilen suça bağlanmış cezanın, o suçu işleyen her suçlunun kişiliğine uydurulması sağlanmış olacaktır<sup>17</sup>.

Ancak bahsi geçen bu kurumun beklenildiği gibi olumlu sonuçlar vermesi, denetim süresi ve bu süre içinde alınacak tedbirlerle birebir ve doğrudan ilgilidir. Bu dönemde hükümlü tamamen kendi haline bırakılmamalı, belirli bir süre toplum içerisinde ve sıkı bir denetim altında tutulmalıdır. Denetim, kişinin

<sup>14</sup> **ERDEM Mustafa Ruhan**, “Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış”, Anayasa Yargısı Dergisi, Y: 2001, C: 18, s: 20.

<sup>15</sup> **SOYASLAN Doğan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 6. Baskı, s:594.

<sup>16</sup> **KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2015, 8. Baskı, s:552-553.

<sup>17</sup> **HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Rekmay Tanıtım, Ankara, Ekim 2015, B: 8, s:459

ertelemeye layık olup olmadığını anlamak ve tekrar suç işlemesini engellemek açısından önem taşır<sup>18</sup>. Zira ertelemeye layık olan suçlular ile olmayanların ayırt edilmemesi, mağdurların adalete olan inancının zedelenmesine ve ıslahı mümkün olmayan suçluların cezalandırılmasının önüne geçilmesine neden olacaktır.

Ertelemenin en önemli amacı olan iyileştirme, suçlunun her şeyden önce insan oluşuna yapılan özel bir vurgudur. Zira kişiyi suça iten nedenlerden başlayarak topluma kazandırılmasına kadarki sürecin hassasiyetle takip edilip hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine tedavi merkezli bir yöntemin benimsenmesi açıkça göstermektedir ki bu kurumun ihdası tam bir rehabilitasyon süreci şeklinde kurgulanmıştır<sup>19</sup>.

Özetleyecek olursak erteleme kurumunun amacını üç ana esasta toplayabiliriz. Bunların *ilki* cezaları bireyselleştirmek, *ikincisi* kısa süreli hapis cezalarının sakıncalarını bertaraf etmek ve nihayet *üçüncüsü* bunun bir ceza siyaseti bir suç politikası olarak benimsenmesidir<sup>20</sup>.

#### 1.4. Tarihsel Gelişimi

Aydınlanma çağı ile birlikte bedeni cezaların yerini alan hürriyeti bağlayıcı cezalar, suçluların ıslah edilmesi ve tekrar topluma kazandırılması noktasında arzu edilen neticeleri gerçekleştirememiş, beklentileri karşılayamamıştır. Bu başarısızlık, doktrinde yeni fikirlerin ileri sürülmesine, yaptırım rejiminin değiştirilmesine, ilk kez suç işleyen suçluların cezalarının ertelenmesi suretiyle cezaevlerinin olumsuz etkilerinden uzak tutulmalarına dair düşüncelere zemin hazırlamıştır. Özellikle cezaların bireyselleştirilmesi akımı, cezaların ertelenmesinin değişik ve fazla sayıda faydasının olduğunu ortaya koymuştur. Bu sayede önceleri dar bir alanda tatbiki kabul edilen kurumun uygulama alanı genişletilmiş ve ertelemeyi düşüren nedenler sınırlanmıştır<sup>21</sup>.

Batı Avrupa hukuklarında 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren görülmeye başlayan erteleme, hukukumuza 1926 yılında İtalyan Ceza Kanunu'nun iktibasıyla girmiştir<sup>22</sup>. Gerçekten de erteleme kurumu, önce Belçika (1888 *Lejeune Kanunu*) ve Fransa'da (1891 *Berenger Kanunu*), sonra da Hollanda, İngiltere, Almanya, İtalya, İspanya ve Kuzey ülkeleri gibi birçok ülkede düzenlenmiştir. Ancak Kara Avrupasında hükmün kurulmasından sonra cezanın infazının ertelenmesi kabul edildiği halde, İngiliz-Amerikan hukuk sisteminde suçlu hakkında mahkûmiyet kararı verilmeden de hükmün verilmesinin ertelenmesi kabul edilmiştir<sup>23</sup>.

Bunun dışında, erteleme kurumunun ortaya çıkışı ve gelişmesi ikili bir eğilim göstermiştir. Anglo-Sakson hukuk sisteminde, deneme evresinde suçluyu *probation* denilen gözetim ve denetim altında tutarak bir takım yükümlülükler yüklemek söz konusudur. Elbette ki yeniden suç işlenmesi halinde yükümlülükler değiştirilebilir. Kıta Avrupasında ise *sursis* olarak adlandırılan bir sistem vardı. Bu sistemde ilk başlarda yükümlülük yoktu ve suçlunun yeniden suç işlenmesi durumunda cezası infaz edilmekteydi. Ancak süreç içinde Kıta Avrupasında da denetimli sisteme geçilmiştir<sup>24</sup>.

Bu hususta Anglo-Sakson hukukunun Kıta Avrupası hukukundan ikinci farkı ise suçlunun denetim süresi içinde yeniden suç işlemesi yahut belirlenen yükümlülüklere uymaması durumundaki ortaya

<sup>18</sup> ARTUK M.Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, 9. Baskı, s:797.

<sup>19</sup> İŞIKTAÇ Yasemin, "Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S: 1, Y: 2013, C: 71, s:630.

<sup>20</sup> TAN Mehmet, TCK Genel Hükümler, Kırmızı Kitap, Seçkin Yayınları, C: 2, s:1930.

<sup>21</sup> BALIK Mehmet, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınları, Ankara, Mart 2015, s:13-14.

<sup>22</sup> SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s:593.

<sup>23</sup> DEMİRBAŞ Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2015, B:4, s:531.

<sup>24</sup> KUMBASAR Enver, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınları, Ankara, Ocak 2012, s:67.

çıkılmaktadır. Sursis modelinde ertelenmiş olan cezanın tekrar infaz edilmesi gündeme geldiği halde, probasyon modelinde hâkime yeni yaptırımlar belirleme noktasında çok geniş bir hareket alanı tanınmıştır<sup>25</sup>.

### 1.5. Türk Ceza Hukuku'nda Kabul Edilişi

Erteleme müessesesine, Osmanlı kanunlarında rastlanmamaktadır. Ülkemizde ise ilk defa 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununda yer almıştır. Ancak bu hükümlerin nereden geldiği tespit edilememektedir. Bunun nedenlerinden olarak 1889 İtalyan Ceza Kanunundaki cezaların ertelenmelerine ilişkin hükümlerin bulunmaması zikredilebileceği gibi mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki ilgili kaidelerin kaynağının tespit edilememesi (TCK'nın genel gerekçesi bulunmadığından) de zikredilebilir. Doktrinde, kanunların telif edilmesi yoluyla bu müessesenin oluşturulduğu belirtilmiştir<sup>26</sup>.

Erteleme ile ilgili hükümler 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 89 ilâ 95. maddeleri, 647 sayılı CİHK'ya 3.5.1973 tarih ve 1712 sayılı Kanunla eklenen değişik 6., geçici 1 ve geçici 9. maddeleri, Askeri Ceza Kanunu'nun 47. ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun'un 38. maddelerinde yer almıştır. Ancak mülga (765) TCK'nın 89 ilâ 95. maddeleri, 647 sayılı CİHK'nın 6. ve geçici 4. maddeleri uyarınca uygulama imkanı kalmamıştır<sup>27</sup>.

### 1.6. Erteleme Hakkında Öğretideki Görüşler

Her ne kadar son yıllarda, hapis cezalarının infazında, cezaevi dışındaki infaz yöntemleri ve seçenek yaptırımlar ceza adalet politikası tartışmalarının odağında bulunsa da toplumsal hayatın önemli hukuksal kaidelerini ihlal eden suçlar, tekerrür ve tehlikeli şiddet suçluluğu açısından hapis cezası gerekliliğini sürdürecektir. Hapis cezasından hiçbir zaman vazgeçilememesinde, hapsedmenin iyileştirici veya olanaksızlaştırıcı etkisinden ziyade; kamuoyunda oldukça etkili bir yaptırım olarak görülmesi, bu nedenle de topluma güven aşılması ve toplumun adalet (burada çoğunlukla intikam anlamında) duygusunu tatmin etmesi başat faktörler olarak gösterilebilir. Yaptırımın türü, cezanın amacıyla ilişkilidir ve kusurun ağırlığıyla orantılıdır. Fakat hafif haksızlıkların cezalandırılmasında, kısa süreli hapis cezasından vazgeçilerek; failin, mağdurun ve işlenen suçun durumuna uygun olan seçenek yaptırımın müstakil olarak uygulanması üzerine düşünülmelidir<sup>28</sup>.

Her konuda olduğu gibi cezaların ertelenmesi müessesesinde de uygulayıcıların metotları ve ortaya çıkan sonuçlar neticesinde olumlu ve olumsuz değerlendirmeler yapılmıştır. Bu değerlendirmelere geçmeden evvel belirtilmelidir ki somut olayın özelliklerine göre hassasiyet ve titizlikle uygulanan mezkûr kurum beraberinde olumlu neticeleri getirecek iken, her sanığa aynı uygulamanın yapılması ve özellikle zarar tazmini ile denetim süre ve tedbirlerinin tatbik edilmemesi durumunda olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalınacaktır.

<sup>25</sup> ERDOĞAN Oktay, Eski ve Yeni Mevzuata Göre İnfaz Hukuku, Acar Basım, İstanbul, 2008, s:656.

<sup>26</sup> ÇOLAK Haluk, ALTUN Uğurcan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezaların Ertelenmesi", Adalet Dergisi, Eylül 2006, S:26, s:4.

<sup>27</sup> ÇOLAK-ALTUN, s:4.

<sup>28</sup> ABANOZ Buket, "Suçun Önlenmesinde Hapis Cezası ile Seçenek Yaptırımların Etkinliğinin Karşılaştırılması: Meta-Analiz Çalışmalarının Sistematik Olarak İncelenmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2017, 5(2), 1-28, s: 22. (<http://dergipark.gov.tr/iuchkd>)

### 1.6.1. Lehteki Görüşler

Her şeyden önce cezanın ertelenmesi, bir ceza politikası aracıdır. Nitekim bu araçlardan birisi de cezaların bireyselleştirilmesidir. Bu sayede yukarıda zikredildiği şekilde, hukuku iyi uygulayanların elinde bu araç suçları önemli ölçüde önleyecektir. Zira *cezaların bireyselleştirilmesi*, cezanın sadece suça değil, suçluya ve onun kişiliğine uydurulması demektir. Bu düşünce, failin kişiliği, ruh hali, suçun sebebi, hangi koşullarda ve hangi vasıtalarla işlendiği gibi hususların dikkate alınarak cezanın tayin edilmesi suretiyle, suçlunun ıslahının sağlanacağı ve yeniden topluma kazandırılacağı savunmasına dayanmaktadır.<sup>29</sup>

Öte yandan cezaların ertelenmesi kurumu, bir taraftan cezaların kişiselleştirilmesini sağlarken diğer taraftan da mükerrirliğin önüne geçer. Zira bu müessesenin tatbik edildiği ülkelerde tekerrür oranının kayda değer ölçüde düştüğü gözlemlenmiştir<sup>30</sup>.

Ayrıca çalışmamızın başında amaçları ayrıntılı olarak izah edilen erteleme müessesesi, hürriyeti bağlayıcı cezaların muhtemel sakıncalarını ortadan kaldırmaktadır. Çünkü hapis cezasına çarptırılan bir kimse ailesi ve çevresinden, işinden, sosyal yaşantısından uzak kalmakta, dolayısıyla geleceğe dair ümitsizliğe düşmektedir. Buna ilaveten kirlenmişlik hissinin beraberinde getirdiği umursamazlık ve daha fazla suç işleme arzusu artmaktadır. Oysa cezası ertelenen birey, yaptığından pişmanlık duyacak sosyal yaşamından kopmadan yaşamını devam ettirecek ve suç işlemek için gayret sarf edecektir.

Bir başka husus olarak ertelemenin, cezası ertelenen suçlular bakımından ıslah edici, kötü halden sakındırıp iyi hale yönlendirici bir işlevi vardır. Nitekim denetim süresi içinde uygulanan rehabilitasyon çalışmaları sonucunu göstermiş ve farkındalık seviyesi artmış bilinçli bireyler meydana getirmiştir.

### 1.6.2. Aleyhteki Görüşler

Cezaların ertelenmesi, halk arasında işlenen suçların cezasız kaldığı izlenimini uyandırdığından dolayı, cezalandırmanın gayelerinden olan “*genel önleme*” özelliğini yitirmesine sebep olur. Bu nedenle erteleme kurumunun ölçsüz, gelişi güzel ve aşırı kullanımı, toplumdaki suçluluk oranının yükselmesine sebep olabilir. Zira halkın, suçluyu serbest bırakan adalet sisteminin aciz olduğuna olan inancı kuvvetlenecektir. Hatta hakkında hapis cezasına hükmedileceğinden çekinerek suç işlemekten kaçınan kişilerin cezalarının gereksiz ve yersiz ertelenmesi durumunda “*özel önleme*” işlevinin dahi etkisinin azaldığından bahsedilebilir. Çünkü ertelemenin lehine uygulandığı mahkûm tarafından adli makam ve kuralların ciddiyeti hissedilmeyecek, bu durum da pişmanlık yerine pişkinliğe ve yeni suçlar işlenmesi noktasında cürete sebebiyet verebilecektir<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> VELDET Hıfzı, “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S:1, C:6, Y:1940, s:28-29.

<sup>30</sup> TÖNGÜR Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınları, Ankara, Nisan 2009, s:51.

<sup>31</sup> TÖNGÜR Ali Rıza, a.g.e., s: 52-53.



## 2. ERTELEMENİN ŞARTLARI

Hapis cezasının ertelenmesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *Genel Hükümler* içerikli birinci kitabının üçüncü kısmını oluşturan *Yaptırımlar* başlığı altındaki *Cezalar* isimli birinci bölümünde yer alan 51. maddesinde düzenleme altına alınmıştır.

Madde metninde erteleme kurumunun hukukî niteliği ve uygulama şartlarına ilişkin kaidelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde, denetim süresi içinde hükümlü açısından söz konusu olan yükümlülükler bakımından da bazı yenilikler getirilmiştir. Bu yeniliklere örnek olarak zararın tazmin koşulu gösterilebilir. İşlenen suç neticesinde mağdurun uğradığı zararının tazmin edilmesine bağlanabilecek erteleme, kamunun uğradığı zararın/zararların da tamamen tazmini şartına bağlanabilir hâle getirilmiştir.

Yine tasarıdaki metinde bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerin amacı, cezanın ertelenmesi durumunda denetim süresindeki tedbirlerin daha efektif bir şekilde uygulanabilmesini sağlamaktır. Meslek sahibi olmayan hükümlünün, meslek sahibi olması amacıyla bu doğrultudaki bir eğitim programına tabi tutulmasına, bu eğitim programına tabi tutulan onsekiz yaşından küçük hükümlülerin barınma ihtiyaçlarının da karşılanmasına, bir mesleği olan yahut sanatla uğraşan mahkûmun ise kamu kurumunda gözetim altında ve ücreti mukabilinde çalıştırılmasına karar verilebilmesi bu kapsamda verilebilecek örneklerden bazılarıdır.

Belirlenen denetim süresi boyunca mahkûm ile ilgilenmek üzere uzman birisinin görevlendirilmesi, getirilen yeniliklerden bir diğeridir. Mahkûma rehberlik yapacak bu kişi, varsa edindiği kötü alışkanlıklarından kurtulması ve sorumluluk duygusuyla kaliteli bir yaşam sürmesi noktasında ona nasihatler vermelidir. Sorumlu kılındığı hükümlünün değişimine vesile olacak yönlendirmeler yapabilmesi için muhakkak ki en başta muhatabını iyi tanımalıdır. Bu noktada kurum yetkilileri yahut birlikte çalışıp temas ettiği kişilerle istişareler yapmalıdır. Yaptığı çalışmalar devamında mahkûmun sosyal durumu, sürece uyumu ve farkındalığı hususlarındaki gelişmeler ile ilgili olarak üçer aylık periyotlarda rapor tanzim ederek mahkeme sunar.

Ayrıca erteleme gerekçeleri de değişmiştir. 647 sayılı kanunun 6. maddesi ve 2253 sayılı kanunun 38. maddesi "*failin geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimine göre*" cezanın ertelenebileceği belirtilirken 5237 sayılı kanunda erteleme gerekçesi "*failin suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık*"tır. İlkinde failin geçmişi irdelenirken, ikincisinde geleceği değerlendirilmektedir<sup>32</sup>.

"Adli sicil kaydına göre, daha önce kasıtlı bir suçtan üç aydan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezası olmayan sanık hakkında, hükümlenen cezanın ertelenmesine yer olmadığına karar verilirken, 5237 sayılı TCK'nın 51/1-b maddesinde belirtilen 'suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaat oluşup oluşmaması' hususlarının değerlendirilmesi gerekirken 'sanığın geçmişteki hali ve suç işleme eğilimi' biçimindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle ertelemeye yer olmadığına hükümlenmesi..."<sup>33</sup>

765 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında denetim süresi içinde kişi yeniden suç işlemezse, eski suça ilişkin ertelenen mahkûmiyet esasen vaki olmamış sayılırken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uygulamasında fail deneme süresi içerisinde tekrar suç işlemezse, cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Bununla beraber önceki sistemde ceza hiç verilmemiş sayıldığından dolayı ertelenen ceza tekerrüre esas sayılmazken yeni sistemde infaz edilmiş sayıldığından dolayı tekerrüre esas alınabilir hale gelmiştir.

<sup>32</sup> ARTUÇ Mustafa, Hüküm Kurma Sanatı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2016, 8. Baskı, s:523.

<sup>33</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 14.01.2008, 2007/9205 Esas ve 2008/42 Karar

Son olarak her iki sistemde 11-15 ve 15-18 yaş arasındaki sanıklar bakımından farklı ve ayrı ayrı düzenlemelerin teke indirilmesi ve hâkime takdir yetkisinin tanınmış olması gibi farklılıklar bulunmakla beraber askeri suç ve cezalara erteleme hükümlerinin uygulanmayacağı hususunda gelenek bozulmamış ve aynı şekilde devam edilmesine karar verilmiştir<sup>34</sup>.

## 2.1. Suça İlişkin Şartlar

Suçun unsurları, bir eylemin suç olarak nitelendirilebilmesi için taşıması gerekli olan şartları ifade eder. Gerekli unsurlar birlikte bulunmadıkça, bir fiilin suç olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu anlamda suçun unsurlarını; kanunilik (tipiklik) unsuru, maddi (hareket) unsur, manevi (kusurluluk) unsur ve hukuka aykırılık unsuru olarak sıralayabiliriz<sup>35</sup>.

Tipiklik<sup>36</sup> unsurunu, fiili tanımlayan bir tarifin kanunda bulunması oluşturmaktadır. Zira temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için hangi davranışların/eylemlerin suç oluşturduğunun kanunda açıkça ve ayrıca belirtilmesi gerekir. Benzer şekilde suç işlenmesi sebebiyle hükmedilecek ceza ve tedbirler ile ceza mahkûmiyetinin hukuki sonuçlarının ve bu müeyyidelerin sürelerinin ve miktarlarının da kanunda düzenleme altına alınması zorunludur. Buna bağlı olarak kişi hak ve özgürlükleri konusunda KHK çıkarılamayacak, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımı yapılamayacak, ceza kanunları uygulanırken kıyasa başvurulamayacak ve kıyasa yol açabilecek şekilde genişletici yorum yapılamayacak, örf ve adet kuralları, bir davranışı suç olarak belirleyemeyecektir<sup>37</sup>.

Suçun maddi unsuru, icra ya da ihmal suretiyle yapılmış bir hareketin varlığıdır. Suçun hareket unsuru; icraî, yani kişinin aktif, olumlu bir hareketi ile ya da ihmalî, yani kişinin olumsuz, pasif bir tutumu (hareketsizliği) ile gerçekleştirilebilir. Bunlar olmadan suçun maddi unsuru vücut bulmaz. Yani sadece düşünce yahut kanaatler “hareket” olarak kabul edilmez ve cezalandırılmaz<sup>38</sup>.

Manevi unsur, işlenen suça temas eden eylem ile suçlu arasındaki manevi bağı ifade etmektedir. Bu bağ kurulmadan gerçekleştirilen davranış, ceza hukuku kapsamında fiil niteliği taşımaz ve bu sebeple de bir suçun varlığından söz edilemez. Yeni Ceza Kanunumuza hakim olan suç teorisinde, kusurluluk ile suçun manevi unsuru, birbiriyle irtibatlı ve fakat içerik ve fonksiyonları bakımından birbirinden ayrı kavramlar şeklinde kurgulanmıştır. Bu anlamda *kusurluluk*<sup>39</sup>, işlediği suç dolayısıyla kişinin kınanması, muaheze edilmesi gerektiği hususundaki yargıyı ifade etmektedir. Başka bir deyişle kusurluluk, işlediği fiil ile irtibatlı olarak kişi açısından bulunulan bir değerlendirme yargısıdır ve dolayısıyla suçun bir unsurunu oluşturmaz. Yani kişi işlediği fiilden dolayı kusurlu bulunmasa bile bu fiil suç olma özelliğini muhafaza eder. Buna karşılık manevi unsurun gerçekleşmediği durumda suç oluşturan *haksızlığın* varlığından bahsedilemez.

<sup>34</sup> ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s: 524.

<sup>35</sup> ATAR Yavuz, AYAN Mehmet, KARAHAN Sami, SÜMER Halûk Hâdi, ULUKAPI Ömer, ARSLAN İbrahim, Temel Hukuk Bilgisi, Konya, 2009, Sayfa: 110.

<sup>36</sup> TCK 21/1: “...suçun kanuni tanımındaki unsurların...”

TCK 21/2: “Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların...”

TCK 22/2: “...suçun kanuni tanımında belirtilen...”

TCK 37/1: “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili...” vb. cümleler, tipikliği ifade etmektedir.

<sup>37</sup> AVCI Mustafa, Osmanlı Ceza Hukukuna Genel Hükümler, Konya, Mayıs 2014, Sayfa: 34.

<sup>38</sup> ATAR, AYAN, KARAHAN, SÜMER, ULUKAPI, ARSLAN, a.g.e., Sayfa: 110.

<sup>39</sup> **Kusur, kast** veya **taksir** şeklinde ortaya çıkabilir. Kast, 5237 sayılı TCK’nın 21. maddesinin ilk fıkrasında “Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.” şeklinde, Taksir ise yine aynı kanunun 22. maddesinin ikinci fıkrasında “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir.” şeklinde tanımlanmıştır. Kabaca ifade etmek gerekirse kasta hem bilerek hem de isteyerek yapılan bir fiil varken; taksirde sonucu öngörülmemiş, öngörülmüş olsa bile istenmemiş bir fiil vardır.

Burada önemli olan husus, sorumluluğun tespitidir. Sorumluluğun temel şartı da davranışın *iradi* olarak gerçekleştirilmesidir. Zira iradi olarak gerçekleştirilmeyen bir davranış, hukuka aykırı bile olsa sorumluluk doğurmayacaktır<sup>40</sup>.

Hukuka aykırılık unsuru ise failin tipikliği sağlamış olsa bile cezalandırılabilmesi için gerçekleşmesi gereken son unsurdur. Zira cezalandırma, failin tipik, hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde hareket etmesi durumunda söz konusu olur<sup>41</sup>. Bu bağlamda hukuka aykırılığı “*hukuk düzeni ile çatışma*” şeklinde tanımlamamız mümkündür. Çünkü bir eylemi haklı gören veya yapılabileceğini düzenleyen bir hukuk kuralının olması halinde, hukuk düzeni ile çatışma gerçekleşmemiş olmakla birlikte söz konusu eylem için bir haklılık sebebi ortaya çıkmış demektir. Dolayısıyla Ceza Hukukunda istisna olarak yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu hallerde hukuka aykırılıktan bahsetmek mümkün olmayacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun hapis cezasının ertelenmesi müessesesini düzenleyen 51. maddesinde, erteleme için suçun yukarıda zikredilen ne maddi ne de manevi unsurları yönünden herhangi bir koşula yer verilmemiştir. Bir diğer ifadeyle ilgili maddenin ilk fıkrasında suçun kasten veya taksirle yahut ihmali veya icrai olarak işlenmiş olmasına ilişkin herhangi bir koşul aranmamış; kişinin yalnızca işlediği suç sebebiyle iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilmiş olması diğer şartlarla birlikte bu cezanın ertelenebilmesi için yeterli sayılmıştır<sup>42</sup>.

## 2.2. Suçluya İlişkin Şartlar

Hapis cezalarının ertelenmesi bahsinin suçluya ilişkin şartlarını ikiye ayırabiliriz. Bunlardan ilki her halükarda sabıka koşulu, ikincisi ise mahkemenin takdir etmesi durumunda suçlunun zararı giderip gidermediği koşuldur.

### 2.2.1. Sabıka Şartı

5237 sayılı kanuna göre, iki yıl ya da daha az özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olan sanığın bu cezasının ertelenebilmesi için daha önceden kasıtlı bir suç nedeniyle üç aydan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezadan hüküm giymemiş olması gerekmektedir. (TCK 51/1)

“Sanığın adli sicil kaydında, suç tarihinden önce kesinleşmiş hakaret suçundan 3 ay 3 gün hapis cezası bulunmasına karşın, TCK’nın 51/1-a maddesine aykırı olarak erteleme kararı verilmesi...”<sup>43</sup>

“Sanığın adli sicil kaydında ‘3 aydan fazla kasıtlı suça ilişkin mahkûmiyeti bulunduğu’ ve ertelemeye ilişkin koşulların oluşmadığı gözetilmeden, 5237 sayılı TCK’nın 51/1-a maddesine aykırı olarak sanık hakkında kurulan hükmün ertelenmesine karar verilmesi...”<sup>44</sup>

Kişinin önceden kasıtlı bir suçtan aldığı hapis cezası eğer üç aydan fazla süreli ise ertelemeye engel oluştururken, önceden kasıtlı suçtan aldığı ceza adli para cezası ise ertelemeye engel teşkil etmemektedir.

<sup>40</sup> ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, Eylül 2015, s:232.

<sup>41</sup> HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2010, s:230.

<sup>42</sup> KAŞKA Hakan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, Erzurum, s:45.

<sup>43</sup> Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 20.01.2015, 2013/21253 Esas ve 2015/1590 Karar

<sup>44</sup> Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 10.02.2015, 2014/21762 Esas ve 2015/4746 Karar

Ayrıca önceki hapis cezası, Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesi uyarınca adli para cezası yahut önleme çevrilmiş ise bu durumda da sonraki suç açısından, diğer şartları da sağlaması durumunda erteleme kararı verilmesi olanaklıdır. Çünkü Türk Ceza Kanunu'nun 50/5 düzenlemesi gereğince uygulamada asıl mahkûmiyet artık özgürlüğü bağlayıcı ceza olmayıp çevrildiği adli para cezası ya da önlemdir<sup>45</sup>. Bu durumda madde metninde de zikredilen sabıka koşulu sağlanmış olacaktır.

### 2.2.2. Zararın Giderilmesi Şartı

5237 Sayılı TCK'ya göre cezanın ertelenmesi, mağdurun yahut kamunun uğradığı zararın/zararların suçtan önceki hâle getirme, aynen iade veya tazmin suretiyle tamamen karşılanması/giderilmesi şartına bağlı tutulabilir.

Şartın sağlanamaması durumunda, şart gerçekleşinceye kadar hükmedilen cezanın infaz kurumunda çektirilmesi sağlanacaktır. Şartın sağlanabilmesi durumunda, diğer şartların da gerçekleşmiş ve uygun olması halinde, hükümlü mahkeme kararıyla infaz kurumundan derhâl çıkarılır. (TCK md. 51/2) Bu koşulun temini, kanunun izin verdiği herhangi bir şekilde olabilir<sup>46</sup>.

“Somut olayda, ceza miktarı ve daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olma koşullarını taşıyan sanık hakkında, erteleme kararının ‘suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin’ oluşup oluşmadığına bakılarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, ‘atılı eylemden kaynaklı kurum zararı karşılanmadığından’ biçimindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle cezanın ertelenmesine yer olmadığına karar verilmesi...”<sup>47</sup>

Ayrıca bu şart, suç sebebiyle mağdurun uğradığı zararın tazminini amaçlamaktadır. Bununla birlikte bu koşulun doğrudan uygulanmadığını da belirtmek gerekir. Zira bu bahis, erteleme kararının şartlarından olmayıp ek bir imkân şeklinde düzenlenmiştir. Yani burada mahkemenin bu kararı verip vermeme noktasında geniş bir takdir yetkisi vardır<sup>48</sup>.

### 2.3. Cezaya İlişkin Şartlar

Ertelme kurumu, 5237 sayılı TCK'da, 647 sayılı CİK ve 765 sayılı TCK'dan oldukça farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu değişikliklerden en önemlisinin cezanın türüne yönelik olduğunu söylenebilir. Bu düzenlemelere göre artık sadece hapis cezalarının erteleme kapsamına alınabildiğini söylemek mümkündür. Elbette ki bu kapsama hükmedilebilecek tüm hapis cezaları girmemekte, kanunun belirlediği sınırın altındaki mahkûmiyetler dâhil olabilmektedir.

Bununla birlikte sanığın birden fazla eylemi varsa, dolayısıyla o kişi hakkında birden fazla hüküm tesis edilmesi gerekiyorsa, erteleme kurumunun uygulanabilirliği açısından her bir suçun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecek, hükmedilen cezaların toplamı değil, her suç için verilen cezanın miktarı ayrı

<sup>45</sup> TAŞDEMİR Kubilay, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ertem Bas, Ankara, Nisan 2016, s:18.

<sup>46</sup> GÜMÜŞ Sultan, Cezaların Ertelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s: 123.

<sup>47</sup> Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 20.04.2015, 2015/4370 Esas ve 2015/8122 Karar

<sup>48</sup> KAPLAN Mahmut, “Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2015, C: 5, S: 1, s: 76.

ayrı ele alınarak erteleme sınırı ayrı ayrı belirlenecektir. Daha açık bir ifadeyle, aynı anda (birlikte) işlenmiş iki suçtan birinin cezasının süresi bakımından erteleme kapsamı dışında kalması, bağımsız olarak (tek başına) ertelemeye konu olabilecek diğer suçun cezasının ertelenmesine engel teşkil etmez. Yani toplam cezanın erteleme sınırını aşması tek başına ertelememeye gerekçe olamaz<sup>49</sup>.

### 2.3.1. Hapis Cezası Şartı

647 sayılı kanunun uygulamasında hem hapis cezalarının hem de adli para cezalarının ertelenme imkânı bulunmakta iken 5237 sayılı kanunun uygulamasında adli para cezalarının ertelenmesi imkânı bulunmamaktadır.

“Sanık hakkında hükmolunan sonuç adli para cezasının 5237 sayılı TCK’nın 51. maddesi uyarınca ertelenmesi mümkün olmadığı halde, yazılı şekilde cezanın ertelenmesine karar verilmesi...”<sup>50</sup>

5237 sayılı kanunda 647 sayılı kanunun aksine sadece hapis cezalarının ertelenmesi kabul edildiğinden dolayı, mahkemece verilen adli para cezası, hapis cezasından çevrilmiş olsa dahi ertelenemeyecektir<sup>51</sup>.

Sadece adli para cezası değil, hapis cezası haricindeki şahsi haklar, disiplin cezaları, mahkeme masrafları ve ceza yerine hükmolunan tedbirler başta olmak üzere hapis cezasına seçenek yaptırım olarak yahut hapis cezası mahkûmiyetinin bir sonucu olarak düzenlenen tedbirler de erteleme kapsamının dışında kalmaktadır<sup>52</sup>.

Öte yandan koşullu salıverilme ertelemeye engeldir. Nitekim CGTİHK’nın 107/14. maddesinde “Denetim süresi yükümlülükler uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.” düzenlemesi mevcuttur. O halde mahkûmiyet hükmü mevcut olmaya devam edeceğinden erteleme mümkün olmayacaktır<sup>53</sup>.

Dava zamanaşımı söz konusu ise, ön ödeme (TCK md. 75) ve uzlaşmada (CMK md. 253) olduğu gibi erteleme kararı verilmesi mümkündür. Zira ortada bir mahkûmiyet bulunmamaktadır. Oysa ceza zamanaşımı ertelemeye engeldir. Çünkü artık kesinleşmiş bir mahkûmiyet bulunmaktadır<sup>54</sup>.

TCK’nın 65/1. maddesinde düzenleme altına alınan genel af durumunda, kamu davası düşeceğinden ve hükmolunan cezalar tüm neticeleriyle beraber ortadan kalkacağından dolayı erteleme kurumunun uygulanması mümkündür. Ancak aynı kanunun aynı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlendiği üzere özel af halinde mahkûmiyetin varlığını devam ettirmesinden dolayı erteleme kurumunun uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Nihayet, yabancı mahkemeler tarafından verilen hapis cezalarının, ülkemizdeki herhangi bir mahkemece verilen hükümlerden farklı olarak ertelemeye engel olmadığı kabul edilmektedir<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> MECİT Kemal, İnfaz Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, Temmuz 2009, s:245.

<sup>50</sup> Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 22.03.2007, 2007/9791 Esas ve 2007/4248 Karar

<sup>51</sup> MECİT Kemal, a.g.e., s:244.

<sup>52</sup> ERDOĞAN Oktay, İnfaz Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, Eylül 2016, B:2, s:832.

<sup>53</sup> ÖZBEK Veli Özer, Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s:800.

<sup>54</sup> ÖZBEK Veli Özer, a.g.e., s: 800.

<sup>55</sup> ÖZBEK Veli Özer, a.g.e., s: 800

### 2.3.2. Hapis Cezasının Süresi Şartı

5237 sayılı kanunla erteleme kurumu, bir tür koşullu af niteliğinden arındırılıp ceza infaz kurumu hâline getirilmiştir. Yine 5237 sayılı TCK ile sadece hapis cezaları bakımından erteleme imkânı bulunmak beraber hapis cezalarının da tamamı için bir kabul söz konusu olmayıp madde metninde buna da sınır çizilmiştir.

Yeni düzenleme ile üst sınırı, 18 yaşını doldurmamış veya 65 yaşını tamamlamış olanlar bakımından 3 yıl, bunlar haricindekiler bakımından ise 2 yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanların cezaları ertelenebilecektir.

“Sanığın sulamak için tarlasında açtığı su kuyusunun etrafına girmeyi engelleyici tedbirler almaması sonucu zeka özürlü maktûlün yüzmek için kuyuya girmesi sonucu ölmesi ile gelişen olayda, sanık hakkında taksirle öldürme suçundan açılan kamu davası sonunda sanığın TCK’nın 85/1 ve 62. maddeleri gereğince 2 yıl 1 ay hapis cezasının aynı kanununun 50. maddesi gereğince sonuçta 15.200 TL adli para cezasına çevrilmesine ve taksitler halinde sanıktan alınmasına karar verilmiştir. Ölenin mirasçıları, sanıktan şikâyetçi olmadıklarını belirtmişlerdir. Mahkemenin sanık hakkında sonuç olarak hapis cezasını, adli para cezasına çevirmesi lehine olarak görünse bile sanık 1933 doğumlu olup suç tarihinde 73 yaşındadır. Savunmasının alındığı duruşmada çiftçilik yapan sanığın aylık gelirinin 250 TL olduğu anlaşılmaktadır.

Kanun koyucu cezanın kişiselleştirilmesine ilişkin olarak hükmedilen hapis cezasının ertelenmesi veya adli para cezasına çevrilmesi bakımından, her iki kurum bakımından bir öncelik sıralaması belirlememiş, gözetilecek ölçütleri göstermekle yetinerek hangisinin uygulanacağı hususunu hakimin takdirine bırakmıştır.

Cezanın kişiselleştirilmesinde hakim, sanığın durumunu dosyadaki bilgi ve belgelere, duruşmada edindiği izlenime göre değerlendirecek ve bu kurumlardan hangisinin uygulanacağını ya da uygulanmasının gerekmediğini kanunda öngörülen ölçütlere göre takdir edecektir.

Sanığın ekonomik durumu itibarıyla adli para cezasını ödeyemeyeceği anlaşılmaktadır. Adli para cezasına çevrilen cezanın süresinde ödenmemesi halinde özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüştürülerek infaz edileceği kanunun emredici bir kuralıdır. Dairemiz incelemesi sırasında UYAP üzerinden alınan adli sicil kayıtlarına göre de sanığın sabıkası bulunmamaktadır. Sanığa verilen özgürlüğü bağlayıcı cezanın, sanığın suç tarihinde 65 yaşından büyük olduğu da nazara alınarak sonuçta hükmedilen 2 yıl 1 ay hapis cezasının ertelenmesine karar verilmesi gerekirken dosya kapsamına uygun olmayan gerekçelerle adli para cezasına çevrilmesine karar verilmesi...”<sup>56</sup>

### 2.4. Takdiri Şart

Kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere erteleme müessesesinin, şekli şartları sağlayan her sanığa uygulanması zorunlu değildir. Bir başka ifadeyle bu kurumun uygulanması hâkimin takdirindedir.

Hâkim, sanığın yargılama sürecindeki pişmanlığını değerlendirerek tekrar suç işlemeyeceği hususunda edindiği kanaate göre erteleme kararına hükmedebilecektir. Aksi kanaat hâsıl olmuş ise gerekçesini belirterek ertelemeye yer olmadığına da karar verebilir. Buradaki takdir yetkisinin önemi büyüktür.

<sup>56</sup> **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, 15.11.2011, 2011/3427 Esas ve 2011/4878 Karar

Kanun koyucu “suç işleme hususunda(ki) eğilim” ve “geçmişteki hal” unsurlarının yerine “yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık” kriterini getirmiştir. Böylelikle, erteleme konusunda karar verilebilmesi için suçlunun “geçmişteki hali, bu haline etki eden suça yönelimi vs.” değil “yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlı(ğ)ı” gibi donelerin değerlendirilmesi gerekecektir. Dolayısıyla mahkeme, yargılama boyunca suçlunun pişmanlığını gözlemleyecek ve pişman olduğuna kanaat getirerek yeniden suç işlemeyeceğini düşünecek olursa, diğer aranan şartların da gerçekleşmesi durumunda, işlenen suçtan dolayı vereceği cezayı erteleyebilecektir. Cezanın ertelenmesinde aranan bu şartın tespit edilmesi son derece önem arz etmekle birlikte bir o kadar da zordur. Bundan dolayı bu subjektif koşul, bizzat hâkim tarafından tespit edilmelidir. Bu yönüyle de ertelemenin şartları arasındaki en önemli şart budur. Zira erteleme kurumunun başarılı veya başarısız olmasında en etkin olanıdır<sup>57</sup>.

Bu tespitin yapılabilmesi için sanığın kişiliği hakkında fikir sahibi olmak gerekeceğinden dolayı duruşmaları, erteleme kararını verecek hâkimin bizzat takip etmesi uygun olur. Aksi durumda, örneğin talimat yoluyla alınan ifadedeki sanığı bizzat görmeyen hâkimin, onun pişmanlığı noktasında edindiği kanaat dosya içeriğindeki bilgi ve belgelerle sınırlı olacaktır. Yine talimat yoluyla alınan ifadelerde erteleme kararı verilmeyecekse edinilen olumsuz kanaatin gerekçesinin dayanaklı, açık ve dosya içeriği ile uyumlu olmasına dikkat edilmelidir.

“Sanığın adli sicil kaydında yer alan ve üç aydan fazla hapis cezasına ilişkin olması nedeniyle ertelemeye engel teşkil edebilecek nitelikteki mahkûmiyetinin silinme koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılmadan ve talimat mahkemesi aracılığıyla alınan savunmasında pişmanlığını dile getirmeyen sanığın ne şekilde yargılamada pişmanlık gösterdiği açıklanmadan cezanın ertelenmesine karar verilmesi...”<sup>58</sup>

### 3. ERTELEME USULÜ

Ertelme konusunda kararı verecek mahkeme, esas mahkemesidir. Yine bu karar mahkûmiyet kararı ile birlikte ve onun gibi gerekçeli<sup>59</sup> olarak verilecektir. Bu sebeptir ki mahkûmiyet kararından önce erteleme kararı verilemeyeceği gibi erteleme talebi de reddedilemez<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> DENİZHAN Hüseyin, “Yeni Türk Ceza Kanununda Ertelme Kurumu Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 65, Y: 2006, s: 230.

<sup>58</sup> **Yargıtay 4. Ceza Dairesi**, 30.03.2015, 2013/8868 Esas ve 2015/25589 Karar

<sup>59</sup> “TCK’nın 89. ve 647 sayılı Kanun’un 6. maddesinde yazılı ertelemeye karar veren hâkimin, gerekçesini de göstermesi doğaldır. Zira ceza vermenin amacı, o cezanın yerine getirilmesini (çektirilmesini) de içine alır. Aksi halde ceza vermeden beklenen “önleme” (ibret-i müessire) vasfı kaybolur. Bu nedenledir ki, Yasa tertip ettiği cezanın çektirilmesine karar veren hâkimi, niçin bu genel kuraldan ayrıldığını, kararında belirtmeyi zorunlu kılmıştır. Gerçekten aynı Yasa maddesinde isteğin reddi halinde gerekçe gösterilmesini öngören bir hükme rastlanılmamaktadır. Ancak bu sükûtun, “gerekçeye lüzum olmadığı” anlamında kabulü olasılığı da yoktur. 1924 tarihli Anayasamızda mahkeme kararının gerekçeli olmasına dair bir madde mevcut olmamasına mukabil, 1961 Anayasasının 135/son maddesinde “Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.” İlkesi yer almış ve buna paralel olarak CMUK’un 32. Maddesi “Bütün hâkimlik ve mahkemelerin her türlü kararları, muhalefet şerhleri dahil gerekçeli olarak yazılır.” Şeklindeki metniyle yoruma yer bırakmayacak biçimde “gerekçe” zorunluluğunu kabul etmiştir.” (**Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 07.06.1976 tarih ve 3-4/3 sayılı kararı**)

<sup>60</sup> **ÖZGENÇ İzzet**, “Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Ertelme”, Anayasa Yargısı Dergisi, C:18, Y:2001, s:119.

Ertelemeden istifade edecek kimsenin talebi bulunmasa bile mahkeme cezanın ertelenmesine kendiliğinden karar verebilir. Failin talebi aranmaz. Ancak temyiz mahkemesi olarak Yargıtay, cezanın ertelenmesine karar veremez<sup>61</sup>.

Erteleme kararının verildiği duruşmada sanığın bulunması mecburi değildir. Yani sanığın yokluğunda da cezasının ertelenmesine karar verilebilir. Ancak bu kararın verildiği duruşmada sanığın hazır bulundurulmasının önemi büyüktür. Zira hem mahkeme bu kararı verirken sanığın duruşmadaki hal ve hareketlerini, yani yargılama sürecinde suçtan duyduğu pişmanlığı ve yeniden suç işlemeyeceğine dair aldığı kararı görmeli<sup>62</sup> hem de verilen kararı sanığın yüzüne karşı da tefhim etmelidir. Bu tefhimin, suç oranlarının azalmasında önemli bir rolünün olduğu muhakkaktır.

Ayrıca erteleme kararının bölünemeyeceğini de belirtmek gerekir. Yani bir kişinin erteleme konu farz-ı muhal on aylık cezası söz konusu ise bu cezanın ya tamamı ertelenecektir ya da ceza ertelenmeyecektir<sup>63</sup>.

#### 4. ERTELEMENİN SONUÇLARI

765 sayılı eski TCK ile 5237 sayılı yeni TCK arasında, erteleme kararının sonuçları bakımından da fark vardır.

Belirlenen denetim süresini iyi halli ve yükümlülüklerle uyararak tamamlaması durumunda, hakkında erteleme kararı verilen hükümlünün, 765 sayılı TCK'ya göre "*mahkûmiyetinin esasen vaki olmadığı*" (95/2) kabul edilirken, 5237 sayılı TCK'ya göre ise "*cezasının infaz edildiği*" (51/8) kabul edilmektedir.

Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51/8. maddesine göre ise denetim süresinde kasıtlı bir suç işleyen yahut belirlenen yükümlülüklerle uymamakta ısrarcı olan mahkûmun, ertelenmiş olan cezasının kısmen ya da tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilecektir.

##### 4.1. Hak Yoksunlukları

Belli haklardan yoksun bırakılma, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde bir güvenlik tedbiri olarak düzenleme altına alınmıştır ve cezanın ertelenmesi kararının bu yoksunluklara da etkisi bulunmaktadır. Yine aynı kanunda güvenlik tedbirlerinin ise erteleme kapsamında değerlendirilemeyeceği, sadece hapis cezalarının ertelenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple güvenlik tedbirleri hakkında erteleme, kanunda bulunmamaktadır. Hükümlü hakkında verilen hapis cezası ertelenmiş de olsa, kanunda öngörülen istisnalar haricinde belirli hakların kullanılmasının yasaklanması (güvenlik tedbiri olduğundan dolayı) erteleme kapsamına girmeyecektir<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> KESKİNSOY Ömer, "Hapis Cezalarının Ertelenmesi", Ankara Barosu Dergisi, 2006-2, s:45.

<sup>62</sup> TURHAN Faruk, "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları", S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, Y: 2012, S: 2, s: 14-15.

<sup>63</sup> KESKİNSOY Ömer, a.g.e., s: 45.

<sup>64</sup> TÖNGÜR Ali Rıza, a.g.e., s: 156.



Şu kadar ki, hapis cezası ertelenmiş olan suçlunun, altsoyu üzerindeki vesayet, velayet ve kayımlık yetkilerini kullanmasına bir engel yoktur<sup>65</sup>.

Ayrıca kısa süreli hapis cezası ertelenmiş hükümlüler hakkında TCK 53'te belirtilen hak yoksunluklarının hiçbirisi uygulanmayacaktır<sup>66</sup>. Ne var ki “*Ertelemenin Geri Alınmasının Sonuçları*” bahsinde de izah edileceği üzere, ertelenmesi bir sebeple geri alınan ve mahkûm olunan hapis cezasının tamamına veya bir kısmına hükmedilen hükümlü hakkında artık bu kural uygulanmayacak ve TCK'nın 53. maddesi o kişi hakkında da tatbik edilecektir.

“Somut olayda, sanık hakkında tayin olunan ve kısa süreli hapis cezası olduğu tartışılmaz bulunan 6 ay 20 gün hapis cezasının, yerel mahkemece ertelenmesine karar verilmiş olmasına karşın, 5237 sayılı TCK'nın 53/4. Maddesi hükmüne aykırı olarak aynı maddenin 1 ve 2. Fıkraları uyarınca hak yoksunluğuna hükmedilmesi yasaya aykırı ve isabetsizdir.”<sup>67</sup>

Yukarıdaki istisnalar hariç olmak üzere, bir yıldan fazla hapis cezası verilip ertelenen hükümlü, TCK 53/1'deki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri dışındaki tüm haklardan yoksun olacaktır. Burada da dikkat edilmesi gereken nokta; hâkimin isterse, hapis cezası ertelenen hükümlünün TCK 53/1-e'de yer alan “*bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmesine*” izin verebileceğidir. Ancak hâkim kararında bu hususu ayrıca ve açıkça belirtmek zorundadır<sup>68</sup>.

#### 4.2. Denetim Süresi

Cezası ertelenen hükümlüye mahkeme tarafından 1 ile 3 yıl arasında bir denetim süresi tayin edilir. Yine kanunda, belirlenecek olan bu sürenin, ertelenecek olan cezanın süresinden daha az olamayacağına hükmedilmiştir. Yani bir kimsenin iki yıllık bir cezai mahkûmiyeti ertelenecekse, bu kimse hakkında belirlenecek denetim süresi de en aşağı iki yıl olacaktır.

“Sanık hakkında direnme ve hakaret suçlarından kurulan hükümlerde temel cezalar alt sınırdan ve farklı sürelerle belirlendiği halde, denetime imkân verecek herhangi bir gerekçe gösterilmeden, TCK'nın 51/3. maddesindeki denetim sürelerinin 2 yıl olarak tayini...”<sup>69</sup>

“Sanık hakkında TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca hükmolunan hapis cezası, suçun işleniş biçimi ve sanığın kasta dayalı kusurluluğunun ağırlığına göre takdiren bir kat artırım ile tayin edildiği halde, ertelemeye ilişkin denetim süresinin herhangi bir yasal gerekçe gösterilmeksizin 3 yıl olarak en üst haddten tayini...”<sup>70</sup>

<sup>65</sup> 5237 sayılı TCK md. 53/3: “Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz...”

<sup>66</sup> 5237 sayılı TCK md. 53/4: “Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.”

<sup>67</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.02.2008, 2007/8-261 Esas ve 2008/32 Karar

<sup>68</sup> ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s: 539.

<sup>69</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 10.07.2014, 2013/3663 Esas ve 2014/7587 Karar

<sup>70</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 25.05.2015, 2013/8864 Esas ve 2015/11849 Karar

Bu sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı konusunda doktrinle görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kimi yazarlar hükmün verildiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiğini söylerken, kimi yazarlar da şu an uygulamada tatbik edildiği şekilde hükmün kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiğini söylemektedirler<sup>71</sup>.

Denetim süresinin belirlenmesinde dört ana sistemin uygulanabileceği görülür. İlkinde denetim süresinin işlemesi, erteleme kararının mahkeme tarafından verilmesi ile birlikte başlar ki böyle olması da kurumun niteliğine en uygun olan sistemdir. Zira denetim süresinin başlangıcının, kararın kesinleşmesi şartına bağlanarak geciktirilmesi durumunda, erteleme kararının verildiği tarihten sonra adeta bir boşluk meydana gelecek ve erteleme kurumundan beklenen fayda tam anlamıyla gerçekleşmeyecektir. İkinci sistemde, denetim süresi ertelemeye dair kurulan hükmün kesinleşmesinden itibaren başlar. Üçüncü sistemde, bu kesinleşen kararın hükümlüye tebliği ile denetim süresi başlarken; sonucunda ise ne zaman başlayacağına da hâkim karar verecektir<sup>72</sup>.

Yargıtay içtihatları, 765 sayılı TCK döneminde, 95/2. maddesindeki “... *hüküm tarihinden itibaren*” açık düzenlemesi gereğince, denetim süresinin hüküm tarihinden itibaren başlaması gerektiği yönünde idi<sup>73</sup>.

“Türk Ceza Yasası’nın 95/II. maddesinde, “Cürüm ile mahkum olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkum olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur.” hükmü yer almaktadır. Maddede, kabahatler için bir ve cürümler için beş yıl olarak kabul edilen süreler, deneme ve intizar süreleridir. Bu süreler, hüküm tarihinden itibaren başlamaktadır. Burada bahsedilen “kesinleşmiş hüküm” olmayıp, karar tarihidir. Aksi takdirde yasa koyucu tarafından “hükmün kesinleşmesi tarihinden itibaren” denilmek suretiyle sürenin başlangıç tarihinin, kararın kesinleştiği tarih olduğu açıkça belirtilirdi.

Öte yandan TCK’nın 17. maddesinde, şartla salıverildikten sonra, geri kalan süre içinde işlenen kasıtlı bir cürümden dolayı hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum olunduğunda şartlı salıverme kararının geri alınacağı hükmüne bağlanmıştır. 08.06.1970 gün 9/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı’nda, suçun işlenmesinin yeterli olduğu, hükmün kesinleşmesinin şart olmadığı belirtilmiştir. TCK’nın 17. maddesinde yer alan “mahkum olursa” kavramı ile 95. maddede yazılı “mahkum olmazsa” kavramı aynı hususun olumlu ve olumsuz halleridir. Bu nedenle, 17. maddede olduğu gibi TCK’nın 95. maddesinde de hükmün kesinleşmesi aranmayacak, aynı nitelikte bulunan deneme süresi, karar tarihinden itibaren başlayacaktır.

Ayrıca, TCK’nın 94. maddesi uyarınca hükmün tefhimi sırasında yapılacak ihtar da, deneme süresinin bu tarihten yani ihtarın yapıldığı karar tarihinden itibaren başladığını göstermektedir.

<sup>71</sup> KESKİNSOY Ömer, a.g.e., s: 46.

<sup>72</sup> DENİZHAN Hüseyin, a.g.e., s: 240-241.

<sup>73</sup> CGK, 18.05.1987, 7-616/277: “Tecilde deneme süresi, hükmün verildiği tarihten başlar.”

TCK'nın 95. maddesinde yer alan "hüküm tarihinden itibaren" ibaresi, kararın kesinleşmesi şeklinde yorumlandığında, aynı kararda birden fazla sanık hakkında ve bir kısmının yüzünde, bir kısmının yokluğunda karar verilmesi halinde, hükmün tefhim veya tebliğ edilmesine, değişik tarihlerde kesinleşmesine göre ayrı ayrı deneme süreleri kabul edilmiş olacaktır. Bu durumda, kararın geç kesinleşmesi sanık aleyhine sonuç doğuracaktır. Böyle bir uygulama, erteleme müessesesinin bünyesine aykırı olup adaletsizliğine neden olacağından, deneme süresinin; kesinleşmiş olmak şartıyla hükmün verildiği tarihten itibaren başladığına karar verilmelidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun duraksamasız uygulaması da bu doğrultudadır."<sup>74</sup>

5237 sayılı yeni TCK'da deneme süresinin başlangıcı ile alakalı açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle, 765 sayılı TCK'daki "hüküm tarihinden itibaren" ibaresine, 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Denetim süresinin belirlenmesi hususunda yeni TCK'nın 51/3. maddesinde "cezası ertelenen hükümlü hakkında bir yıldan az üç yıldan fazla olmamak üzere bir denetim süresi belirlenir" ifadesi zikredilmektedir. Dolayısıyla denetim süresinin, kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacağını kabul etmek gerekmektedir. Zira eski kanun metninde yer alan ibarenin yeni kanun metninden çıkarılması, kanun koyucunun bu noktadaki uygulamayı değiştirmek istediğinin bir göstergesidir.

Nitekim Alman Ceza Kanunu'nda da deneme süresinin, hükmün kesinleşmesi ile birlikte başlayacağı zikredilmiştir. Denetim süresinin, hükmün kesinleşmesinden önce işletilmeye başlaması, hükümde belirlenen denetimli serbestlik tedbirinin/tedbirlerinin uygulanmasını imkânsız kılar. Zira ceza hükmü kesinleşmeden, infaz aşamasına başlanamayacaktır. Örneğin; aynı olaydan dolayı yargılaması yapılan birden fazla suçlunun, mahkûmiyetleri ve cezalarının ertelenmesi halinde, hükmün açıklandığı karar duruşmasında bulunan sanıklar ile duruşmada bulunmayarak kararın tebliğ edildiği sanıklar arasında, denetim süresinin karar tarihinden başlatılması halinde, henüz kesinleşmeden ve büyük ihtimalle de sanık kararı öğrenmeden denetim süresi dolmuş olacaktır. Diğer yandan, hükmedilen ceza hakkında kanun yoluna başvurulması halinde de bu sürenin üst mahkemenin kararından önce dolma olasılığı da mevcuttur. Bu nedenle denetim süresinin, kararın kesinleşme tarihinden itibaren başlatılması daha adil sonuçlar doğuracaktır<sup>75</sup>.

### 4.3. Denetimli Serbestlik Tedbirleri

5237 sayılı TCK, mahkeme tarafından, denetim süresince hükümlünün uyması gereken bir takım tedbirlere hükmedilebileceğini düzenlemiş ve 51. maddenin 4. fıkrasında bu tedbirlerin neler olabileceğinden bahsetmiştir. Kanunun lafzından ve 51/6'daki açık düzenlemesinden, bu denetim tedbirlerine hükmedilmesinin zorunlu olmadığı, isteğe bağlı kılındığı anlaşılmaktadır.

Yine TCK 51/5'te, deneme süresi boyunca gerektiğinde mahkûma rehberlik edecek bir uzmanın görevlendirilebileceğini kabul etmiş, ancak bunun zorunlu bir unsur olmadığının da altı çizilmiştir (TCK 51/6).

Denetim süresi içinde hükümlüye yardımcı olması için uzman bir kişinin mahkeme tarafından görevlendirilmesi durumunda, yapacağı işler de kanunda zikredilmiştir. Buna göre

<sup>74</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 27.05.1997, 4/98, 126 sayılı kararı

<sup>75</sup> TÖNGÜR Ali Rıza, a.g.e., s: 143.

denetim görevlisi, hükümlünün alışkanlıklarından kötü olanları bırakmasını ve sorumluluk bilinciyle kaliteli bir yaşam sürmesini temin hususunda kendisine öğüt ve nasihatlerde bulunur. Ayrıca kurum yetkilileri yahut çalışıp temasta bulunduğu kişilerle istişarelerde bulunup suçlunun davranışları, kişiliği, sosyal gelişimi ve sorumluluk bilincindeki uyumla alakalı üçer aylık periyotlarda rapor tanzim eder ve mahkemeye sunar<sup>76</sup>.

## 5. ERTELEMENİN GERİ ALINMASI

Ceza Kanunumuzun 51. maddesinin 7. fıkrasına göre, erteleme kararının geri alınması iki halde mümkündür. Geri alınma sebeplerinden olan denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi durumunda, ikinci suçun davasının açıldığı mahkeme ihbarına, denetim süresi içerisinde hükmedilen yükümlülüklerle uyulmaması durumunda ise cumhuriyet savcısının talebine müteakip erteleme kararının geri alınmasına karar verilir.

Ertelme kararının geri alınmasına yine ertelme kararını veren ilk mahkeme tarafından hükmedilecektir. Ancak Yargıtay'ın, ertelme kararının geri alınması kararının, yeni suçun işlendiği davaya bakan mahkeme tarafından verileceğine ilişkin içtihatları da vardır<sup>77</sup>.

“Erteli hapis cezası, hükümlü bulunan ve denetim süresi içinde kasıtlı hırsızlık suçunu işleyen sanık hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 51/7. maddesi uyarınca “Ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine” karar verilmesi görevi, yeni suçun işlendiği davaya bakan mahkemeye ait olduğu gözetilmeyerek yazılı biçimde karar verilmesi”<sup>78</sup>

### 5.1. Erteleme Kararının Geri Alınma Sebepleri

Adı geçen maddede (TCK 51/7) ertelme kararının geri alınabilmesi iki sebebe bağlanmıştır. Bunlar, cezası ertelenen hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi ve/veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle uymamış olmasıdır.

#### 5.1.1. Denetim Süresinde Kasıtlı Bir Suç İşlenmesi

Ertelme kararının geri alınmasına sebep olacak suç, öncelikle denetim süresi içerisinde işlenmiş olmalıdır. Ayrıca madde metninde de açıkça ifade edildiği şekilde bu suç kasıtlı olarak işlenmelidir. Düzenlemede kast ayırımına gidilmediği için, olası kast ile işlenmesi de yeterli olacaktır. Dolayısıyla taksirle işlenen suçlar, denetim süresi içinde olup olmadığına bakılmaksızın ertelme kararının geri alınmasına yol açmaz.

Ayrıca ertelme kararının geri alınabilmesi için denetim süresi içindeki suçun kasıtlı olarak işlenmesi yeterli olup ilaveten bu suç bakımından hapis cezasına mahkûmiyet kararının verilmesi gerekmemektedir. Diğer bir deyişle denetim süresi içinde işlenen kasıtlı suçtan dolayı adli para cezasına veya güvenlik tedbirine hükmedilmiş olsa da ertelme kararı geri alınacaktır.

<sup>76</sup> **PARLAR Ali**, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Ertelme, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, B: 2, s: 260-261.

<sup>77</sup> **ARTUÇ Mustafa**, a.g.e., s: 542.

<sup>78</sup> **Yargıtay 6. Ceza Dairesi**, 04.12.2007, 2007/4304 Esas ve 207/13422 Karar

Deneme süresi boyunca kasıtlı bir suçun işlenmesi, erteleme kararının geri alınması için gerekli koşulun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir. Yeni suçtan dolayı mahkûmiyet hükmünün de erteleme süresinde verilmesi zorunlu değildir. Deneme süresi boyunca yeni suçtan dolayı mahkûmiyet kararının da verilmesini beklemek, yeni TCK’da süresi kısaltılarak 1 yıldan 3 yıla kadar hükmedilebilen denetim süresinin geçmesine neden olabilecektir. Diğer taraftan, denetim süresi içinde hükmün verilmiş olması koşulunun aranması, hükümlüyü kararın verilmesini geciktirecek yollara başvurmaya da sevk edecektir. Ancak deneme süresi boyunca yeni bir suç işlenmesi durumunda mahkemenin erteleme kararını hemen geri alması gerekmez. Mahkeme yeni suç için vereceği mahkûmiyet kararı ile birlikte veya sonrasında vereceği ek bir kararla erteleme kararının kaldırılmasına hükmedecektir. Çünkü denetim süresinde bir suçun işlenip işlenmediği, işlenmiş ise bu suçun kasıtlı bir suç olup olmadığı, ancak ve ancak yeni suç nedeniyle verilecek mahkûmiyet kararıyla ortaya çıkacaktır. Ancak geri alma kararı için yeni suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi beklenmemelidir. Yeni suçtan verilen mahkûmiyetin kesinleşmesi, ertelenmiş olan cezanın infazına başlanması için gerekli olan bir koşuldur.<sup>79</sup>

Doktrinde bu görüşün aksini savunan yazarlar da bulunmakta olup eski suçtan dolayı verilen erteleme kararının geri alınabilmesi için yeni suçtan verilen cezanın kesinleşmesi gerektiğini düşünmektedirler<sup>80</sup>.

### 5.1.2. Denetim Süresinde Yükümlülükler Uymamakta Israr Edilmesi

Ertelemenin geri alınmasına sebep olan bir durum da mahkûmun belirlenen denetim süresi içinde yükümlü kılındığı tedbirlere uymaması durumudur. Madde metninde “*hâkimin uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi halinde*” ibaresine açıkça yer verildiğinden dolayı hükümlünün ısrarlı ihlal davranışı da aranacaktır. Burada mahkûma denetimli serbestlik tedbirlerine riayet etmesi konusunda ikazda bulunacak kişi infaz hâkimidir. İnfaz hâkiminin uyarılarına rağmen tedbirlere uymayan hükümlü hakkında verilen erteleme kararı mahkeme tarafından geri alınacaktır. Bir diğer deyişle cezanın ertelenmesine dair verilen karar, yeni bir mahkeme kararı verilmeden kendiliğinden düşmeyecektir<sup>81</sup>.

Erteleme kararının geri alınması ve sonrasında infaz edilecek ceza miktarının belirlenmesi görevleri, ertelemeyi geri alan mahkemeye aittir. Mahkeme, bu kararları verirken, hükümlünün kişiliğini, belirlenen yükümlülükler uymama sebeplerini, hem önceki hem sonraki işlediği suçun mahiyetini ve yargılama sürecindeki davranışlarını gözlemlemelidir. Bu gözlem sonucunda da ya cezanın tamamının ya da bir bölümünün ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verebilecektir<sup>82</sup>.

### 5.2. Ertelemenin Geri Alınmasının Sonuçları

Ertelemenin geri alınması kararı, kesin hükümle ilgili ve infaza taalluk eden konuda olduğundan, temyize değil itiraz kanun yoluna tabidir.

<sup>79</sup> TURHAN Faruk, “Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C: X, S: 3-4, s: 47.

<sup>80</sup> ARTUÇ Mustafa, a.g.e., s: 541.

<sup>81</sup> TÖNGÜR Ali Rıza, a.g.e., s: 149.

<sup>82</sup> ALTAŞ Ebru, “Türk Ceza Hukukunda Hapis Cezalarının Ertelenmesi Üzerine Bir İnceleme”, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2007, Y: 2, S: 5, s: 299.

“Ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine ilişkin kararların, niteliğine göre karara karşı yalnızca itiraz yolu açık ve dolayısıyla yapılan başvurunun bu doğrultuda değerlendirilmesinin gerekli bulunduğu anlaşıldığından, sanık Eflatun’un, tebliğnameye uygun olarak temyiz davası isteği hakkında bir karar verilmeye yer olmadığına ve dosyanın incelenmeksizin karar mahkemesine geri gönderilmesine...”<sup>83</sup>

İnfazı ertelenen kısa süreli hapis cezasının, TCK 51/7 uyarınca kısmen veya tamamen infazına karar verildiğinde, bu kararda gösterilip gösterilmediğine bakılmaksızın, kararın kesinleşmesinden itibaren TCK 53/1’deki hak yoksunlukları da uygulanmaya başlayacaktır. Zira yerine getirilen bu hapis cezası, artık ertelenmemiş hapis cezası gibidir ve nasıl ki normal hapis cezalarında TCK 53/1 uygulanıyorsa, kısmen veya tamamen infazına karar verilen bu hapis cezasında da uygulanacaktır<sup>84</sup>.

## KAYNAKLAR

- ABANOZ Buket, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Suçun Önlenmesinde Hapis Cezası ile Seçenek Yaptırımların Etkinliğinin Karşılaştırılması: Meta-Analiz Çalışmalarının Sistemik Olarak İncelenmesi, 2017, 5(2), 1-28.
- ALTAŞ Ebru, Türk Ceza Hukukunda Hapis Cezalarının Ertelenmesi Üzerine Bir İnceleme, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2007, Y: 2, S: 5.
- ARTUÇ Mustafa, Hüküm Kurma Sanatı, Adalet Yayınevi, Ankara, Eylül 2016, 8. Baskı.
- ARTUK M. Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, 9. Baskı.
- AVCI Mustafa, Osmanlı Ceza Hukukuna Genel Hükümler, Konya, Mayıs 2014.
- BALIK Mehmet, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınları, Ankara, Mart 2015.
- BAŞTÜRK İhsan, Hükümün Açıklanmasının Ertelenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, Şubat 2014.
- ÇINAR Ali Rıza, Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2005
- ÇOLAK Haluk, ALTUN Uğurtan, Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezaların Ertelenmesi, Adalet Dergisi, Eylül 2006, S:26.
- DEMİRBAŞ Timur, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, Ekim 2015, B:4.
- DENİZHAN Hüseyin, Yeni Türk Ceza Kanununda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 65, Y: 2006.
- DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 1997, C: III, B: 12.

<sup>83</sup> **Yargıtay 4. Ceza Dairesi**, 02.11.2012, 2012/25993 Esas ve 2012/22617

<sup>84</sup> **ARTUÇ Mustafa**, a.g.e., s: 542.

- EPÖZDEMİR Rezan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınları, Ankara, Nisan 2016.
- ERCAN İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler, XII Levha Yayınları, İstanbul, Ocak 2013.
- ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Hukukunda Cezaların Ertelenmesine İlişkin Düzenlemelere Anayasal Bakış, Anayasa Yargısı Dergisi, Y: 2001, C: 18.
- ERDOĞAN Oktay, İnfaz Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, Eylül 2016, B:2.
- ERDOĞAN Oktay, Eski ve Yeni Mevzuata Göre İnfaz Hukuku, Acar Basım, İstanbul, 2008.
- EREM Faruk, DANIŞMAN Ahmet, ARTUK Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.
- GÜMÜŞ Sultan, Cezaların Ertelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Reklam Tanıtım, Ankara, 8. Baskı, Ekim 2015.
- HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2010.
- HATİPOĞLU Muzaffer, PARLAR Ali, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, C: 1.
- İŞIKTAÇ Yasemin, Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S: 1, Y:2013, C: 71.
- KAPLAN Mahmut, Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2015, C: 5, S: 1.
- KAŞKA Hakan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hapis Cezasının Ertelenmesi Müessesesi, Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2013.
- KESKİNSOY Ömer, Hapis Cezalarının Ertelenmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2006-2.
- KIRMIZIDAĞ Yüksel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2009.
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2015, 8. Baskı.
- KUMBASAR Enver, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayınları, Ankara, Ocak 2012.
- MADEN Mehmet, Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.

MECİT Kemal, İnfaz Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara, Temmuz 2009.

ÖZBEK Veli Özer, Türk Ceza Kanununun Anlamı, Seçkin Yayınları, Ankara, Ocak 2010, B: 4.

ÖZGENÇ İzzet, Bir Ceza İnfaz Rejimi Olarak Erteleme, Anayasa Yargısı Dergisi, C: 18, Y: 2001.

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 11. Baskı, Eylül 2015.

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül 2015.

PARLAR Ali, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Erteleme, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, B: 2.

SOYASLAN Doğan, Cezaların Tecili, Ceza Hukuku El Kitabı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1989.

SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, 6. Baskı.

TAN Mehmet, TCK Genel Hükümler, Kırmızı Kitap, Seçkin Yayınları, Ankara, Mayıs 2011, C: 2.

TAŞDEMİR Kubilay, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ertem Basım, Ankara, Nisan 2016.

TÖNGÜR Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, Adalet Yayınları, Ankara, Nisan 2009.

TURHAN Faruk, Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 2, Y: 2012, S: 2.

TURHAN Faruk, Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, C: X, S: 3-4.

ÜNAL Ramazan, Ceza Hukukunda Yaptırımın Uygulanması ve İnfazı Öncesi İmkânlar, Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

VELDET Hıfzı, Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S:1, C:6, Y:1940.



## THE RECALIBRATION OF INTERNATIONAL TRADE RULES UNDER WTO TO FURTHER ECONOMIC GROWTH: CHALLENGES AND PROSPECTS<sup>#</sup>

Hüseyin Çağrı ÇORLU\*

### Abstract

The system of international trade governed and regulated under the auspices of World Trade Organization (WTO) was built upon the basis of the Comparative Advantage Theory developed by 19th century economist, David Ricardo which has been heavily debated among commentators and economists. As the theory rested its credibility on the concept of perfect markets which is hardly the case for any markets in international trade, to what extent the existing legal system under the WTO built on a highly contested theory may suffice to ensure the effectiveness and feasibility of international markets has been an open question. This paper adopts a critical analysis on the application of the comparative advantage theory to trade among nations and provides prospects and proposals that address problems and inefficiencies within the international trade system.

**Keywords:** World Trade Organization, WTO, Economic Development, Comparative Advantage, Inequality, Poverty, Domestic Market Failure, The Least Developed Countries, Developing Countries, Enabling Clause, General Agreement on Tariffs and Trade, GATT, External Market Failure, Most Favored Nation, MFN.

## DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ NEZDİNDE ULUSLARARASI TİCARET HUKUKU KURALLARININ YENİDEN DÜZENLENMESİ: ZORLUKLAR VE BEKLENTİLER

### Özet

Dünya Ticaret Örgütü tarafından temsil edilen uluslararası serbest ticaret düzen, 19. Asır iktisatçısı David Ricardo'nun mukayeseli üstünlük kuramı üzerine inşa edilmiş olup, bahsi geçen düzenin günümüz ticari münasebetlere ve devletlerin küresel mali konumuna uygunluğu akademik camia tarafından tartışma konusu haline gelmiştir. Mukayeseli üstünlük kuramı geçerliğini kusursuz marketler modelleri üzerinden iddia etmekteyken, söz konusu modellerin mevcut ticari düzlemde karşılıklarının olmaması, bu kuram üzerine

<sup>#</sup> **Yayın Kuruluna Geldiği Tarih:** 04.06.2018

**Kabul Tarihi:** 14.06.2018.

<sup>\*</sup> Dr. Öğr. Üy., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hustinyen@gmail.com  
ORCID ID: 0000-0002-8205-9596

kurulan mevcut serbest ticaret sisteminin de etkinliği ve geçerliliği konusunda şüphe uyandırmaktadır. İş bu çalışma, mevcut serbest ticaret düzeninde mukayeseli üstünlük kuramının konumunu, kuramın bizzat kendisine yöneltilen eleştiriler ile birlikte sunmakta, ve merbut işlevsizliklere ve sorunlara yönelik olarak öneri ve beklentileri ortaya koymaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Dünya Ticaret Örgütü. DTÖ, Ekonomik Gelişme, Mukayeseli Üstünlük Kuramı, Eşitsizlik, Kıtık, İç Piyasa Yetersizliği, Az Gelişmiş Devletler, Gelişmekte Olan Devletler. Yetki Hükümü, Tarife ve Ticarete ilişkin Genel Anlaşma. Dış Piyasa Yetersizliği. En Çok Gözetilen Ulus Kaydı.

## I. INTRODUCTION

This paper is an examination of the relationship between international trade rules adopted under World Trade Organization (WTO) and domestic economic development. Developed under the Bretton Woods system, the WTO has been the main forum of international trade since 1947<sup>1</sup>. According to the Bretton Woods system, each country eliminating barriers to global trade flow for both of their exports and imports, will receive utmost benefit from globalization, and and thus be better off. This issue is well explained under theory of “Comparative Advantage”.

This system was highly inspired by the theory of Comparative Advantage, developed by the 19<sup>th</sup> century economist, David Ricardo. The theory asserts that when states liberalize their trade systems and eliminate any obstacles to international trade, they will increase their production capacity through specializing the production of those goods and services in which they have a comparative advantage. Consequently every country specializing its production through comparative advantage will be made better off in the sense that the general income and wealth of the countries will be increased.<sup>2</sup> The first paragraph of the preamble of the WTO recognizes the theory and states that “substantial reduction of tariffs and other barriers to trade” and “the elimination of discriminatory treatment in international trade relations are likely to contribute to raising standards of living and full employment while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development”<sup>3</sup>.

Even though it is accepted among some economists that free trade has been successful for achieving the economic development goal, to what extent such an assumption is completely true is also contested.<sup>4</sup> Contenders of the comparative advantage focus on the models on which the theory built on and argue that an assumption that the openness to trade really benefits a country with a higher rate of economic growth has not applicable to all countries at all times and here are other factors to be taken into account other than international trade.

<sup>1</sup> Even though the WTO was founded in 1995, its predecessor General Agreement on Tariffs and Trade has been operational since 1947. The underlying principles the GATT was built upon were later called Bretton Woods System named on where the final draft of the agreement was concluded.

<sup>2</sup> Andrew T. Guzman & Joost H.B. Pauwelyn, *International Trade Law* 16 (Aspen Publishers, 2009).

<sup>3</sup> Marrakesh Agreement Establishing World Trade Organization Preamble, para., 1.

<sup>4</sup> Francisco Rodriguez and Dani Rodrik, *Trade Policy and Economic Growth: A Skeptic’s Guide to Cross-National Evidence* Working Paper (National Bureau of Economic Research, April 1999), <http://www.nber.org/papers/w7081> 337.

In Part One, the paper covers the applicability of comparative advantage theory to the current market conditions. In order to yield economic growth from free trade policy, theory requires some elements in both domestic and international level. Taking into account these elements, first, the paper addresses the “Domestic Market Failure” argument raised by the opponents of Bretton Woods system. According to the argument, not all of the domestic economies in the global system are operating properly as it is assumed in the main theme of comparative advantage theory. Question in this section is as to whether government intervention is required or not for a malfunctioning domestic industry. The proponents of free trade assert that free market without intervention of government is the best way to specialize domestic production tools and make them more effective and any intervention by government will distort the functioning of domestic markets. Opponents state that in case of imperfections in internal functioning, the pure comparative advantage theory actually harms production incentives and preferences in domestic economy. Second, there is a more contemporary debate about the free trade policy that global market conditions are far from justifying the contributions of comparative advantage. Supporters of this argument assert that in addition to the errors in the domestic economy, global market conditions are also different from the world David Ricardo lived. Emergence of new types of economic preferences and sectors renders the theory inapplicable.

In Part Two, this paper raises concerns on the distribution of wealth acquired through international trade. Again, comparative advantage theory does not say each individual in the domestic economy will be better-off. It, simply says that while some industries gain benefits from the liberalized trade, others may fall against more productive equivalent industries originated from other countries, but the gains of the former will compensate the losses incurred by the latter. The net economic growth would result in economic and social welfare. This is exactly where the distributional critiques are rising up. On the one hand, they attack the idea that free trade leads economic growth. On the other hand, they state that even if trade leads economic conditions in some circumstances, social welfare is a different concept and may not be acquired through such trade-off. According to the opponents, there is not any positive correlation between economic growth and social welfare. Income balancing within the domestic economy has hardly taken place and the gap between high and low income classes would widen, unless precautionary measures are utilized.

Part Three covers the WTO’s approach to development. Recognizing the needs of developing countries within the global trade system, WTO applies some special and preferential treatments and measures for its developing members. In this part, first the organizational and provisional structures designed to assist development of developing countries are presented. Then the paper continues with the question; whether the current WTO system is successful in achieving the objectives addressed in its preamble. In this section several provisions are presented and the issues about the implementation of these provisions are examined. Finally, proposals about both organizational and provisional structure of WTO about development are covered and at the end of the paper, it concludes.

## II. APPLICABILITY OF COMPARATIVE ADVANTAGE THEORY

The idea that there is a positive relationship between openness to trade and economic growth is widely accepted in North America and Europe.<sup>5</sup> Multinational institutions such as OECD<sup>6</sup> and IMF<sup>7</sup>, and also highly acknowledged economists such as Anne Krueger<sup>8</sup> and Joseph Stiglitz<sup>9</sup> believe that trade is an important tool for promoting economic growth of developing countries.

The foundation of this though is the theory of comparative advantage. As it is defined earlier the theory says that free trade policy promotes the specialization of domestic production and states specializing the production of those goods and services, in which they have a comparative advantage, will enjoy the benefits of free trade through having economic development. However the theory rests upon the assumption that both importing and exporting countries have perfectly competitive markets with sufficient actors and prices reflecting the true costs of production in both international and domestic level.<sup>10</sup>

In this part, the paper provides arguments on negative effects of free trade involving both internal and external market failures. Although the main argument justifying both the ideology of trade liberalization and policy suggestions of WTO rests on the theory of comparative advantage, in reality, markets are far from perfectly competitive markets as the theory assumes. The majority of WTO members consists of malfunctioning domestic economies and imperfect international market conditions which would render the theory inapplicable.<sup>11</sup>

### A. Domestic Market Failure

According to the comparative advantage theory, market is the main determinant in identifying production incentives and preferences in domestic economy. Any government intervention such as subsidies and tariffs affecting these incentives and preferences are inefficient because they distort the theory by leading domestic economies to produce goods, in which they do not have a comparative advantage. The opponents of free trade policy, however, state that free trade policy is not desirable in imperfect market conditions and government intervention, which seems a

<sup>5</sup> Francisco Rodriguez and Dani Rodrik, *Trade Policy and Economic Growth: A Skeptic's Guide to Cross-National Evidence* Working Paper (National Bureau of Economic Research, April 1999), <http://www.nber.org/papers/w7081> 337.

<sup>6</sup> OECD. (1998). *Open Markets Matter: The Benefits of Trade and Investment Liberalization*. Paris: OECD. 1998.

<sup>7</sup> IMF. (1997). *World Economic Outlook*, Washington.

<sup>8</sup> Anne O. Krueger, *Trade Policy and Economic Development: How We Learn* Working Paper (National Bureau of Economic Research, January 1997), <http://www.nber.org/papers/w5896>.

<sup>9</sup> Joseph E. Stiglitz and Andrew Charlton, *Fair Trade for All: How Trade Can Promote Development* (Oxford University Press, USA, 2006).

<sup>10</sup> Joel R. Paul, "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?," *SSRN eLibrary*, accessed November 11, 2012, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=468880](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=468880), 3.

<sup>11</sup> Carmen G. Gonzalez, "An Environmental Justice Critique of Comparative Advantage: Indigenous Peoples, Trade Policy, and the Mexican Neoliberal Economic Reforms," *SSRN eLibrary* (March 1, 2011), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1260048](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1260048).

market distortion in perfect market conditions, actually can be an efficient way for balancing the consequences of market failures.<sup>12</sup>

The ways imperfections in a functioning of a domestic economy may vary, such as the existence of monopolies, oligopolies, lack of infrastructure, high capital costs, etc.. Any government intervention such as regulation, tariffs or quantitative restrictions may bring about benefits for domestic economy and development. For example it is common in most of developing and less developed countries, malfunctioning labor market conditions may require government actions. Subsidies to some labor-intensive sectors can be helpful for preventing the market producing more unemployment.<sup>13</sup> Accordingly, state intervention in those economic circumstances is actually fundamental to create comparative advantage in malfunctioning industries.<sup>14</sup>

Accepting the reality that economies we live in are not free from market failures, supporters of free trade develop two lines of defense for free trade. First they assert that domestic market failures can be corrected with a cost-benefit analysis at domestic level by internal policies aimed at sources of their problems<sup>15</sup>. For example, while a malfunctioning labor market, in a country, generates unemployment, a tariff may bring increase of social welfare by leading to additional production, despite its distortive effect on consumption. However, policy makers may come up with better ways, via efficient cost-benefit analysis such as domestic production subsidies, which for relevant products may also increase social welfare without increasing resale prices and decreasing demand for relevant products<sup>16</sup>.

Second defense for free trade is the argument that it is very difficult to identify appropriate measures to be taken in response to market failure arguments<sup>17</sup>. For example, when there is a tremendous urban unemployment in a less-developed country, it is hard to prescribe a policy whose pros and cons many not be assessed easily. While a tariff measure to protect urban industry will draw the unemployed people into productive work and bring about social benefits, the same policy may result so much migration from rural areas to urban areas, thus it will increase unemployment. There are many ways in which markets can malfunction, and it is really hard to diagnose market failure well enough to prescribe policy.<sup>18</sup>

When it was first proposed, domestic market failure argument was thought that it would undermine much of the case for free trade. After all it is really hard to find a person who asserts that the world we live in is free from imperfections. However, difficulty of establishing the right trade policy supports the view in favor of free trade policy. Therefore it is recognized that domestic market failure should be corrected by internal mechanisms aimed at directly problems' resources.

<sup>12</sup> Paul Krugman & Maurice Obstfeld, *INTERNATIONAL ECONOMICS: THEORY & POLICY* 214 (7<sup>th</sup> ed. 200).

<sup>13</sup> *Ibid.*, at, 215.

<sup>14</sup> Gonzalez, "An Environmental Justice Critique of Comparative Advantage", 762.

<sup>15</sup> Krugman and Obstfeld, *INTERNATIONAL ECONOMICS & THEORY*, 215.

<sup>16</sup> *Ibid.*, at 216.

<sup>17</sup> Krueger, *Trade Policy and Economic Development*, 4.

<sup>18</sup> Krugman and Obstfeld, *INTERNATIONAL ECONOMICS & THEORY*, 217.

Because the a possible government intervention into the market may cause unintended consequences that worsens the conditions.

## **B. External Market Failures**

A successful application of the comparative advantage theory requires the presence of perfect markets, defined as competition takes place in markets with abundant actors, no information asymmetry and no barriers to entry. The theory asserts that when both exporting and importing countries have perfectly competitive markets, elimination of trade barriers will yield benefits and economic growth among countries through lowering the costs of products to consumers who gain access to either less expensive imports or cheaper domestic production competing with external producers<sup>19</sup>. Opponents, however, argue that majority of goods and services in the world trade and global market conditions do not reflect to this assumption which is important for comparative advantage theory to work.

The global conditions of today's world are different than the one David Ricardo envisioned. Creating his theory in the early 1800s, and saying that free trade would produce shared gains for all nations, Ricardo assumed that main components of production such as soil, climate, geography and even the most workers could not be moved over international borders.<sup>20</sup> However, nature of international trade has changed and been changing. Today's vital factors of production –capital, technology and ideas— can be easily relocated to wherever they are most productive. For example, capital flows are substantially greater than the total volume of visible trade in goods and capital can move from jurisdictions with high labor costs to jurisdiction with lower labor costs more easily than which could do so in the era David Ricardo lived in<sup>21</sup>.

Furthermore the world trade no longer consists of the flow of only tangible goods. In today's world, services including licensing, royalty fees, tourism, education, transportation and communication activities which may easily cross borders constitute a significant portion of world trade<sup>22</sup>. Today, more than 20% of the world's trade is made through trade in services.<sup>23</sup> Moreover, most economist believe that the actual import and export of services may be much greater than the official accounts. Services are generally traded at intra-firm level through telecommunication that defies government accounting and are not subject to custom valuation. Therefore, true rate of those services is expected more than the assumed rate of trade in services in world's trade.

Finally, a significant number of international markets are heavily concentrated. Large multinational enterprises control and dominate the access to foreign markets all over the world.<sup>24</sup> The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) notes that more than 60% of World overall trade actually takes place among the subsidiaries of the same these large

<sup>19</sup> Paul, "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?", 7.

<sup>20</sup> Schumer, Charles and Paul Craig Roberts. 2004. "Second Thoughts on Free Trade," New York Times, 6 January, *available at* <http://www.nytimes.com/2004/01/06/opinion/second-thoughts-on-free-trade.html>

<sup>21</sup> Paul, "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?", 12-13.

<sup>22</sup> *Ibid.*, at 12

<sup>23</sup> World Trade Organization (Oct. 19, 2001) *available at* [http://www.wto.org/english/news\\_e/pr249\\_e.htm](http://www.wto.org/english/news_e/pr249_e.htm).

<sup>24</sup> *Ibid.*, at 10

multinational corporations<sup>25</sup>. Prices of products hardly reflect true market conditions of supply and demand as they are determined on the basis of intra-firm transactions which may aim at tax evasions and avoiding foreign exchange controls<sup>26</sup>. The concentration within the global market contradicts the market conditions assumed by the comparative advantage theory which requires that production incentives and preferences must be evaluated by a market in a great number of enterprises is present.

In contrast to the argument of domestic market failure, imperfection within the global market is relatively new debate on free trade. While suggesting the internal mechanisms to balance imperfection within the domestic market, supporters of free trade found themselves accepting that in international level, balancing the conditions in conformity with the comparative advantage is beyond the ability of internal mechanism. At the end, there are no longer shared gains by the theory but some countries win and others lose. Therefore, countries should reflect their policies to the senew realities.

### III. INEQUALITY AND POVERTY

As noted above, the comparative advantage does not promise that everyone in a country will be better off because of trade. While the specialization of the production tools in accordance with the theory would bring about overall economic growth and social welfare, benefits from the industries that countries have comparative advantage would compensate losses incurred in domestic economy. In reality, this compensation almost never takes place, so the free trade policy that is supposed to increase prosperity for domestic economies, turns out widening the gap between rich and poor and resulting significant loss of social welfare. Conflict between opponents and supporters of free trade policy is not as to whether there is a distributional concern related to free trade. Both sides agree on the fact that comparative advantage has some distributional concerns that need to be dealt with. Where the both side at odds is that the nature and the extent of the policies that must be taken to deal with this inequality and to raise social welfare.

The idea that the inequality in the society diminishes, when the overall income raises is challenged by opponents. Even if, trade policies may have positive effects on economic development in some circumstances, they may not be correlated with the social welfare. Growth and welfare are not the same thing. Even if policies that restrict international trade were to reduce economic growth, it does not follow that they would necessarily reduce the level of welfare<sup>27</sup>.

According to the opponents, international trade is the main contributor to the increase of both domestic and international inequality. In domestic side, trade is the main factor that while wealthy classes of society get the benefits of trade and become richer and conditions of lower classes are getting worse. A study by World Bank shows that domestic inequality increased in majority of countries, over 20 years period of trade liberalization<sup>28</sup>. In another study, the Bank also

<sup>25</sup> “Conning the Congo,” *Greenpeace International*, accessed November 12, 2012, <http://www.greenpeace.org/international/en/publications/reports/conning-the-congo/>.

<sup>26</sup> Paul, “Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?”.

<sup>27</sup> Rodriguez and Rodrik, *Trade Policy and Economic Growth*, 267.

<sup>28</sup> World Bank (July 7, 2000), available at <http://www.worldbank.org/research/growth/pdffiles/squire.pdf>.

finds that global income inequality increased 6% within half of last decade<sup>29</sup>. One example in Mexican corn industry,<sup>30</sup> after the North America Free Trade Agreement (NAFTA) came into effect, clearly illustrates the effects of international trade in domestic industry. After NAFTA, despite the severe decline of prices, corn production in Mexico did not raise. Farmers who want to keep income from corn stable, therefore, sought to reduce the number of hired labor working in the industry. This inevitably caused decreases at labor rate.

The NAFTA was also regarded as detrimental for social welfare in Mexico. Poverty and desperation that stemmed from the collapse of corn industry had many people and farmers migrate to urban areas and the United States. Every year, approximately 500,000 Mexican workers migrated from the rural areas and regions that have the highest levels of cultural diversity and corn agrobiodiversity. Such migration has threatened Mexico's genetic diversity and continuity of indigenous life style. Especially the migration of male workers also distorted the family and social structure that, most of the fields were left unplanted and women and children were forced to work the land, seek off-farm employment in order to supplement family's income. Result was tremendous social unrest including hunger strikes, civil disobedience and the replacement of corn production with marijuana.<sup>31</sup>

The assessment of winners and losers of trade liberalization in Mexican corn industry clearly shows that small and especially indigenous and traditional farmers and consumers in Mexico are the main losers of free trade. The elimination of tariffs and trade barriers to foreign agricultural products especially coming from the U.S., clearly destroyed the Mexican farmers' ability of competition and ruined the livelihoods of local communities. On the other hand, the main corn importers and the U.S agricultural enterprises that provided high subsidies from the U.S. government are the beneficiaries of free trade.

Effect of trade liberalization on the side of the U.S. economy, especially after NAFTA, is not also positive. Accordingly in 6 years period of implementation of the NAFTA, from 1994 to 2000, 1.9 million jobs in manufacturing in the United States were eliminated due to increase in imports.<sup>32</sup> Some manufacturing plants were forced to move to lower wage countries. Many industries relocated their business activity to low wage labor and non-unionized developing countries. In general, the fact that, workers who lose their jobs earn less when they are reemployed, explains the downward median wages in the United States during the period of increasing global trade flows.<sup>33</sup>

Supporters, however, assert that, in order to minimize this inequality, government should consider internal corruption and administrative problems<sup>34</sup> as well as some internal distributional

<sup>29</sup> World Bank (Feb. 2, 2002), available at [http://poverty.worldbank.org/files/13254\\_Towards\\_a\\_better\\_understanding\\_of\\_the\\_global.doc](http://poverty.worldbank.org/files/13254_Towards_a_better_understanding_of_the_global.doc).

<sup>30</sup> For detailed information about the effect of accession to the NAFTA on Mexican Corn Industry see; Gonzalez, "An Environmental Justice Critique of Comparative Advantage."

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Paul, "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?" at 15.

<sup>33</sup> *Ibid.* at 18

<sup>34</sup> Krueger, *Trade Policy and Economic Development*, 34.



and social protection mechanisms such as tax reforms, unemployment insurances or food-for-work schemes rather than regulating directly the trade policy and placing barriers to trade. Moreover, though having distributional consequences, openness to trade ultimately raises the overall income of the country<sup>35</sup> and an increase in overall income of a country would provide strengthened fiscal ability to deal with inequality.<sup>36</sup>

However the idea that trade increases overall income is also controversial. On the basis of a study by Sachs and Warner in 1995<sup>37</sup>, which identifies globalized and non-globalized countries and is intensively cited by the supporters of free trade policy. World Bank in its report of “*Globalization, Growth, and Poverty: Building an Inclusive World Economy*”, analyses four countries (China, India, Vietnam, and Uganda) identified them as star globalizers indicating that these countries greatly increased their integration with the world market, grew rapidly and made progress in reducing poverty.<sup>38</sup> Nevertheless, according to the factors taken into account such as the rate of import tariffs and non-tariff barriers, except for Uganda, these countries cannot be described as open economies. While the average tariff rates of India and Vietnam is more than 50%, China, with relatively lesser but still high average tariff rate applied trade subsidies and quantitative restrictions both before and after the accession to the WTO<sup>39</sup>. Again, since 1990s, while some fastest growing countries such as Lebanon and Lesotho, had trade-restrictive systems under the identification of Sachs and Werner’s study, growth collapses can be seen in some of the most open countries such as Moldova and Mongolia. Taking into account this evidence, opponents conclude that there is not a strong relationship between openness and growth.

Armed with these arguments one could easily concludes that international trade is not the way to produce substantive equality among unequal trade partners. Especially the widening gap between developing and developed countries as well as rich and poor during the period of globalization clearly shows that benefits of international trade is not being shared equitably It is dangerous for developing countries to reduce trade barriers for the purposes of combating poverty and promoting economic development. That’s why international trade institutions must seek a concept of fair trade rather than absolute terms of free trade. In the structure of WTO, one can see these arguments about providing efficient ways to developing countries for a fair integration into the world economy. Next part, some special treatments provisions for developing countries and arguments about their sufficiency are discussed,

<sup>35</sup> Sachs, J. D. and A. Warner (1995). "Economic Reform and the Process of Global Integration." Brookings Papers on Economic Activity, [http://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/sotsubo/Papers/Sachs\\_Warner\\_1995.pdf](http://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/sotsubo/Papers/Sachs_Warner_1995.pdf)

<sup>36</sup> David Dollar and Aart Kraay, “Trade, Growth, and Poverty,” *SSRN eLibrary* (June 2001), [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=632684](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=632684), 4.

<sup>37</sup> According to the Sachs and Warner, a country is considered as closed economy, if it has any one of the following five characteristics: “(i) its average tariff rate exceeded 40%, (ii) its non-tariff barriers covered more than 40% of imports, (iii) it had a socialist economic system (iv) it had a state monopoly of major exports, or (v) its black-market premium exceeded 20% during either the decade of 1970s or the decade of 1980s.”

Sachs, J. D. and A. Warner (1995). "Economic Reform and the Process of Global Integration."

<sup>38</sup> Rodrik, Dani, How to Save Globalization from its Cheerleaders (September 2007). KSG Working Paper No. RWP07-038, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1019015>, 4.

<sup>39</sup> *Ibid.*, at 5.

#### IV. Development under the WTO

As it is mentioned in the beginning of the paper, first paragraph of the preamble to the WTO agreement refers to the objective of sustainable development. The second paragraph of the preamble places developing countries at the center of the WTO's efforts, by: "*Recognizing the need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development*"<sup>40</sup>.

Reading of the preamble clearly indicates that the representatives drafting the agreement are well aware that assisting developing countries and facilitating their economic development is an essential factor for the continuity of global trade system. This awareness led many development rounds and the last one called "Doha Development Round". Whether or not the WTO is effective in pursuing these objectives is an open question.

It is reasonable to expect that countries with higher Grand Domestic Product (GDP) have more bargaining power than that with lower GDP as the former have more financial and political leverage against the latter to serve their interests. The WTO rules are generally determined and driven by reciprocal negotiations among countries<sup>41</sup>. Nevertheless the rise of new global actors among developing countries led by China, India, and Brazil, has started to change the balance between these negotiations, and eventually resulted in the suspension of the negotiations in the last development round (Doha Development Round).

In this part, the paper examines the current provisional and organizational system and the arguments whether the structure of the system really helps developing countries promote economic growth. At the end of the part, the paper also covers some proposals addressing how to deal with the problems caused by the current system.

##### A. Current WTO System for Development of Developing Countries

The duty to deal with issues on economic development of developing countries within the organizational structure of the WTO system is vested on the Committee on Trade and Development (CTD). Issues on economic development such as the implementation of preferential provisions, guidelines for technical and legal assistance, integration of developing countries in the trading system are the main concern of the committee. However, it should be noted that, the committee is not a decision-making body. Its scope is limited to just implementation of provisions and providing technical and legal assistance to the developing countries.<sup>42</sup>

Provisional structure of the WTO system is built upon rules such as tariff bindings, the prohibition on non-tariff barriers, the Most Favored Nation (MFN) provisions, and the national treatment obligations and exceptions thereto. These substantive rules apply to developing and

<sup>40</sup> Marrakesh Agreement Establishing World Trade Organization Preamble, para., 2.

<sup>41</sup> Andrew Guzman and Joost H. B. Pauwelyn, *International Trade Law* (Aspen Publishers, Inc., 2009) 627.

<sup>42</sup> Yong-Shik Lee, ed., *Economic Development Through World Trade: A Developing World Perspective* (Kluwer Law International, 2008), 11.

developed countries alike. On the other hand, WTO also includes some special rules for developing countries. These are called “Special and Differential Treatment” provisions and generally divided into six categories<sup>43</sup>: (1) Provisions aimed at increasing trade opportunities through generalized system of preferences. (2) Provisions requiring WTO members to safeguard the interest of developing countries. (3) Provisions providing flexibility to developing countries in rules and disciplines governing trade measures. (4) Provisions giving extended transitional periods to developing countries. (5) Provisions for technical and legal assistance. (6) Provisions about Least Developed Countries.

Although, there are nearly 100 provisions under this categorization that address to needs of developing countries, they, in fact, represent the modest deviations from the main substantive provisions because of the belief that, it is the substantive provisions that really contribute to economic growth rather than special rules<sup>44</sup>. However, these rules are not completely trivial in the consideration of development concept within the WTO. They are important in raising standards of life and economic growth in developing countries, when they are effective.

The question whether they are effective for development is the main argument debated heavily by the institutions of the WTO. In the next section these organizational and provisional problems faced by developing countries in the development process and negotiations are examined and some examples among the WTO provisions related to special treatment for developing countries are provided for the purpose of clarifying current system and its ineffectiveness.

### **B. Does The Current System Promote to Growth?**

As mentioned, the WTO includes provisions aimed at the development of developing countries under the categories covered above. In order to provide an insight into their contribution to economic development, this section examines to what extent these provisions are capable of materializing economic growth they are adopted to accomplish.

**Enabling Clause:** General system of preferences (GSP) later called “Enabling Clause” is a provision articulated to promote trade and export earnings of developing countries through the establishment of generalized, non-discriminatory, nonreciprocal preferential tariff treatment in the markets of developed countries for products from developing countries. This provision provides opportunity to developed countries to waive the MFN provisions of the Article I of the GATT. In other words, developed countries can accord preferential tariff treatment to products originating in developing countries without applying the same tariff treatment to the other developed countries and fear of being subject to retaliatory sanctions, and developing countries have a better and much wider access to massive consumer potentials of developed countries. Moreover, the developed countries expect neither, reciprocity for commitments made by them in trade negotiations to reduce or remove tariffs and other barriers to the trade of developing countries nor contributions that are inconsistent with the particular situation and problems of developing countries<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Guzman and Pauwelyn, *International Trade Law*. at 628-630

<sup>44</sup> *Ibid.* at, 630

<sup>45</sup> Lee, *Economic Development Through World Trade*. 9-10.

Although enabling clause and preference programs in the WTO do not oblige developing countries to act in a certain manner and do seem to provide them with at least some benefit, there are serious problems with the implementation of the provision.

First, enabling clause is directly related to MFN principle. and MFN tariffs are being reduced and removed through the WTO negotiations and regional agreements. Thus, as the MFN tariffs continue to fall, the advantages derived from the enabling clause are further eroded.<sup>46</sup> Second, the fact that enabling clause applies to products originating in developing countries brings about the concept of rules of origin, which requires that a substantive percentage of the inputs such as labor or material requirement, come from beneficiary countries. Such rules prevent the granted members from choosing the most efficient sources of inputs and result that a significant percentage of exports from those states fails to fulfill the requirements.<sup>47</sup> Therefore, compliance costs of rules of origin concept surely cut into the potential beneficial effects of GSP as well. Third, preference programs are discretionary and unpredictable that makes the investments made to take advantage of a preference scheme risky and unfeasible. Given their discretionary character, preference programs can be withdrawn anytime by granting member. Finally, in most cases, the members granting preference programs are allowed to seek additional requirements that developing countries are expected to fulfill in order to be the beneficiary of the program.<sup>48</sup> These additional requirements brought by granting state limit the number of developing states providing benefits from preferences and reduce the gains preferences provide to producers.

**Article XVIII of the GATT:** This provision recognizes the importance of infant industry protection and special conditions of developing countries.

“Developing countries should enjoy additional facilities to enable them (a) to maintain sufficient flexibility in their tariff structure to be able to grant the tariff protection required for establishment of a particular industry and (b) to apply quantitative restrictions for balance of payments purposes in a manner which takes full account of the continued high level of demand for imports likely to be generated by their programs of economic development.”<sup>49</sup>

According to this provision, developing countries can grant tariff protection for their domestic producers, modify or withdraw concessions and subsidize domestic industries, in an effort to promote particular industry. Modification or withdrawal of concessions should be applied in a reciprocal manner. In other words, the developing member seeking to modify concessions should negotiate with other members and take some compensatory action for a mutual end.<sup>50</sup> Appropriate

<sup>46</sup> Wacziarg and Welch presents the MFN tariff rates in a country-based analysis. The paper clearly shows that special tariff preferences to developing members are meaningless, while the current tariff rates are already low. Romain Wacziarg and Karen Horn Welch, *Trade Liberalization and Growth: New Evidence* Working Paper (National Bureau of Economic Research, December 2003), <http://www.nber.org/papers/w10152>, 39-45.

<sup>47</sup> Guzman and Pauwelyn, *International Trade Law*, 645.

<sup>48</sup> Appellate Body Report, *European Communities-Conditions for Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R (adopted Apr. 20, 2004).

<sup>49</sup> GATT Article XVIII (October 30, 1947) (entered into force January 1, 1948), 58 U.N.T.S. 187, available at [www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/gatt47\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf).

<sup>50</sup> Lee, *Economic Development Through World Trade*, 7.

compensation may be arrived at through negotiations or, if those fail, by referring the matter to the general council.<sup>51</sup>

Though, the article provides a limited exception for developing countries to promote economic development through infant industry protection, reciprocity process consumes too much time for the purposes of development. Especially spending too much time for consultations and negotiations removes the limited contribution of the article and reduces its effectiveness.<sup>52</sup>

**Part IV:** In contrast to Article XVIII, the focus of Part IV is on export-led growth, instead of the protection of infant industries. Articles in Part IV establishes rules on when flow of goods and services originating from a least developed or developing country may not be possible due to inefficiencies for access to developed markets, developed countries are obliged to take necessary measures to provide effective access to their markets without reciprocal interests.

Article XXXVII states that: “The developed contracting parties shall to the fullest extent possible—that is, except when compelling reasons, which may include legal reasons, make it impossible— give effect to the following provisions.”<sup>53</sup> As one can see easily that it is the language, which is the declaratory rather than obligatory and provides to developed countries enough room to do nothing.<sup>54</sup> The only remedy provided for developing countries in case of non-compliance by developed members is to submit a request for consultation to either individual developed countries or GATT council. This situation again raises serious doubt about the effectiveness of the provisions related to development.

### C. Proposals

The WTO’s organizational and provisional structure has proved to be ineffective in providing means for developing members’ integration into the world system. When the conflicts reached at their peak in Doha and suspended the round, it became clear that solving the problem, in deed, requires a recalibration in the structure of the WTO.<sup>55</sup> Since then, there are proposals by highly acknowledged economists examining how to build an effective organizational and provisional structure with the purpose of answering the needs of poorer nations. They include both organizational structure of WTO and the provisions.

Current organizational structure of the WTO on development consists of Committee on Trade and Development (CTD) and subcommittee on LDCs. These institutions within the WTO are considered as ineffective due to their limited scope that is the CTD includes just the implementation of preferential provisions and technical and legal assistance for developing countries rather than a broader scope such as technology transfer, financial mechanism and debt relief.<sup>56</sup> The absence of an institution within the WTO concerning these issues has caused developing members have to deal

<sup>51</sup> Guzman and Pauwelyn, *International Trade Law*, 648.

<sup>52</sup> Lee, *Economic Development Through World Trade* 8.

<sup>53</sup> GATT Article XXXVII

<sup>54</sup> Lee, *Economic Development Through World Trade*, 9.

<sup>55</sup> Stiglitz and Charlton, *Fair Trade for All*.

<sup>56</sup> Lee, *Economic Development Through World Trade*, 11.

with these problems in the WTO's general council level in which the developed countries have excessive negotiation power. What is proposed to deal with this problem is to institute a new council covering all of these issues that the CTD does not cover.<sup>57</sup>

Elevating the existing committee to a council level that covers specific, complex and long term issues related development will help to resolve ineffectiveness problem of WTO institution. First, it would strengthen the organization in building effective specific development and preference programs by conferring a decision-maker characteristic to the institution. It would provide that developing countries do not have to deal with the provisional problems related to development within the general council level but they can bring the issues into an effective council whose main function is directly related to the development.<sup>58</sup> Second, this proposed council should cover substantial and essential trade related issues that the committee has not been able to address. Such new council will have a broader authorization to implement all necessary measures to contribute trade and development and capacity to handle substantial development problems that concern the developing members of the WTO.<sup>59</sup>

Proposals for an effective WTO system answering the need of developing countries related to the development also include a new provisional structure. The principle underlying these proposals is that all countries should participate in an enforceable system of preferential market access in which right and obligations are distributed progressively according to objective criteria.<sup>60</sup> Accordingly, they suggest that all WTO members should provide a free market access in all goods to those who have smaller and poorer market and economy. In other words, all developing countries can expect free access to all countries with both larger GDP and a larger GDP per capita.<sup>61</sup>

These proposals have many aspects. First they require a tremendous trade liberalization by the large developed countries so that industries of developing countries can reach developed markets and great amount of consumers. Second, without discretion of developed countries in evaluating special and differential treatment, there is no risk and unpredictable concerns for the investments made to take advantage of these treatments. Third, they also provide flexibility to developing members to use trade policy in the contribution of development through protecting their important industries from more efficient and advanced manufacturers and producers of developed members. Finally, these proposals do not involve complex negotiation processes and reciprocity that reflects countries that have bargaining power coming with lucrative domestic economies.<sup>62</sup>

There can be questions about motivational issues from the side of developed countries. Why would they support these proposals or adopt special and differential treatment? Which perspectives of these proposals can motivate them? These are serious questions, especially when political and economic constraints in the developed countries are taken into account. However, the trade practice

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, at 12.

<sup>58</sup> *Ibid.*, at 13.

<sup>59</sup> *Ibid.*, at 13-14

<sup>60</sup> Stiglitz and Charlton, *Fair Trade for All*.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.*

among the developed members, leads optimism in the sphere of economists about the application of the proposals. For example, substantial share of trade among developed countries is already duty-free because of several bilateral trade agreements and developed countries actually are those who support the idea of free trade. Moreover, despite the threat of abusive use, those countries still have access to safeguard measures to reduce the adverse impacts of excessive number of imports.<sup>63</sup>

In order to build a satisfactory and well operating system of trade, both the organizational and provisional structure of WTO must provide significant benefits for developing countries with an enforceable capacity. Differences in circumstances and economic capabilities and the interests of WTO members must be evaluated carefully. Otherwise, the credibility of WTO will be damaged further and result being rejected by its developing members.

### **Conclusion**

The understanding of free trade policy is changing. The idea that eliminating barriers to trade and liberalizing the market promote economic growth may not be regarded as a rule of thumb as it was so before. Free market may also prove to be a defective factor in specializing production tools and incentives. Countries with weaker production capacity are subject to the highly advanced imports from developed world and small industries within these countries get further harmed, because of the lack of ability to compete. When China and India are taken out of the data that academics provided, it can also be asserted that there is no sign for positive relationship between elimination of trade barriers and economic growth in developing countries. Moreover, it is accepted that free trade has distributional effects that it widens the gap between have's and have not's. Provisions provided by the WTO responds some concerns, however, it can be easily seen that the nature of the provisions, in deed, are designed for the favor of granting developed countries, instead of developing members.

It is self-evident that the WTO must have a new understanding and provide new effective provision answering the need of its developing members. In order to benefit the least advantaged countries of the current system, new provisions must be binding, non-exclusionary, and unconditional, if the goal is to implement it in a form that will reflect justice as fairness and contribute to justification of the international system. Otherwise, everything related to world trade and globalization is in danger which may consequently result in the demise of the WTO.

### **REFERENCES**

- Dollar, David, and Aart Kraay. "Trade, Growth, and Poverty." *SSRN eLibrary* (June 2001). [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=632684](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=632684).
- Gonzalez, Carmen G. "An Environmental Justice Critique of Comparative Advantage: Indigenous Peoples, Trade Policy, and the Mexican Neoliberal Economic Reforms." *SSRN eLibrary* (March 1, 2011).

---

<sup>63</sup> *Ibid.*

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1260048](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1260048).

Guzman, Andrew, and Joost H. B. Pauwelyn. *International Trade Law*. Aspen Publishers, Inc., 2009.

Krueger, Anne O. *Trade Policy and Economic Development: How We Learn* Working Paper. National Bureau of Economic Research, January 1997. <http://www.nber.org/papers/w5896>.

Lee, Yong-Shik, ed. *Economic Development Through World Trade: A Developing World Perspective*. Kluwer Law International, 2008.

Paul, Joel R. "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?" *SSRN eLibrary*. Accessed November 11, 2012. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=468880](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=468880).

Rodriguez, Francisco. *Openness and Growth: What Have We Learned?* Working Paper. United Nations, Department of Economics and Social Affairs, 2007. <http://ideas.repec.org/p/une/wpaper/51.html>.

Rodriguez, Francisco, and Dani Rodrik. *Trade Policy and Economic Growth: A Skeptic's Guide to Cross-National Evidence* Working Paper. National Bureau of Economic Research, April 1999. <http://www.nber.org/papers/w7081>.

Sachs, Jeffrey D., and Andrew M. Warner. *Natural Resource Abundance and Economic Growth* Working Paper. National Bureau of Economic Research, December 1995. <http://www.nber.org/papers/w5398>.

Stiglitz, Joseph E., and Andrew Charlton. *Fair Trade for All: How Trade Can Promote Development*. Oxford University Press, USA, 2006.

Wacziarg, Romain, and Karen Horn Welch. *Trade Liberalization and Growth: New Evidence* Working Paper. National Bureau of Economic Research, December 2003. <http://www.nber.org/papers/w10152>.

"Conning the Congo." *Greenpeace International*. Accessed November 12, 2012. <http://www.greenpeace.org/international/en/publications/reports/conning-the-congo/>.



## RUSSIA-THE EUROPEAN UNION RELATION AND THE ENERGY CHARTER TREATY<sup>#</sup>

Hüseyin Çağrı ÇORLU\*

### Abstract

The transmission of natural gas and electricity through transmission lines is crucial in ensuring the development of competitive energy markets and security of energy supply. As international law on energy transit has yet to be developed, states seek alternative resolution mechanisms to address relevant legal disputes. To what extent these mechanisms suffice to deal with international crises between supplier and consumer states has been an open question. It was Article 7 of 1994 Energy Charter Treaty (ECT) which sought a legal mechanism to address international energy disputes for the first time. Nevertheless, energy crises of 2000s and little use of dispute resolution mechanisms adopted under the Treaty in relation to these crises resulted in criticism on the necessity and effectiveness of the ECT. This paper analyses the critics on the ECT and its priorities with respect to energy transit on the basis of YUKOS case and natural gas crises of 2009.

**Keywords:** Energy Charter Treaty, Gazprom, EU, YUKOS, Russia, Nabucco, Nord Stream, South Stream, Turkish Stream, Energy Security, Gas Crisis, Energy Transit, Fixed Infrastructure, GATT, WTO, Freedom of Transit.

## RUSYA- AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİ VE ENERJİ ŞARTI

### Özet

Doğal gaz ve elektrik enerjisinin iletim hatlarından transit geçişine yönelik hukuki rejimlerin kurulması, ilgili devletler nezdinde enerji tedarikinin güvenliği ve rekabetçi enerji piyasalarının kurulması açısından büyük önem arz etmektedir. Uluslararası hukuk nezdinde enerji transitinin bir çözüme kavuşturulamamış olması, uluslararası hukukun temel aktörleri devletlerin ikili ve çoklu anlaşmalar yoluyla bu soruna eğilmesi neticesini doğurmuş olsa da, bu tür alternatif yolların, uyuşmazlıkların giderilmesi konusundaki başarısızlıkları, tecrübe edilen uluslararası krizler bağlamında açık bir şekilde görünmektedir. 1994 Enerji Şartı Anlaşması, özellikle enerji transitine yönelik olarak bünyesinde bulundurduğu 7. Madde uyarınca, bu

# **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 05.06.2018

**Kabul Tarihi:** 14.06.2018

\* [hustinyen@gmail.com](mailto:hustinyen@gmail.com)

ORCID ID: 0000-0002-8205-9596

tür sorunların uluslararası boyutta ilk olarak ele alındığı bir hukuki rejim ön görmüştür. Fakat 2000’li yıllarda ard arda gerçekleşen enerji krizleri ve enerji şartının bu krizlerin önüne geçme konusundaki başarısızlığı, akademik camiada ve üye devletler nezdinde Şartın etkinliği ve gerekliliği konusunda çok ciddi eleştirilerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. İş bu çalışma, bu eleştirilerin ortaya çıkmasının nedenleri ve Enerji Şartının enerji alanında ortaya çıkan uyuşmazlıklara ilişkin önceliklerini *YUKOS* davası ve 2009 doğal gaz krizi nezdinde detaylı bir şekilde incelemektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Enerji Şartı, Gazprom, AB, Yukos, Rusya, Nabucco, Kuzey Akım, Güney Akım, Türk Akımı, Energy Güvenliği, Doğal Gaz Krizi, Enerji Transiti, Altyapı, GATT, DTÖ, Transit Serbestisi.

## I. INTRODUCTION

Since the dismantling of the Soviet Empire in the late 1980s, energy has been at the centre of the relationship between European Union and Russia. While the former needs great amounts of energy to feed its industry, the latter seeks to deploy its abundant energy resources for both economic and political objectives. As a major resource-endowed country, Russia has lacked of the necessary capital to generate extraction and transportation of its energy efficiently. European Union, on the other hand, was totally dependent on the energy coming from unstable Middle Eastern countries, which tend to use natural resources as leverage against their political opponents. The idea was simple and obvious; exchanging the assets of natural energy resources and high capital to be invested in the energy supply chain, would lead to tremendous commercial activity and interdependence in energy trade which has not been experienced before.

The climate after the collapse of Soviet Union was very persuasive to Western European States to envisage the transformation of newly emerging East European economies into the liberal economies and the establishment of a new framework ensuring a secure access to energy supplies. Russia, once a dominant power of Cold War era as the major component of Soviet Union, was struggling with political and economic crises and seeking to preserve its power over newly independent states. Persuaded by the post-Cold War atmosphere which rendered the newly emerging actors more cooperative, the European Union started to develop new strategies to expands its economic and political periphery over the eastern Europe. The 1994 Energy Charter Treaty was of these strategies and constituted the first multilateral framework governing exclusively energy trade and investment.

The regional scope of the treaty was wide enough to regulate the energy trade between Europe, Russia and other transit and resource-endowed states in Central Asia. The ECT was envisaged to provide the secure supply of the energy originating from producer countries, flowing through transit states and destined to major demand centres and to further improve the energy extraction and production, implementing investment protection. However, given the evidence including conflicts between signatories and the ability of ECT to tackle with these disputes in the last decade, international community was inclined to accept that the context and provisions adopted

under the ECT are far from being an effective in converging all interests and priorities of its signatories on the negotiation table.

Against this background, the paper proceeds as follows. First, it presents the concept of energy governance to show how the characteristics and transportation of energy products differ, when compared to other conventional goods. In this way, it introduces the complexity of energy governance in international law with the conflicting principles of “Trade Liberalization” and “State Sovereignty”. Next, the paper discusses “Freedom of Transit” and its implementation within both international law and cross-border energy trade. The transit of energy products is always regarded as a fundamental element for the establishment of secure supply of energy, and the paper presents the conventional approaches to freedom of transit by analysing freedom of transit definitions expressed within the Barcelona Convention on Freedom of Transit, General Agreement on Trade and Tariffs, (GATT) and finally the Energy Charter Treaty. In the third section, the paper addresses the relationship between Russia and European Union to shed light upon the underlying concepts and objectives in the development of Energy Charter Treaty. In so doing, it offers an insight into the energy policies that led states to build a new legal framework governing their trade in energy. After, providing concepts and objectives underlying the development of Energy Charter Treaty, the paper turns to the context of the Treaty and particularly its energy transit provision, Article 7. An interpretation of the article is presented and some of discussions about the effect of the article within the purpose of securing energy trade are included.

In the fifth section, the paper provides a detailed analysis of the tension between Russia and the European Union regarding the ECT. A diverse range of issues is addressed, including external relationships, internal policy struggles within the counterparts, effects of economic and political concerns on the energy trade between them as reflected by the implementation of the ECT. The paper also presents discussions on the strife between the EU member states, the effects of state-owned companies such as Gazprom and Rosneft on Russian energy policy, and the consequences of the colliding principles of nationalization and trade liberalization on energy trade. In this section, the paper also provides a brief review on YUKOS arbitration case to show how investments made by investors from parties of the ECT are protected. Finally, the paper covers the details of 2009 Gas Crisis between Russia, Ukraine and European Union. Addressing also some previous gas crises in the last decade, the paper evaluates why the ECT failed to deal with these crises and to provide an efficient solution for the parties involved.

## **II. ENERGY GOVERNANCE**

Given their unique characteristics, energy products such as electricity, oil and gas are generally perceived and treated differently than other conventional commodities. They are scarce in nature and unevenly distributed across the globe. While some countries in specific regions are blessed with an abundance of natural resources, other countries find themselves importing great amounts of energy products from these resource-endowed countries to sustain their domestic

industry and economic development. Thus, the secure supply of energy products for energy importing countries is essential for economic and social sustainability.<sup>1</sup>

Again, due to their physical nature, transportation of energy products from producer countries to demand centres is of great concern for all parties involved in energy business. Except for crude oil which can be transported by different methods including both pipelines and tankers, transportation of energy goods is exclusively performed through transmission pipelines and grids. Electricity by its very nature can only be transmitted through high or low voltage grids. Transportation of gas through tankers or trucks requires additional processes and costs. In order to transport gas through these methods, gas must be liquefied (LNG) and stored with high technology storage. The efficiency of this process is also highly questionable, because, on the one hand, liquefying the gas also requires additional energy and high technology; on the other hand, there is a considerable volume of gas being lost in the process of liquefaction.<sup>2</sup> Therefore transportation of gas through pipelines without invoking costly and inefficient processes constitutes great value for the parties whose main concern is to access energy supply at reasonable prices.

Apart from limited means of transport for gas and electricity, long distances between producer states and demand centres generate additional international concerns. As mentioned above, natural resources are unevenly distributed across the world and, this ultimately makes transit of energy one of the most important aspects of the access to upstream energy supply.<sup>3</sup> The fact that energy products are transported most efficiently via fixed infrastructures, e.g. grids and pipelines, places emphasis on the need for an international legal framework governing energy trade and in particular energy transit. The significance of transit states in hosting pipelines and grids distinguishes trade and transit in energy from those in other goods. Cross border infrastructure for energy may involve one or multiple state territories in order to reach destination states. For each territory through which pipelines pass, the greater the complexity caused by the inclusion of additional jurisdictions, such as being subject to multiple legal regimes and regulatory institutions is the case.

Even though the nature of these cross border networks over long distances involving multiple sovereign territories and multiple regions has long required a multilateral framework for an effective governance, these cross border networks and energy trade had not been addressed in a multilateral treaty until the adoption of the Energy Charter Treaty in 1994.<sup>4</sup> When, the GATT negotiations started and the system of trade liberalization and the economic globalization were constructed in late 1940s, liberalization and governance of energy trade was not an economic and

<sup>1</sup> Yulia Selivanova, "Challenges for Multilateral Energy Trade Regulation: WTO and Energy Charter," (2010) In *Society of International Economic Law (SIEL), Second Biennial Global Conference, University of Barcelona*, p 3.

<sup>2</sup> Reiner Liesen, "Transit under the 1994 Energy Charter Treaty," (1999) *J. Energy & Nat. Resources L.*, 17: p 59-60.

<sup>3</sup> Nikolay Kaveshnikov, "The issue of energy security in relations between Russia and the European Union," (2010) *European security*, 19: p 588.

<sup>4</sup> Julia Selivanova, *WTO and Energy; WTO Rules and Agreements of Relevance to the Energy Sector*, (2010) ICTSD Trade and Sustainable Energy Series Issue Paper No. 1, International Center for Trade and Sustainable Development, Geneva, Switzerland, p VII.

political priority.<sup>5</sup> Energy sectors were generally run by state owned entities mostly at national level, and international energy trade was controlled by few multinational companies.<sup>6</sup> Each legal instrument with respect to energy trade remained at a contractual level and far from constituting general multilateral framework.

As new technological innovation with regards to energy extraction and transit has developed and demand for energy in importing states has drastically risen, the interest in bilateral and regional instruments dealing specifically with cross border fixed infrastructure has also started increasing.<sup>7</sup> Especially, in Europe, the discovery of Groningen Gas field in Netherlands and gas reserves in Norway led to the development of cross border natural gas grids spanning over Europe.<sup>8</sup> This necessitated the arrival of new legal and economic mechanisms designed to govern energy trade on a multilateral basis.

Subject to multiple jurisdictions, energy trade was exposed to high political volatility and risks within transit states which ultimately pose a great threat to enormous investments being made.<sup>9</sup> Conflicting legal norms, regulations across transit states and political instability are the main concerns for investors and parties in terms of making long term investments in transit structures.<sup>10</sup> For example, due to political instability and hostility in the relationships between neighbouring countries, international pipelines in Middle East have never been properly operated since they were built.<sup>11</sup> Many of these pipeline routes have to pass through transit states rife with political instability which render high capital investments on transport networks very questionable.

The fact that the construction and the use of new pipelines and transit facilities constituted permanent occupation of foreign territories also resulted in the emergence of a new tension between the interests of trade liberalization and state sovereignty.<sup>12</sup> Transportation of energy products has crucial legal and political implications as to states' territorial sovereignty. Transit states have been generally reluctant to allow the construction and the use of new or existing transit lines owned and/or managed by foreign nationals and undertakings across their territories. For example, in the late 1960s, a proposal offered to Belgium and France by Netherlands, which had followed highly liberalized economic policies even in a protectionist world trade order, with regards to the construction of a new transport network to sell gas to Italy was refused on the ground that transit states did not want to grant a joint ownership of transport network to an Italian buyer. Germany and Switzerland who consider transit projects as a way of diminishing their energy vulnerability, later allowed joint ownership of the network.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> Thomas Cottier, et al., *Energy in WTO law and policy*: (2009) NCCR and World Trade Institute, p 1.

<sup>6</sup> Yulia Selivanova, "International Energy Governance: The Role of the Energy Charter," (2012) In *Proceedings of the Annual Meeting American Society of International Law*, p 395.

<sup>7</sup> Sergei Vinogradov, "Cross-border pipelines in international law, 14 Nat," (1999) In *Res. & Env*: American Bar Association, p 76.

<sup>8</sup> Martha M. Roggenkamp (1994), p 60.

<sup>9</sup> Reiner Liesen, (1999), p 57

<sup>10</sup> Ibid.

<sup>11</sup> Ibid footnote 10.

<sup>12</sup> Ibid p. 59

<sup>13</sup> Ibid

In the beginning of the 1990s, transport of energy through fixed infrastructure started to be considered with the “Principle of Freedom of Transit”. Until then there was no uniformed practice in international law to tackle cross border energy transit which was generally addressed on a contractual, bilateral or regional basis.<sup>14</sup> Initially, several transit cases regarding energy transit were handled in a European framework in connection with the GATT Article V “Freedom of Transit” provision.<sup>15</sup> Later, freedom of transit and energy transit via fixed infrastructure were addressed within respectively European Energy Directives, European Energy Charter and finally the Energy Charter Treaty. Both energy transit and freedom of transit imply a great degree of cooperation between states involved in and the need for a legal framework to materialize and regulate this cooperation.<sup>16</sup> Therefore, the concept of freedom of transit and its application in the context of energy transit is crucial in assessing how the Energy Charter Treaty and particularly Article 7 are set forth to tackle energy transit.

### III. FREEDOM OF TRANSIT

#### A. Development of the Concept

As mentioned above, the importance of energy transit and application of the principle of freedom of transit to energy sector have been subject to an intensive debate within the concept of energy security. The principle of freedom of transit dates back to the idea developed by Grotius in 17th Century, when he asserted “*a general right of transit across the territory of another state in the interests of the community of nations*”.<sup>17</sup> The role played by transit provisions becomes of a greater importance as the commercial transactions between states increase, economic interdependence among states develops.<sup>18</sup>

The first multilateral instrument codifying the principle of freedom of transit is the Convention on Freedom of Transit (Barcelona Convention) promulgated by the League of Nations in Barcelona 1921.<sup>19</sup> Until then, transit was solely invoked when it was in the interest of some certain states or in connection with certain routes.<sup>20</sup> After World War I broke out, the need for an international framework for transit led to the birth of the Barcelona Convention under the auspices of League of Nations.

The Barcelona Convention set out a right for freedom of transit. Accordingly the right arised where: “(p)ersons (...) and goods (...) shall be deemed in transit across territory of one Contracting

<sup>14</sup> Vinogradov, S. (1999), p 75

<sup>15</sup> In case 266/81, *SIOT v. Ministero delle Finanze* (1983) ECR 731, court stated the relevance of freedom of transit articulated under GATT Article V. within the context of energy transit, even though it is not directly applicable to domestic laws of Europe. For further detail, *see*; Roggenkamp, M. M. (1994) "Implications of GATT and EEC on Networkbound Energy Trade in Europe," *J. Energy & Nat. Resources L.*, 12: p 70.

<sup>16</sup> Vinogradov, S. (1999), p 75

<sup>17</sup> For detailed analysis of freedom of transit within customary international law *see*; Elihu Lauterpacht, "Freedom of transit in international law," (1958) In *Transactions of the Grotius Society*: British Institute of International and Comparative Law.

<sup>18</sup> Martha M. Roggenkamp, "Transit of Networkbound Energy: A New Phenomenon?—Transit Examined from the Barcelona Transit Convention to the Energy charter Treaty," (1995) *World Competition*, 19: p 119.

<sup>19</sup> Article 1 of the Barcelona Convention. The text of the convention is available at [http://www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/details.jsp?treaty\\_id=304](http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/details.jsp?treaty_id=304).

<sup>20</sup> Roggenkamp, M. M. (1995), p 121.

States, when the passage across such territory (...) is only a portion of a complete journey, beginning and terminating beyond the frontier of the state across whose territory the transit takes place”.<sup>21</sup> This definition clearly stated that the principle of transit applied to journeys through which crossing of more than one frontiers was needed. States were required to take all necessary measures to establish that goods and facilities were properly in transit.<sup>22</sup>

Even though the Convention was regarded as the first multilateral framework which set forth the right for cross border transit, the legal implications its application would unravel in multilateral context have been ambiguous. Whether the language adopted by the Convention implied an absolute international legal norm for third parties to invoke freedom of transit, whether it prescribed a positive obligation on the part of the contracting states to construct additional facilities in order to make the freedom of transit effective were yet to be answered and have been subject an intensive debate among scholars.

### **B. Freedom of Transit under GATT**

The definition articulated under the Barcelona Convention constituted the basis of many international instruments addressing freedom of transit at multilateral, bilateral or regional level. One such instrument, perhaps the most important one so far, was the General Agreement on Tariffs and Trade, (GATT) of 1947. Article V of GATT provided that “there shall be freedom of transit through territory of each contracting party, via routes most convenient” for international transit, for traffic in transit to or from the territory of other contracting parties”.<sup>23</sup> The scope of the Article was derived from the Barcelona Convention. Article V, the first paragraph of which states that all “goods (...) and other means of transport, shall be deemed to be in transit across such territory (...) when the passage is only a portion of a complete journey beginning and terminating beyond the frontier of the contracting party across whose territory the traffic passes”.<sup>24</sup>

The reading of Article V provides no exceptions as the scope of goods it addressed. Thus it can be reasonably asserted that GATT applies to all goods including energy products<sup>25</sup>. However, practical experience with Article V is such that only one transit dispute was brought before a World Trade Organization (WTO) dispute resolution body and other conflicts concerning the scope of the Article were settled mostly at bilateral level.<sup>26</sup> As energy trade *de facto* remained outside the scope of the GATT, energy transit has also been treated in the same manner.

<sup>21</sup> Liesen, R. (1999), p 58

<sup>22</sup> Roggenkamp, M. M. (1995), p 122.

<sup>23</sup> GATT 1994, Article V (2): General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, THE LEGAL TEXTS: THE RESULTS OF THE URUGUAY ROUND OF MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS 17 (1999), 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994) [GATT 1994].

<sup>24</sup> Article V (1): GATT (1994).

<sup>25</sup> Roggenkamp, M. M. (1995), p 126.

<sup>26</sup> Mireille Cossy, "Energy Transport and Transit in WTO," (2010) In *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, edited by J. Pauwelyn. Geneva: Center for Trade and Economic Integration, p 117.

### C. Freedom of Transit under International Treaties

A bifurcated approach is necessary to address the regulation of energy transit in international law. On-land pipelines are fixed infrastructure discussed previously in the context of freedom of transit in the energy sector and fall *de facto* outside any multilateral framework remaining entirely within national jurisdictions of different states.<sup>27</sup> Submarine pipelines, however have legal background within international law. General principle of freedom of the high seas, codified in 1958 Geneva Convention on the High Seas which sets out conclusive right of all states to construct submarine pipelines on High Seas.<sup>28</sup> 1958 General Convention on the Continental Shelf sets out a similar right for all states to lay submarine pipelines on the continental shelf, subject to the right of coastal states to take necessary actions for the exploration and exploitation of their continental shelf and natural resources.<sup>29</sup> Successor of these Geneva Conventions is the 1982 United Nations Convention on Law of The Sea (The 1982 UNCLOS). Requiring the coastal states not to obstruct the construction and the maintenance of submarine pipelines, the 1982 UNCLOS provides a general right to all states to build submarine pipelines on the continental shelf which is again subject to the right of coastal states to take necessary measures regarding exploration, exploitation of the continental shelf and further protection of marine environment.<sup>30</sup>

Compared to submarine pipelines, on-land network, however; lacked of a customary international legal basis until the 1994 Energy Charter Treaty (ECT). The main reason for this was that states have been more reluctant to accept construction of these pipelines over a territory where they have absolute sovereignty rights. Since the establishment of new pipelines constituted a permanent occupation of national territories, sovereignty concerns made the *international law* development of a general framework for on-land energy transit difficult.

After the Arab embargo and global oil crisis, European countries sought to find new energy suppliers and trade routes to sustain the energy need of their domestic industries and reduce their dependence on unstable Middle East countries. The emergence of cooperation between Soviet Union and Europe in the energy sector was the result of this quest. With the collapse of Soviet Union and the end of the cold war, European countries which had become substantially dependent on Russian gas saw a great opportunity to demolish economic divisions with Eastern European countries and to reach Russian and Central Asian gas reserves more easily.<sup>31</sup> Energy Charter Treaty (ECT), which followed, is the main multilateral treaty covering a diverse range issues from energy transit to investment protection over significant geographical scope.

It is essential to note, as earlier that the ECT was built upon the exchange of energy resources and capital investment. Underlying purpose of the Treaty was the provision of energy security to European Union which was greatly dependent on the imported energy. Therefore, in order to understand how issues relating to energy transit are established under ECT, and to what

<sup>27</sup> Vinogradov, S. (1999), p 78.

<sup>28</sup> Ibid., p 76

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Andrei Konoplyanik, & Thomas Wälde, "Energy Charter Treaty and its Role in International Energy," (2006) *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 24: p 524.



extend they are effective in resolving disputes pertaining to the energy sector, it is fundamental to address tensions and priorities between the European Union and Russia as the most important players in the context of the negotiation of ECT.

#### **D. Russia-EU relations before the ECT**

In 1970s, the world went through a disruptive global energy crisis. During the 1973 war between the Arab States and Israel, oil exporting Arab States imposed an embargo against the United States that decided to provide \$2.2 billion military assistance to Israel. As a result, the US started to store millions of barrels of oil and spent great amounts of money to construct and maintain huge oil storage facilities. The safety measures taken by oil importing countries and the instability in the producer regions resulted in a drastic increase in oil prices. The per barrel price of crude oil shifted from \$3.00 to almost \$11.65 and with the Iranian Revolution in 1979, it reached it's a peak of nearly \$40<sup>32</sup>. Shocked by such drastic and sudden changes in the World energy market, international community became more conscious of threats inherent because of the political and economic volatilities of producer regions and the threats to the energy security of energy consuming regions.<sup>33</sup>

In order to gain more security, Europe started reducing its dependence on the crude oil reserves from Middle Eastern countries by seeking new energy suppliers, since the gas reserves in the Netherland, Groningen Field and Norway were insufficient to supply Europe's energy demand.<sup>34</sup> The Soviet Union and later Russia, held the biggest gas reserves in the world but lacked capital investment to develop their indigenous domestic energy production. Though energy trade between Soviet Russia and Europe has been less problematic for a while, in August 1993, Russia cut off Ukrainian gas supplies for the first time to impose a political pressure with regards to the discussions on the control of Black Sea Ports. In return Ukraine started siphoning off the gas flowing through its infrastructure and meant for Italy and Germany.<sup>35</sup>

Russia also employed restrictive measures against the transit of oil from Kazakhstan and other Central Asia states.<sup>36</sup> Ultimately, the necessity of a general framework governing the energy sector and all the parties; (producers, consumers and transit states) was seen as fundamental for international energy trade.

Energy importing European states perceived the collapse of Soviet Union as an unprecedented opportunity to abolish the economic divisions of Eurasian Continent and to materialize the economic transformation of the newly independent East European states into the West European and Atlantic markets.<sup>37</sup> The first proposal was put forward during a meeting of the European Council by Dutch Prime Minister, Ruud Lubbers in Dublin, 1990. By providing the capital investment and technology of extraction and transit of energy resources, Western Europe

<sup>32</sup> Hussein Abdallah, "Oil Exports under GATT and the WTO," (2005) *OPEC review*, 29: p 269.

<sup>33</sup> Anna Aseeva, "EU-Russia Energy Relations: the Role of International Law from Energy Investment and Transit Perspective," PhD Thesis, (2011), In: University of Geneva, p 1.

<sup>34</sup> Reiner Liesen, (1999), p 57.

<sup>35</sup> Ibid, *see*; footnote 9.

<sup>36</sup> Martha. M., Roggenkamp, (1995), p 119.

<sup>37</sup> Andrei Konoplyanik & Thomas Wälde, (2006), p 524.

would have the secure access to the rich energy markets and gas reserves in the former Soviet States.<sup>38</sup>

The result of Lubber's plan was the European Energy Charter which was a non-binding expression of political intent and signed by 49 states and the EU at Hague on 16-17 December 1991.<sup>39</sup> The aims of the Charter were enhancing the security of supply, increasing the efficiency of energy production and transit, and the improvement of security and reduction of environmental concerns, under the principles of 'State Sovereignty', 'Non-discrimination' and 'Free Trade'.<sup>40</sup> This would bring about significant economic integration and the development of a European Energy Market, transforming the dormant Eastern European States into the market economies while promoting interdependence between importer, transit and producer countries in terms of investment in energy sectors.<sup>41</sup>

Nevertheless the European Energy Charter was far from governing the trade between Russia and the EU. The legal framework developed under the Charter lacked an effective compliance system. Rules that were adopted to manage energy trade were not mandatory and there was no structural body that could ensure the compliance of participating states. The systemic inefficiencies with regards to the European Energy Charter paved the way for the adoption of a more expansive and obligatory framework.

### **E. The Energy Charter Treaty**

Unlike the European Energy Charter, the Energy Charter Treaty (ECT) is a legally binding multilateral instrument, signed in Lisbon on 17 December 1991. Balancing the interests of contracting states, the ECT establishes a sectoral legal framework dealing specifically with investment, trade, transit, competition and environmental issues pertinent to energy products.<sup>42</sup> As stated above, while the energy consuming states seek a global regime establishing easier access to foreign supplies, producer countries generally pursue policies to generate utmost benefit from exploiting their natural resources. Before looking at the characteristic of these differences and priorities and the ability of the ECT to deal with these differences in the concept of energy transit, it is necessary to look at the scope of the ECT, and the legal instruments addressing the issues of energy transit.

#### **1- Scope of ECT**

The ECT constitutes the first global, multilateral agreement establishing a framework for energy trade. It contains a Preamble, some fifty articles in eight different parts and fourteen annexes governing exclusively energy trade, transit, investment measures, as well as a dispute settlement mechanism.<sup>43</sup> Given its structure, it is generally regarded as the multilateral investment treaty of the

<sup>38</sup> Bryan, Clark, "Transit and the Energy Charter Treaty: Rhetoric and Reality," (1998), *Web Journal of Current Legal Issues*, p 1.

<sup>39</sup> Ibid, p 2.

<sup>40</sup> Martha M. Roggenkamp, (1995), p 140.

<sup>41</sup> Andrei Konoplyanik & Thomas Wälde, (2006), p 525.

<sup>42</sup> Bryan Clark, (1998), p 2.

<sup>43</sup> Martha M. Roggenkamp, (1995), p 140.

broadest scope, distinguishing itself from all other bilateral and regional treaties. The geographical scope of the Treaty is also broad that all of European states signed and ratified, along with some central Asian energy producer countries.

The purpose of the Treaty as set out in Article 2 and the Preamble is to establish ‘a legal framework to promote long-term cooperation in the energy field’ and to ‘catalyze economic growth by means of measures to liberalize investment and trade in energy’.<sup>44</sup> Provisions are set up in a manner to develop a global energy market by establishing a balance between the interests of different state parties and to overcome objectives of open access to international markets in a competitive environment for energy products.<sup>45</sup> Whether the provisions are really successful in providing these objectives is discussed intensively amongst international community, but it is important, to note that, the ECT is an innovative framework by addressing exclusively energy related objectives and provides a crucial platform for discussion in connection with future legal frameworks on energy.

## 2- Energy Transit under the ECT

As energy resources is distributed unevenly across different regions of the World, the concept of cross border energy trade cannot be conceived without provisions on the freedom of transit. Apart from the general provisions regulating energy trade, such as on investment and dispute resolution, one of the main contributions that the ECT provided is the introduction of freedom of transit within the context of cross border energy trade. The ECT’s transit provision is articulated to put an end or at least to reduce transit risks inherent in the political and economic environment of the contracting parties involved.<sup>46</sup> The provision on energy transit is set out in Article 7(10) of the Treaty, which defines the transit as:

“... the carriage through the area of a Contracting Party, (...) of Energy Materials and Products, originating in the Area of another State and destined for the Area of a third state, so long as either the other state or the third State is a contracting Party.”

Regarded as a GATT-Plus provision by some commentators<sup>47</sup>, Article 7 is mostly inspired by previous international norms articulating freedom of transit such as the Barcelona Convention and the GATT. One distinction of Article 7 from its predecessors is its explicit mentioning of the transit of energy products.

Whether Article 7 of the ECT goes beyond the practical scope of its predecessors is debated within the international community.<sup>48</sup> Article 7(1) addresses three dimensions of transit: access; conditions; and non-interruption. With respect to access to transmission lines, Article 7(10) of the ECT imposes a general obligation on State parties to grant a request for access to transportation

<sup>44</sup> *The Energy Charter Treaty and Related Documents: a Legal Framework on International Energy Cooperation*, available at: [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf)

<sup>45</sup> Reiner Liesen, (1999), p 56.

<sup>46</sup> Reiner Liesen, (1999), p 57.

<sup>47</sup> Bryan Clark, (1998), p 4.

<sup>48</sup> Martha M. Roggenkamp, (1995), p 141.

networks.<sup>49</sup> The extent of this obligation is ambiguous. Even though, freedom of transit refers to a burden of obligation on the part of sovereign states, the article does not mention regulatory tools or principles designed to ensure access to transit networks by State parties. There is nothing in the Article indicating rights of third parties to access to transportation pipelines or grids. In contrast, Understandings 1 b(i) annexed to the Treaty clearly notes that nothing in the Treaty can be construed as an obligation placed upon Contracting States to introduce mandatory third party access.<sup>50</sup> The concept of “Mandatory Third Party Access” has been introduced as a fundamental component of ensuring access to transportation networks in the Transit Protocol negotiations. However these negotiations were later suspended in 2011 due to strong criticism by producer and transit states leading by Russia, which opposes any implication of third party access, on several economic and (geo)political grounds which are discussed in detail below<sup>51</sup>.

As to conditions, Article 7(4) states that the contracting states should not place any obstacles on the construction of new capacities, in cases where existing capacity is not sufficient for the purposes of transit. Again, this paragraph fails to identify the conditions, under which measures or actions taken by transit States constitute obstacles to the construction of new capacities. Furthermore, the following paragraph, Article 7(5) takes back what Article 7(4) gives. Article 7(5) limits the application of paragraph (4) in conditions, where such services endanger security of supply, or safety of transit states. Due to the lack of an intensive explanation of such conditions, there is nothing in the Article that forbids parties from invoking Article 7(5) and putting obstacles in the way of access to transport facilities. In fact, Russia, a producer as well as an important transit State sees construction of additional pipeline facilities over its territory without its consent as a threat to its national economy and energy security.<sup>52</sup>

With regard to non-interruption dimension, Article 7(6) states that a “contracting party (...) shall not, in the event of a dispute over any matter arising from Transit, interrupt or reduce (...) the existing flow of energy materials and products”. Even though, this paragraph is generally regarded as the most important provision in the Treaty, some commentators state that the contribution of the paragraph does not go beyond of a restatement of previous definitions.<sup>53</sup> First, Article 7(6) limits its application only to the transit States, which in turn allows any party other than the transit state to interrupt or reduce existing flow of energy products. Further, Article 7(6) also limits itself by restricting the scope of its application to the matters *arising from transit* which may lead to the interruptions of flow of energy material in the events of disputes over any matter other than transit.<sup>54</sup>

<sup>49</sup> Ibid, p 64.

<sup>50</sup> Bryan Clark, (1998), p 9.

<sup>51</sup> For the comments on Transit Protocol, see: the Energy Charter’s website; <https://energycharter.org/what-we-do/trade-and-transit/transit-protocol/>

<sup>52</sup> There are many scenarios for transit states with different priorities. While some transit states neighboring to resource endowed regions are reluctant to accept new transit routes, others see participating and establishing new transit route projects as a way to reduce their energy vulnerability. For further details on these scenarios see; Reiner Liesen, (1999), p 60-61.

<sup>53</sup> Martha M. Roggenkamp, (1995), p 142.

<sup>54</sup> Reiner Liesen, (1999), p 65.

### 3- Resolution of Transit Disputes under the ECT

In general, the ECT presents an ambitious dispute settlement mechanism in Articles 26 and 27. The former sets out a state-investor arbitration procedure for disputes between state parties and investors in the energy sector. It is important to note that the scope of Article is limited to disputes arising from Part III of ECT the title of which is “Investment Promotion and Protection”. The article focused on investment protection and specifically the protection of investors of contracting parties. Accordingly investors may claim and assert their rights through arbitration from state parties on a equal footing. States cannot take actions against investors with respect to their investment contracts on the basis of their position on state sovereignty and international law.

Since, transit provision is articulated within Part II of ECT under the title of “Commerce, this dispute resolution procedure cannot be applicable to the context of energy transit. Any disputes arising from transit of energy or access to fixed infrastructure are left outside the scope of Article 26 and thus cannot be brought before arbitration panels by legal or natural persons.

Article 27 establishes a State-State arbitration procedure and its scope encompasses the whole treaty. However, the nature of this arbitration process is limited to disputes related to interpretation of the Treaty and does not provide guidance for the investors in energy sector.<sup>55</sup> Any dispute arising from the interpretation of the ECT may be subject to an arbitration procedure as long as parties of these disputes are contracting states.

Apart from general dispute settlement provision articulated in Article 26 and 27, Article 7(7) also sets out a dispute resolution process specific to disputes arising from the transit of energy materials and products. The coverage of this provision is rather limited and applies only to the disputes relating to conditions specified in Article 7(6). In other words, disputes that arise from those other than transit of energy yet intrinsically affect the flow of energy supply through transportations lines remain outside of the scope of Article 7(7)<sup>56</sup>. Article 7(7) also notes that it can only be invoked only after other dispute settlement mechanisms are exhausted by the parties involved. As Article 26, investor-state arbitration procedure is not applicable to transit disputes, Parties are obliged to go before state-state investment arbitration to seek relief before resorting to Article 7(7) procedure.

The effectiveness of the ECT’s transit provision has been debated by many commentators. While some assert that Article 7 goes beyond any previous international mechanisms dealing with freedom of transit<sup>57</sup>, others contest this view. For example, Bamberger<sup>58</sup> states that despite its elaborate language, Article 7 of the ECT merely paraphrases Article V of GATT. Roggenkamp<sup>59</sup> further states that the language of Article 7 renders its provisions even weaker than those

<sup>55</sup> Ibid, p 67.

<sup>56</sup> Ibid, p 66.

<sup>57</sup> Fatouros, A.A (1998) *Energy Transit and Investment in the Energy Charter Treaty*, internet page at <<http://nomos.csd.auth.gr/TELM/Two/Fatouros/fatouros.html>>, last updated 23/1/1998, as cited in; Bryan Clark, (1998), p 5.

<sup>58</sup> Bamberger, C (1995) *The Energy Charter Treaty - a description of its provisions*, International Energy Association, as cited in; *ibid*.

<sup>59</sup> Martha M. Roggenkamp, (1995), p 142-143.

established under GATT Article V. It should be noted that though many of its signatories have ratified the ECT, many important states in energy sectors such as Norway, Russia and Belarus, have not yet ratified the Treaty. Apart from the weaknesses within its language, the main problems for the ECT in establishing an effective framework for energy lies in its lack of ability to consolidate all interests of the parties and to incorporate them to a negotiation process. The following section considers this diverse range of state interests pursued in energy trade with a particular focus on relationships and conflicts between the two key players; Russia and European Union.

## **F. ENERGY AND TENSIONS BETWEEN THE EU AND RUSSIA**

### **1. General**

When considering the concept of energy security, many scholars in energy sector tend to offer an identical definition relating to security of supply. Accordingly, energy security means: the access to upstream energy materials at sufficient and reasonable prices for existing and expected energy demands, without the risk of disruptions in supply mechanisms.<sup>60</sup> The definition successfully represents the understanding of energy security from the perspective of energy importing states. It places emphasis on the importance of access to energy supplies and balance between energy supply and demand.

However, the concept of energy security needs a broader definition for the purposes of addressing the interests of every actor in the energy supply chain including importing exporting and transit states. Understanding the concept of energy security from the perspective of each player in energy chain is crucial not only in addressing the energy policies of individual states but also in providing a multilateral legal framework regulating energy sector.

The concept of energy security differs on the basis of priorities of each national policy objective, such as welfare of population, integrity of state institutions or sustainability of domestic economies<sup>61</sup>. Any actions taken by other states or non-state actors which are free from the control of sovereign states can potentially may have adverse effects on states' benefits from energy trade. The perception of energy security in any individual state reflects the mechanisms developed to protect these national priorities against these adverse effects. Transportation and distribution infrastructures as well as extraction and transformation facilities in energy supply chain can be easily subject to these risks, though they are beyond the controls of domestic governments.<sup>62</sup> As will be discussed below, Russo-Ukrainian gas dispute in 2009 Gas Crisis is a good illustration of how disputes between the particular countries can affect entire supply system and the extent to which they endanger the welfare of all states involved. In developing their internal and external energy policy, each State takes into consideration its position in the energy chain and the risks that are inherent to it.

<sup>60</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 586.

<sup>61</sup> Edward Christie, "Energy Vulnerability and EU-Russia Energy Relations," (2009), *Journal of Contemporary European Research*, 5: p 277.

<sup>62</sup> Ibid.

As noted above, energy has an international dimension. Cooperation between States is crucial for uninterrupted flow of energy. Any bilateral dispute on any side of the energy supply chain can easily evolve into a multilateral crisis. This can be easily observed in Eurasian energy tension involving Russia and EU and some transit states. In order to understand this tension and to examine the ECT's dealing with the concerns arising from that tension, it is necessary to examine the scale of energy interdependence and energy trade between these important energy players.

## 2. The Interdependence

Priorities sought by the EU and Russia the polar opposites of the ECT differ significantly. The European Union is a major energy importer. Natural gas constitutes a major component of its energy consumption portfolio. The majority of gas the EU consumes, comes from Russia. There are significant routes such as Nord Stream pipelines stretching beneath Baltic Sea and Yamal pipeline passing through Russia Belarus Ukraine and Slovakia. Russia also operates as an important transit state for energy resources coming from Central Asian States.

As the second largest energy market in the world after the United States, Europe imports nearly half of the energy it consumes and its demand for energy has been growing drastically. It imports 33.5% of its oil demand and 44% of its natural gas demand from Russian Federation and significant quantities of imported gas has been transported through Ukraine.<sup>63</sup> The European Union is also the main consumer of Russian gas, buying nearly 70% of Russian oil and gas exports, and is the principal investor within the Russian domestic economy and energy sector.<sup>64</sup> Given its location as a major energy importing state, the EU establishes that its energy security policy includes reducing its vulnerability through secure and sufficient supply of energy resources at reasonable prices, from energy exporters.<sup>65</sup> Accordingly, there must be conformity between energy supply and energy demand and the flow of energy needs to be stable. In order to develop a secure supply regime, Europe looks for diversification of energy routes and supplies which further requires additional investments in the energy sector for the construction of new transportation networks.<sup>66</sup>

Energy trade with the European Union is fundamental for the Russian economy. The energy sector generates more than 60% of all Russian export revenues and constitutes 30% of all investments from foreign investors in the economy.<sup>67</sup> The Russian economy is mostly driven by its energy sector, which contributes 25% of gross domestic production and 33% of industrial production. Russia accumulates half of its federal income from energy exports by using its state-owned companies, such as Gazprom for gas and Rosneft for oil and also uses its production and transit infrastructure as a political instrument for increasing its influence on former Soviet states

<sup>63</sup> Anna Aseeva, (2011), p 3-4. With the commissioning of Nord stream pipelines, Russia's reliance on Yamal pipelines diminished significantly.

<sup>64</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 597.

<sup>65</sup> European Commission, 2006. Green paper. A European strategy for sustainable, competitive and secure energy. COM(2006) 105 final, Brussels, p 3, *as cited in*; *ibid*, p 587.

<sup>66</sup> Anna Aseeva, (2011), p 3.

<sup>67</sup> *Ibid*, p 26.

ranging from Central Asia to Eastern Europe.<sup>68</sup> One of the main strategies of Russia is to increase revenue from its energy exports by reaching new downstream resources and developing export diversification. Due to its dependence on Ukraine as a major transit country, Russia has sought alternative transit routes for the purposes of reducing its energy vulnerability and has started to build new pipelines, such as Nord Stream I and expected Nord Stream II and Turkish Stream pipelines.<sup>69</sup>

Energy sector is of high strategic importance for both Russia and the EU and essential for the sustainability of their domestic industry and national welfare. The extent of energy trade reveals that there is a great interdependence between Russia and the EU. Since this commercial activity began, many commentators in the energy field have stressed the importance of a multilateral regime governing the energy sector. The ECT was designed to deal with energy related issues and to further improve the secure flow of energy from producing states to demand centres, it has failed to prevent energy flows from being cut off in the last decade. The 2009 Gas Crisis, in particular, provides an illustration of this. The result of the cut off of energy flow from Russia to Europe through Ukraine, was disastrous for some European States whose domestic industries were highly dependent on imported energy resources, there was no action taken by the EU under the Energy Charter Treaty. In order to understand what happened in the 2009 Gas Crisis and how the ECT failed to address the dispute between the parties involved, along with its underlying reasons, this chapter provides an extensive analysis of energy policies in both European Union and Russia.

### 3. Energy Policy in the EU

Composed of mostly energy importing countries, the European Union distinguishes its energy policy as “internal” and “external” policy objectives. For the development of a common external energy policy, the European Commission places great emphasis on the creation of a common energy market. After the Single European Act, which entered into force in 1986, several working documents and proposals on an internal energy market were introduced, providing the basis for the development of a common market in the energy sector.<sup>70</sup> Walde and Gunst (2002) assert that liberalization, has so far worked everywhere and so must be considered for the establishment of energy market in Europe.<sup>71</sup> The key to the common internal energy market is understood as structuring of a single liberalized electricity and gas market by introducing high level competition among energy companies.<sup>72</sup>

European Commission introduced several directives on first, price transparency and transit and, second; introductions of the system of third party access, unbundling of management and accounting and freedom in network construction.<sup>73</sup> Unbundling measures which required member states to ensure that their national vertically integrated energy undertakings were dismantled and

<sup>68</sup> Government of RF, 2003. Energeticheskaya strategiya Rossii na period do 2020 goda [Energy strategy of Russia through 2020]. Adopted by the Decree of the Government of RF # 1234-p, p 3, 28 August 2003, *as cited in*; Nikolay Kaveshnikov, p 594.

<sup>69</sup> Edward Christie, (2009), p 286.

<sup>70</sup> Martha M. Roggenkamp, (1994), p 65.

<sup>71</sup> Thomas W. Walde & Andreas J. Gunst, (2002), p 1.

<sup>72</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 591.

<sup>73</sup> Martha M. Roggenkamp (1994), p 65 footnotes 45-46.



divided into multiple legally and accountably separate entities have been regarded as a direct interference of the Union to the sovereignty of member states over their national territory and thus have been subject to heated objection from member states. Concerns were raised on the concept of third party access which would oblige transmission and distribution companies to offer access to their networks when requested by third parties.

In September 2009, the EU adopted the “Third Package” including provisions to increase the functioning of a single liberalized energy market and providing some of unbundling options and policy proposals for Member States with regards to their national energy transit networks.<sup>74</sup> The package was an ambitious step to further European energy market integration and the creation of a competitive, well-functioning energy sector. To what extent this legal framework has been successful in fulfilling the objectives sought is an open question. Yet it is reasonable to assert that ensuring an homogenous EU-wide policy on energy security has constituted a major threat for the objective of energy market integration the EU’s set of legislations were designated to materialize.

The perception of energy security and energy policies vary as does the extent of energy vulnerability. Differences at the level of dependence on imported energy, with Russia as a main trading partner has led member states to pursue a diverse range of energy policies for the purposes of decreasing energy vulnerability. Seven members of European Union are totally dependent on hydrocarbons from Russia.<sup>75</sup> Cut offs in energy flow cause more severe results in these countries. For example, some Baltic states and Bulgaria appeared to be greatly vulnerable, during 2009 Gas crisis, and longer cut offs resulted in deep economic depression and even humanitarian concerns as many people could not afford to heat their households in these countries.<sup>76</sup> Security of energy supply at external policy level has stayed within the competence of member countries which is used by Russia, and especially by its state-owned entity, Gazprom, in pursuing bilateral agreements with its western costumers.<sup>77</sup>

A lack of cooperation among European States can also be seen in the establishment of new energy transit infrastructure projects. Nabucco Pipeline Project was envisaged to introduce an alternative energy transit route for the supplies other than those from Russia.<sup>78</sup> Russia, on the other hand introduced the South Stream Pipeline Project<sup>79</sup> to counter Nabucco. Supporting the inclusion of Russia within the Nabucco project, Germany has been a partner to Russia in the construction of

<sup>74</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 592.

<sup>75</sup> Of 28 the European Union members, Lithuania, Estonia, Finland, Latvia, Bulgaria and Slovakia are the most dependent States on Russian Gas that the overall dependence rate is nearly 100%. *See*, Anna Aseeva, (2011), p 10.

<sup>76</sup> Edward Christie, (2009), p 287.

<sup>77</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 594. Nabucco Pipeline project was envisaged to access to gas resources within Khazar basin and to transport these new supplies through a newly built transit route, which would help the EU diversify its energy suppliers. Even though the result was a disappointment on the part of the EU, Nabucco Project served as an inspiration for another project TAP-TANAP which is designated for the same purpose and currently in construction.

<sup>78</sup> Anna Aseeva, (2011), p 16.

<sup>79</sup> The project was later abandoned by Russia in 2014 due to the withdrawal of Bulgaria from the project after a significant effort put by the EU to induce Bulgaria to do so. Nevertheless, Russia introduced the Turkish Stream as the successor of the South Stream replacing Bulgaria with Turkey and reviving its policy to access to energy markets in the south of Europe.

another pipeline project, the Nord Stream Pipeline Project, which was developed to transport the Russian Gas across the Baltic Sea directly to Germany without passing through East European transit states. While, Finland, Sweden, Poland and Denmark strongly criticised the commissioning of the project, German Chancellor Angela Merkel supported it, providing that “the Nord Stream and the South Stream projects were necessary to satisfy Europe’s demand for gas”.<sup>80</sup>

Each member has its own agenda to reduce its energy vulnerability. It is not unusual to see Germany and Italy as partners of Russia in the establishment of these new transit capacities. Both states need high amount of energy to supply their demand, and are eager to reduce their vulnerability and strengthen their position by allowing new transit pipelines across their territory.<sup>81</sup> On the other hand, any additional pipeline project threatens the position of existing transit States, which benefit from their dominance over flow of energy. As the concept of supply diversification leads to increased competition in production level, route diversification results in the competition for transportation of energy resources from produce to consumer countries. The main external goal of the European Union is the secure supply of energy by accessing energy resources at reasonable prices.<sup>82</sup> Consisting of member states with competing energy policies, the EU struggles to ensure conformity in member states lack of which further weakens the Union’s position against Russia.

#### 4. Russian Energy Policy

The exploitation and the trade of natural resources are of great importance for Russia to improve its domestic economy and national welfare. Keeping its domestic prices relatively low and subsidizing its national industry, Russia engages in pricing practices differentiating for each energy importer. While, former Soviet Union States can have access to these energy supplies at lower prices, many consumers, mostly EU States are subject to relatively expensive pricing regime.<sup>83</sup> In addition to economic benefits derived from consumer discrimination and market division, there are also political objectives such as increasing its geopolitical influence over former Soviet territories and preserving its place as a global superpower that convey Russia to engage in such pricing policies. After the collapse of Soviet Union, each successor state took control of the former’s state entities and institutions on the basis of relevant geographic regions as well as natural resources remaining within their national territories. In Russia, a brief policy of privatization of the energy sector under the government of President Boris Yeltsin was reversed when new President Vladimir Putin assumed office and a new nationalization policy was adopted especially for the Energy Sector.<sup>84</sup> Many of formerly privatized state entities, such as petroleum giant YUKOS Petroleum

<sup>80</sup> Letter addressed to Jose Manuel Barosso, European Commission President, on Nord Stream website: <http://www.nord-stream.com/en/>, as cited in; *ibid*, p 18.

<sup>81</sup> Reiner Liesen, (1999), p 62.

<sup>82</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 592.

<sup>83</sup> Dual pricing practice of Russia is being criticized by its European counterparts asserting that dual pricing is a subsidy and has distortive effects on international trade. Before the Russia’s accession to the WTO, issue of energy dual pricing was intensively discussed within the negotiation table. For more information *see*; Julia Selivanova, (2008), *Energy Dual Pricing in WTO Law: Analysis and Prospects in the Context of Russia's Accession to the WTO*: Cameron May.

<sup>84</sup> In his 1999 PhD dissertation, Putin asserted that “*the existing socio-economic conditions and also the strategy for Russia’s exit from the deep crisis and restoration of its former power on a qualitatively new basis demonstrate that the condition of natural resource complex remains the most important factor in the state’s*

Company reverted to the control of the Russian State and the government started collecting all revenues from its domestic energy sector.

To date, almost 90% of gas production and 30% of oil production is under the control of Russian State.<sup>85</sup> As it is noted in *Energy Strategy of Russia 2020*,<sup>86</sup> Russian economy is mostly driven by its energy sector which played a major role in realizing the economic growth Russia experienced in 2000s. However, it is also argued that this strategy damages the regulatory environment and political situation in the country as well.<sup>87</sup> Although, *the Energy Strategy of Russia 2030* states that billions of investments will be needed to meet the growing demand for energy until 2030, with its current structure Russia is already falling behind the expected figures<sup>88</sup>. The lack of competition and the existence of state-owned monopolies constitute major obstacles to further development of the energy sector. In order to attract greater investment to meet its targets, Russia adopted strategies<sup>89</sup>, suggesting that the Russian energy sector needs a further integration into the global energy market by introducing competition into the supply segment of the energy sector, particularly in relation to exploitation, exploration and, extraction services.<sup>90</sup>

It is important to note that introducing competition within the upstream segment of energy sector, a strategy on the introduction of competition within the energy transportation segment has not been the case. In terms of external energy policy, Gazprom carrying out a diverse range of upstream and downstream activity enjoys exclusive rights for the transportation and export of natural gas<sup>91</sup>. Any attempt within the country to introduce non-discriminatory third party access to transmission pipelines was repelled by the influence of Gazprom. Signing over long-term, take-or-pay contracts with its consumers, Gazprom tends to refuse every request for access from third parties claiming that there is a lack of capacity in its pipelines. The majority of the company's shares belongs to the Russian state and it is by far the biggest gas production company producing 84% of all gas in the Country.<sup>92</sup> While Russia owns the leading shares of the company, many members of the executive board of the company are also effective in the both Russian government and the parliament. There have been numerous proposals for a reform in the Gazprom to introduce

---

*development in near term*", as cited in; Daniel Behn & Vitaliy Pogoretsky, "The Tension Between Trade Liberalization and Resource Sovereignty: Russia-EU Energy Relations and the Problem of Natural Gas Dual Pricing," (2011), *Oil, Gas & Energy Law Journal (OGEL)*, 9, footnote 32.

<sup>85</sup> Anna Aseeva, (2011), p 27.

<sup>86</sup> In the 'Energy Strategy of Russia 2020, it is stated that *the energy sector has a determining influence on the state and prospects of development of the national economy providing for about a quarter of gross domestic product, a third of industrial production and of revenues of the consolidated budget, approximately one half of the federal budget income*. Government of RF, 2003 *Energy Strategy of Russia 2020*. Adopted by the Decree of the Government of RF #1234, p 28, August 2003.

<sup>87</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 596.

<sup>88</sup> Government of RF, 2009 *Energy Strategy of Russia 2030*. Adopted by the Decree of the Government of RF #1715-p, 13 November 2009, as cited in; Ibid.

<sup>89</sup> Government of RF, 2003 *Energy Strategy of Russia 2020*. Adopted by the Decree of the Government of RF #1234, p 28, August 2003; Government of RF, 2009 *Energy Strategy of Russia 2030*. Adopted by the Decree of the Government of RF #1715-p, 13 November 2009.

<sup>90</sup> Anna Aseeva, (2011), p 29.

<sup>91</sup> Edward Christie, (2009), p 275.

<sup>92</sup> Vladimer Papava, Sabit Bagirov, Leonid Grigoriev, Wojciech Paczynski, & Marcel Salikhov, "Energy Trade and Cooperation between the EU and CIS Countries," (2009), In: CASE Network Reports, p 36.

more competition into the transportation market of the country, but none of these proposals has been adopted.<sup>93</sup>

Gazprom's position as to the introduction of competition into Russian energy market may reveal its concerns on the ratification of the ECT by Russia. The company argues that provisions of the Treaty contain a threat of future obligations of third party access which will apparently reduce Russia's influence over the regions, in particular in Central Asia, introducing competition between Russian gas and the energy resources from other resource endowed countries. Interested in selling its own reserves, Gazprom is reluctant to grant Third Party Access rights allowing other producer countries such as Turkmenistan and Kazakhstan to transport their energy through fixed infrastructure on Russian territory under the freedom of transit.<sup>94</sup> Gazprom has pursued a policy of purchasing energy products from Central Asian Countries to sell in European Market without granting transit.<sup>95</sup> This trading mechanism has enabled Gazprom to operate as a wholesaler and arbitrage the difference between buying and selling of natural gas. This mechanism also allowed Gazprom to eliminate a possible competition from Central Asian suppliers and increase its dominant position in energy production market. The tension between Russian Government and Gazprom is important for determining Russian external policy. Competition constitutes an essential of Russian domestic energy policy which seeks to attract more investment for supplying its existing and future domestic energy demand as well as energy demand arising from its contractual obligations with its counterparts. Yet the realization of these objectives would be difficult unless new regulatory tools are adopted and implemented to ensure third party access to existing fixed infrastructure.<sup>96</sup>

## 5. EU-Russia Relations and the ECT

Energy security at international level is a multi-faceted issue including sets of concerns from security of infrastructure to security of supply.<sup>97</sup> The ECT was designated to address all of these concerns, by providing a legal framework governing energy related concerns of contracting parties. It is a treaty that includes binding rules on energy trade, transit and investment, based on the principles of trade liberalization and sovereignty over natural resources.<sup>98</sup> It has a balancing approach to the priorities of its signatories. While importing members provide capital for the investments necessary for the development energy related services, resource-endowed and transit countries guarantee a sufficient and stable flow of energy at reasonable prices. Even though, 53 states including all European Union members and Central Asian States, signed the treaty, along with four other states, Russia so far refrained from ratifying it. Instead, Russia declared that it will

<sup>93</sup> Thomas W. Walde & Andreas J. Gunst, (2002), p 16, footnote 64.

<sup>94</sup> Reiner Liesen, (1999), p 62.

<sup>95</sup> Andrey A Konoplyanik, "Gas Transit in Eurasia: Transit Issues between Russia and the European Union and the Role of the Energy Charter," (2009), *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 27, p 464.

<sup>96</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 598.

<sup>97</sup> Catherine Redgwell, "International energy security", at: Barton, Barry et al. ed., (2005), *Energy Security: managing risk in a dynamic legal and regulatory environment*, Oxford: Oxford University Press, p 17, cited in: Wen-chen Shih, "Energy Security, GATT/WTO and Regional Agreements," (2008), In *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference*.

<sup>98</sup> Yulia Selivanova, (2010), p 9.

apply the treaty “*provisionally*” unless its provisions deviate from Russian constitution, national law and regulations.<sup>99</sup>

At the moment, the European Union is dependent on energy imported from Russia. Almost all relations with regard to energy reflect this dependency. Both players have their own energy policies and energy security perceptions. While the EU wants Russia to accept energy policies determined by the realities of the free market, Russia sees liberalization of its energy market as a threat to its energy sector and national security and pursues policies that disregard market mechanisms.<sup>100</sup> The EU tries to form a consumer welfare-based energy market and to extend its regulatory structures to countries like Russia which, in turn generates greater competition among producer and transit states.<sup>101</sup> Using the competition among consumers, Russia, on the other hand, focuses on the EU which is its primary export market and seeks to extend its energy exports to reach new customers thereby reducing its vulnerability via new pipeline projects. The EU strongly criticizes the Russian policy of dual pricing in energy market, asserting that the Russian Dual Pricing practice constitutes a direct subsidy for its national sector and has an anti-competitive effect on European Energy market.<sup>102</sup> In contrast, Russia asserts the principle of sovereignty over natural resources in the practice of dual pricing. Furthermore Russia notes that the EU members gain much more revenue than producer states from the taxes built into the prices during the retail sale of imported energy products which further undermine the capacity of producer states to access to the retail market.<sup>103</sup>

However, both players also have problems in determining the course of their internal and external energy policies. The European Union is suffering a lack of cooperation and coordination among its Member States in the development of a common position against Russia. Each State has its own priorities and interests reflecting the extent of its energy vulnerability, although there is a great aspiration to speak in a single voice within the European Commission. Russia, on the other hand struggles to restructure its energy investment and transit sectors due to its earlier nationalization policies transferring assets of private entities to state controlled companies and to internal politics involving the priorities of state-owned energy champions.<sup>104</sup> Russia needs an enormous amount of investment to develop its production and to satisfy its energy demand. This was accepted within the Russian Energy Strategies of 2020 and 2030, and the need for introduction of competition in certain segments of energy sector was envisaged to attract necessary investment.

Another important concern for Russia regarding the ratification of the Treaty was negotiations on the Transit Protocol which would introduce the concept of third party access into the freedom of energy transit under Article 7. All the parties to the negotiations were aware that secure freedom of energy transit was fundamental for reaching to energy supplies and opening up

<sup>99</sup> Anna Aseeva, (2011), p 43.

<sup>100</sup> Daniel Behn & Vitaliy Pogoretsky, "The Tension Between Trade Liberalization and Resource Sovereignty: Russia-EU Energy Relations and the Problem of Natural Gas Dual Pricing," (2011), *Oil, Gas & Energy Law Journal (OGEL)*, 9, p 11.

<sup>101</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 598.

<sup>102</sup> Daniel Behn & Vitaliy Pogoretsky, (2011), p 23.

<sup>103</sup> Organization of the Petroleum Exporting Countries, (2009), *Who gets what from imported oil* Vienna: OPEC.

<sup>104</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 595.

former soviet countries whose energy sector and network facilities were mostly immature.<sup>105</sup> To do so, Transit Protocol Negotiations aimed at developing further commitments to the ECT on transportation of energy resources and non-interruption of transit. Access to Central Asian gas by using Russia's transit infrastructure and, transporting it to the major importer European countries, would result in a decline in the competitiveness of Russian gas in the European Market and threaten Russia's policy of increasing its political influence over former Soviet regions. Any implication of Third Party Access to Russian pipelines for the transportation of energy resources from Central Asian States, would make Russia a gas corridor and further decrease the dependency of Central Asian States upon Russia.

To date, neither the ECT nor the negotiations between contracting parties have offered so much guidance on how contradictions in between states with regard to energy transit can be settled or how convergence of interests might be achieved. While the EU pushed Russia to recognize liberalization of its energy market and third party access to its fixed infrastructure, Russia continuously asserted that the ECT particularly aims at security of energy supply for importing countries and ignores the interests of energy producing and transit States. In order to understand the reasons why Russia cut off its all ties with ECT, and even cancelled its provisional application, we need to analyse the concept of 'Provisional Application' and its consequences for Russia within the well-known "YUKOS" case

## 6. Russia's Provisional Application of the ECT and YUKOS

The concept of Provisional Application<sup>106</sup> is articulated in the ECT, Article 45. Article 45 (1) defines the provisional application as a pending ratification of the Treaty between the dates of signature and entry into force. Accordingly, States are obliged to apply the Treaty to the extent that it is consistent with their constitutions, national laws and regulations. States reserve the right to terminate provisional application at any time or, they can make a declaratory statement, while signing the Treaty, noting that they are not able to apply the treaty provisionally. It is necessary to point out that signing the Treaty, Russia did not make such a notification.

Alongside Gazprom-oriented concerns, the Russian government did not want to ratify the Treaty, due to its internal energy policy developed in late 1990s. When President Vladimir Putin assumed the office, a new nationalization process started. The Russian Government commenced a policy of transferring assets of privatized energy companies to state ownership. The nationalization of YUKOS, one of the largest non-state owned companies at that time, demonstrated how this new nationalization policy affected Russia's approach to the ratification of the ECT. The Russian Ministry of Finance presented Yukos with nearly 30 billion USD tax claims and froze its assets so that the company could not pay the taxes. A Russian Court made a declaration of bankruptcy and Mikhail Khodorkovsky, the Chairman of YUKOS, was sentenced to a prison on the basis of fraud.

<sup>105</sup> Bryan Clark, (1998), p 3.

<sup>106</sup> Provisional Application is a new concept in international law. It is generally understood as a period designed to deal with unexpected or unforeseeable results of concluding treaties. For detailed information *see*; Alex M. Niebruegge, "Provisional Application of the Energy Charter Treaty: The Yukos Arbitration and the Future Place of Provisional Application in International Law", (2007), *Chicago Journal of International Law*, Vol. 8 No. 1 (pp.355-376)

Thereafter, the Russian State-owned petroleum company, Rosneft bought most of the assets of YUKOS at an auction assembled after the decision of bankruptcy. The majority shareholders of YUKOS filed a suit against Russian Federation before an arbitration tribunal under the ECT.<sup>107</sup>

Russia contested the arbitral jurisdiction on the ground that it had never ratified the treaty and that provisional application would not provide a basis for the tribunal's jurisdiction<sup>108</sup>. It is important to note that the concept of provisional application is not fully circumscribed by international law. In general, a provisional application was identified as a legal tool giving legal effect to the treaty obligations within the time period between signature of treaty and its date of entry in to force.<sup>109</sup> However, the signature on the treaty neither imposes a legal obligation to state to ratify the treaty, nor does it impose a positive duty on states to give the provisions a legal effect before the entry into force.<sup>110</sup> The tribunal had to decide whether Russia's provisional application of the ECT imposed a legal duty on Russia to protect investments under the ECT and if so whether the measures by Russia against Yukos violated its obligations in relation to investment protection under the ECT. In September 2009, after Russia terminated its provisional application of the Treaty, the tribunal, relying on Article 45 (3)(b) held that provisional application of the Treaty is enough for the Treaty provisions to have legal effect, and even though, Russia terminated its provisional application later, it was bound by the Treaty provisions on investment protection for twenty years from the date of termination.<sup>111</sup>

The tribunal's ruling clearly shows that the Energy Charter Treaty provisions on investment effectively protect investments and investors, regardless of full ratification of host state. Intensification of state influence over the energy sector is still embraced in Russia since the beginning of re-nationalization policy. According to Russia, the experience of *Yukos* case confirmed the hypothesis that the Energy Charter is an EU-driven Treaty and further protects the interests of consumer states rather than embracing a comprehensive approach.<sup>112</sup> In removing Russia totally from the scope of ECT, the *Yukos* case shows how the Treaty protects investments on energy. Investments are indeed crucial for the regulation of energy, however, as mentioned above, the secure supply of energy is essentially dependent on the provisions protecting transit of energy resources.

While the ECT was successful in resolving disputes on investment protection, it proved to be incompetent to address energy transit disputes. During the last decade, there were some cut offs in transit pipelines and the most important of these cut offs was January 2009 Gas Crisis involving Russia, Ukraine and the European Union that lasted for two weeks and inflicted huge damages on parties involved. Here, the paper analyses this gas crisis that led international community to question ability of ECT to provide secure supply of energy resources.

<sup>107</sup> *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7258.pdf>

<sup>108</sup> *Ibid.*, paras. 330-338.

<sup>109</sup> UN Office of Legal Affairs Treaty Section, *Treaty Handbook*, para. 3.4, available at: <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf>, retrieved on March 5, 2014.

<sup>110</sup> Anna Aseeva, (2011), p 72.

<sup>111</sup> *Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, paras. 370-392.

<sup>112</sup> Anna Aseeva, (2011), p 76.

## G. 2009 Gas Crisis

In the last decade, Europe has experienced many interruptions in energy flows from Russia and especially on the transmission lines passing through Ukraine. Many of them did not last more than a couple days, but were serious enough to attract the attention of consumer states. These disputes provided a good opportunity for the ECT to prove that it is an effective legal framework in dealing with concerns on energy transit before they turn into crises. During 2004 and 2006 Gas disputes between Russia and Ukraine, Europe was urging the disputing parties not to interrupt energy flows pursuant to Article 7(6) which prohibits the contracting parties to *interrupt* or *reduce* the transit of energy resources via fixed infrastructure. Several efforts were made on the parts of the states involved. However, negotiations failed and gas supplies were interrupted for two days in 2004 and three days in 2006. Failing to address the transit issues before they were turning into a transit crisis, the Energy Charter Secretariat emphasised the importance of conciliation procedure articulated under Article 7(7) for resolving the dispute once these gas crises broke out.<sup>113</sup> However the disputes were again settled through bilateral and non-transparent agreements without triggering the conciliation procedure.

The Gas Crisis of January 2009 lasted for two weeks, causing serious damages in local economies, factory shutdowns and economic losses in many European states. The dispute erupted again between Russia and Ukraine due to price disagreements between their state-owned entities, Russian Gazprom and Ukrainian Neftogaz.<sup>114</sup> In January, 2009, Russia stopped the flow of gas to the Ukraine, but the gas meant for European customers continued flowing for a while. Trying to meet its gas demand, Ukraine later started siphoning off the gas meant for other states and Russia cut off all the energy supplies in response. Russia was the main supplier of gas in Europe and Ukraine was then the main gas corridor, transferring 80% of gas from Russia to Europe. Disruption in the middle of winter was devastating for all parties, causing both economic and humanitarian concerns so that in some states with high energy vulnerability, inhabitants were incapable of heating their homes due to the lack of energy and were exposed to harsh winter conditions.<sup>115</sup>

Initially, Europe took a passive position and did not actively participate in the dispute. However, when Russia halted the flows to Europe completely, and severe effects started to be felt in some eastern European States, the EU suggested an initiative for the monitoring of the gas flows through Ukraine with selected experts from both sides of the dispute.<sup>116</sup> Each party blamed the other and no one was ready to shoulder the responsibility for the problem. Finally, on 19 January 2009, the parties agreed to sign a new 10 year transit and supply contract and energy flows from Russia to Europe started again. Distinguishing aspect of this gas crisis was that it was the first time that gas flows from Russia to Europe were completely cut off. There had been reductions and interruptions

<sup>113</sup> Danae Azaria, "Energy Transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade," (2009), *Journal of energy & natural resources law*, 27, p 583.

<sup>114</sup> For detailed information on pricing disagreements see; Simon Pirani, Jonathan Stern, & Katya Yafimava, (2009), *The Russo-Ukrainian gas dispute of January 2009: a comprehensive assessment*, Oxford Institute for Energy Studies Oxford, pp 14-19.

<sup>115</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 600.

<sup>116</sup> Simon Pirani, et al., (2009), p 22.



in flows but there has never been a complete stoppage for a relatively long period, which for the first time severely affected the inhabitants in Europe.

There were, of course, economic reasons for the dispute involving the perspectives of parties involved. Ukraine tried to use its dominance over transit routes to Europe as a bargaining tool for its transactions with Russia. It was a reminder that Russia was dependent on Ukraine with a great extent to transport its gas to its European costumers. Any disagreement in energy transit would have financial consequences to Russia which was in fact, the case in 2009 Gas crisis that Russia's losses reached around USD 1.4 billion.<sup>117</sup> Russia, on the other hand, had done what every producer would do against a consumer who did not pay the price for the product it buys and Russia cut off the energy flow going meant for Ukraine.

However, since energy disputes are as much about politics, looking at the crisis from a political standpoint can easily reveal underlying reasons for the dispute in 2009. Russia developed two important pipeline projects, Nord Stream and South Stream Pipeline projects for transit of energy for the purposes of decreasing its dependence on Ukraine. Showing Ukraine as an unreliable partner in the energy supply mechanism, Russia tried to urge its European counterparts to support investments in these new transit projects it had developed.<sup>118</sup> Furthermore, it would be also a punishment to Ukraine, which is a former Soviet State, flirting with Western Europe and abandoning its ties with its former big brother. Russia would tolerate a couple of billions of dollars in revenue for greater political advantage.

The European Union did not participate in solving the dispute until extended flow disruptions directly affected its regional environment. Directly dealing with Gazprom with regards to energy supply and having no contacts with Ukrainian Neftogaz, European States looked at the dispute as a struggle between Slav brothers.<sup>119</sup> The Energy Charter Secretariat, however, has done nothing beyond issuing two statements, one before and one after the eruption of crisis, reminding the parties of the principle of uninterrupted energy transit.<sup>120</sup> The reason why Russia did not bring any claim against Ukraine before an Energy Charter Tribunal is understandable that it was applying the Treaty provisionally without ratification and any action would have consequences for its then on-going *Yukos* case. Even though the disruption of energy transit in the crisis constituted an obvious violation of the ECT, European States did not bring any claims against Ukraine either.<sup>121</sup>

There is no doubt that, the 2004, 2006 and 2009 gas crises and disruptions in energy flow illustrate a complete failure on the part of the ECT. No actions were taken under transit provisions of the Treaty and all of the disputes were resolved at bilateral level. As a legal framework governing energy transit, the ECT failed to prevent upcoming disputes and State parties clearly showed their discontent at the ineffectiveness of its functioning. The ECT was supposed to ensure secure supply of energy products. However, the experience of the last decade points to an ECT that is unable to deliver on its proposed objective.

<sup>117</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 600.

<sup>118</sup> Edward Christie, (2009), p 286.

<sup>119</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 600.

<sup>120</sup> Simon Pirani, et al., (2009), p 16.

<sup>121</sup> Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 601.

#### IV. CONCLUSION

Every state needs energy resources for the development of their economy and social welfare. They are fundamental for the progress of national production and domestic industry. However energy resources are different from other commodities. They are unevenly distributed across the globe. In addition energy sector is network-based requiring the construction of fixed infrastructure such as transmission pipelines and grids for an efficient transportation. Such characteristics have constituted major main obstacles to the adoption of a common approach to energy trade by states. This can be seen within WTO as energy resources are not literally excluded from GATT's transit provision, Article 5, the concept of energy trade has remained, *de facto*, outside the WTO framework.

Political and economic instabilities within major energy exporting and transit regions in 1970s and 1980s strongly affected global energy prices and trade, and the international community saw a need for a multilateral framework to provide secure and sustainable access to energy resources. In particular, the climate after the dissolution of the Soviet Union was conceived by the EU as an opportunity to transform their eastern European neighbours into liberal economies and further access to gas reserves in Russia and the Central Asia. The Energy Charter Treaty was the result of this European initiative. The ECT was of great importance for international energy trade as it served as the first multilateral treaty implementing the principle of freedom of transit of energy resources.

Nevertheless, the ECT failed in governing energy relations between Russia and the European Union and in resolving the transit disputes experienced particularly in the last decade. The ratification process was problematic. Russia and five other signatories did not ratify the Treaty and applied it provisionally. Furthermore, in 2009, Russia declared its political intent not to ratify the Treaty and terminated its provisional application.

This paper analysed underlying reasons why the ECT has failed to address the interdependence between Russia and the European Union in energy trade and the convergence of the interests of the parties involved. It contains only the investment protection and energy trade and was developed with a European, importer state perspective. As mentioned in *Yukos* case, while being successful in protecting investments and investors, it failed to provide secure supply of energy resources during the gas crises in 2004, 2006, and 2009.

The urgent need to develop sustainable energy transit policies at multinational level still exists today. Since the ECT has failed to provide that regime, the international community has started to seek the creation of new legal frameworks including detailed provisions governing energy trade. However, introducing a new framework will not be as easy as it was in early 1990s. The current political climate is more complicated and no multilateral framework can be solely built upon the concepts of energy trade and investment protection. For example, one of the most controversial issues in the Energy Charter negotiations on "Transit Protocol" was the introduction of "Third Party Access" for the use of existing transit capacities. Though, it was essential for the establishment of a secure transit regime, the idea was strongly rejected by Russia and the negotiations on the Transit Protocol, seeking to render energy transit provision of ECT effective, failed.

In 2006 at the EU-Russia summit, President Putin stated that Russia needs to know what it will receive in exchange for the access to its transportation structure: *"It is very easy to understand if you look back at your childhood. You go out for a walk with a candy in your hand, and the guys immediately also want to have it. You clench it in the sweaty fist and ask what you get in return. And we also would like to know what we get in return"*.<sup>122</sup> Putin's statement is very illustrative that negotiations between Russia and the EU should be pursued in a wider perspective encompassing the interests of not only importers but also producers transit states as well.

Russia acceded to the WTO in 2012. Covering diverse range of issues related to goods and service, the WTO has a great institutional flexibility which serves its pragmatic needs and provides a forum for state parties to pursue their interests. Having Russia inside of WTO system is a great opportunity to discuss energy trade and third party access to transit infrastructures in these negotiations along with other issues that could not be addressed within the context of the ECT. In other words, Putin's question of what Russia would get in return may be answered within WTO's dispute resolution mechanism. The extent to which WTO can provide solutions for President Putin's concerns and how energy transit issues can be handled within this global trading system is yet to be seen.

## REFERENCES

- Abdallah, H. (2005) "Oil Exports under GATT and the WTO," *OPEC review*, 29: 267-294.
- Aseeva, A. (2011) "EU-Russia Energy Relations: the Role of International Law from Energy Investment and Transit Perspective," In: University of Geneva.
- Azaria, D. (2009) "Energy Transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade," *Journal of energy & natural resources law*, 27: 559-596.
- Bamberger, C (1995) *The Energy Charter Treaty - a description of its provisions*, International Energy Association
- Behn, D., & Pogoretsky, V. (2011) "The Tension Between Trade Liberalization and Resource Sovereignty: Russia-EU Energy Relations and the Problem of Natural Gas Dual Pricing," *Oil, Gas & Energy Law Journal (OGEL)*, 9.
- Christie, E. (2009) "Energy Vulnerability and EU-Russia Energy Relations," *Journal of Contemporary European Research*, 5: 274-292.
- Clark, B. (1998) "Transit and the Energy Charter Treaty: rhetoric and reality," *Web Journal of Current Legal Issues*, 5.

<sup>122</sup> Putin, V., 2006. Replies to Russian journalists after the Russia-EU summit press conference, 25 May 2006, Sochi. Available from: [http://president.kremlin.ru/appears/2006/05/25/2358\\_type63380\\_106079.shtml](http://president.kremlin.ru/appears/2006/05/25/2358_type63380_106079.shtml) as cited in; Nikolay Kaveshnikov, (2010), p 599.

- Cossy, M. (2010) "Energy Transport and Transit in WTO," In *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*, edited by J. Pauwelyn. Geneva: Center for Trade and Economic Integration.
- Cottier, T., Malumfashi, G., Matteotti-Berkutova, S., Nartova, O., De Sepibus, J., & ZBigdeli, S. (2009) *Energy in WTO law and policy*: NCCR and World Trade Institute.
- Government of RF, 2003 *Energy Strategy of Russia 2020*. Adopted by the Decree of the Government of RF #1715, August 2003.
- General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, THE LEGAL TEXTS: THE RESULTS OF THE URUGUAY ROUND OF MULTILATERAL TRADE NEGOTIATIONS 17 (1999), 1867 U.N.T.S. 187, 33 I.L.M. 1153 (1994) [GATT 1994].
- Kaveshnikov, N. (2010) "The issue of energy security in relations between Russia and the European Union," *European security*, 19: 585-605.
- Konoplyanik, A., & Wälde, T. (2006) "Energy Charter Treaty and its Role in International Energy," *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 24: 523-558.
- Konoplyanik, A. A. (2009) "Gas Transit in Eurasia: Transit Issues between Russia and the European Union and the Role of the Energy Charter," *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 27: 445-486.
- Lauterpacht, E. (1958) "Freedom of transit in international law," In *Transactions of the Grotius Society*: British Institute of International and Comparative Law.
- Liesen, R. (1999) "Transit under the 1994 Energy Charter Treaty," *J. Energy & Nat. Resources L.*, 17: 56.
- Niebruegge, A. M. (2007) "Provisional Application of the Energy Charter Treaty: The Yukos Arbitration and the Future Place of Provisional Application in International Law," *Chi. J. Int'l L.*, 8: 355-376.
- Organization of the Petroleum Exporting Countries, (2009), *Who gets what from imported oil* Vienna: OPEC.
- Papava, V., Bagirov, S., Grigoriev, L., Paczynski, W., & Salikhov, M. (2009) "Energy Trade and Cooperation between the EU and CIS Countries," In: CASE Network Reports.
- Pierros, P.-X., & Nuesch, S. (2000) "Trade in Electricity--Spot On," *Journal of World Trade*, 34: 95-124.
- Pirani, S., Stern, J. P., & Yafimava, K. (2009) *The Russo-Ukrainian gas dispute of January 2009: a comprehensive assessment*: Oxford Institute for Energy Studies Oxford.

- Putin, V., 2006. Replies to Russian journalists after the Russia-EU summit press conference, 25 May 2006, Sochi. Available from: [http://president.kremlin.ru/appears/2006/05/25/2358\\_type63380\\_106079.shtml](http://president.kremlin.ru/appears/2006/05/25/2358_type63380_106079.shtml)
- Redgwell, C., (2005), "International energy security", at: Barton, Barry et al. ed., *Energy Security: managing risk in a dynamic legal and regulatory environment*, Oxford: Oxford University Press,
- Roggenkamp, M. M. (1994) "Implications of GATT and EEC on Networkbound Energy Trade in Europe," *J. Energy & Nat. Resources L.*, 12: 59-82.
- Roggenkamp, M. M. (1995) "Transit of Networkbound Energy: A New Phenomenon?—Transit Examined from the Barcelona Transit Convention to the Energy charter Treaty," *World Competition*, 19: 119-146.
- Saunders, J. O. (1994) "GATT, NAFTA and North American Energy Trade: A Canadian Perspective," *J. Energy & Nat. Resources L.*, 12: 4.
- Selivanova, J. (2004) "World Trade Organization Rules and Energy Pricing: Russia's Case," *Journal of World Trade*, 38: 559-602.
- Selivanova, J. (2008) *Energy Dual Pricing in WTO Law: Analysis and Prospects in the Context of Russia's Accession to the WTO*: Cameron May.
- Selivanova, Y. (2010) "Challenges for Multilateral Energy Trade Regulation: WTO and Energy Charter," In *Society of International Economic Law (SIEL), Second Biennial Global Conference, University of Barcelona*.
- Selivanova, Y. (2012) "International Energy Governance: The Role of the Energy Charter," In *Proceedings of the Annual Meeting American Society of International Law*.
- Shih, W.-C. (2008) "Energy Security, GATT/WTO and Regional Agreements," In *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference*.
- The Energy Charter Treaty and Related Documents: a Legal Framework on International Energy Cooperation*, available at: [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf)
- UN Office of Legal Affairs Treaty Section, *Treaty Handbook*, para. 3.4, available at: <https://treaties.un.org/doc/source/publications/THB/English.pdf> ,
- Vinogradov, S. (1999) "Cross-border pipelines in international law, 14 Nat," In *Res. & Env: American Bar Association*.
- Yukos Universal Limited v. The Russian Federation*, (PCA Case no. AA 227).
- Walde, T. W., & Gunst, A. J. (2002) "International energy trade and access to energy networks," *Journal of World Trade*, 36: 191-218.

## TÜRKİYE VARLIK FONU İÇİN BİR UYGULAMA ÖRNEĞİ: SİNGAPUR TEMASEK HOLDİNG<sup>#</sup>

Muhammet DURDU\*

### Özet

Temasek Holding, 1974 yılında Singapur Devleti'nin ekonomik faaliyetlerini tamamen devlet tüzel kişiliğinden ayırma amacına matuf olarak, iktisadi işletmeler özgülenmek suretiyle kurulmuştur. 2010'lu yıllardan itibaren Türkiye, Romanya, Bangladeş ve Hindistan gibi ülkelerin benzeri varlık fonları kurması bağlamında Temasek Holding, tekrar incelenmesi gereken bir varlık fonu olarak görülmektedir. 2016 yılının Ağustos ayında ihdas edilen Türkiye Varlık Fonu için 40 yılı aşkın tecrübeye sahip Temasek Holding'de ciddi misaller bulunmaktadır. Türkiye Varlık Fonu'nun barındırdığı hukuki problemlerin çözülmesi zor değildir. Temasek Holding tecrübesinden faydalanılması bu işi daha da kolaylaştıracaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Temasek Holding, varlık fonu, Türkiye Varlık Fonu, Shin Corporation, Singapur.

## AN APPLICATION EXAMPLE FOR TURKISH WEALTH FUND: SINGAPORE TEMASEK HOLDING

### Abstract

In 1974, Temasek Holding was established in an effort to separate the economic activities of the Singapore State from the state's legal entity by specifying an economic enterprise. With the establishment similar asset funds in countries such as Turkey, Romania, Bangladesh and India in 2010s Temasek Holding is seen as a wealth fund which is worth re-examine. Temasek Holding with a 40 years of experience would be good example for Turkey which was established a Wealth Fund in August 2016. It is not difficult to solve the legal problems Turkey's Wealth Fund, moreover utilizing Temasek Holding's experience will make it even easier.

**Keywords:** Temasek Holding, sovereign wealth fund, Turkish Sovereign Wealth Fund, Shin Corporation, Singapore.

<sup>#</sup> **Yayın Kuruluna Geliş Tarihi:** 09.08.2018

**Kabul Tarihi:** 13.12.2018.

\* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Arş. Grv., mdurdu@konya.edu.tr  
ORCID ID: 0000-0003-4912-4410.

## GİRİŞ

Temasek Holding, 1974 yılında kurulduğu zaman farklı bir devlet yatırım aracı olarak ortaya çıkmıştır. O dönemde devletler ya petrol ve doğalgaz gibi emtia gelirlerine dayanarak yatırım organları kurmakta ya da dış ticaret sebebiyle oluşan fazla döviz rezervlerini kullanarak yatırım organları kurmaktaydılar. Temasek Holding ise, Singapur Devleti'nin ekonomik faaliyetleri tamamen devlet tüzel kişiliğinden ayırma amacına matuf olarak, iktisadi işletmelerini özgülemek suretiyle kurulmuştur. 2010'lu yıllardan itibaren Türkiye, Romanya, Bangladeş ve Hindistan gibi ülkelerin benzeri varlık fonları kurması bu türde kurulan ilk varlık fonu olan Temasek Holding'i tekrar incelemeye değer kılan bir gelişmedir.

Bu çalışmada öncelikle varlık fonu kavramı üzerinde durularak Türkiye Varlık Fonu(TVF) incelenecektir. Daha sonra Temasek Holding araştırılacak, TVF'nin Temasek Holding ile farklı yönlerine değinilecek ve TVF için Temasek Holding'den alınabilecek tecrübeler gösterilecektir.

### I. Genel Olarak Varlık Fonu Kavramı ve Türkiye Varlık Fonu

Türkiye'de 2016 yılının Ağustos ayına gelinceye kadar varlık fonları ile ilgili ciddi bir farkındalık olmamıştır. 6741 sayılı Kanun ile 2016 yılının Ağustos ayında Türkiye Varlık Fonu'nun (TVF) kurulması ile varlık fonları ülke gündeminin ve akademik çalışmaların dikkatini üzerine çekmiştir. Geline nokta da varlık fonları ile ilgili yeterli literatürün oluştuğunu söylemek mümkün değildir. Bu bölümde öncelikle varlık fonu kavramına değinilecek, TVF'nin genel hukuki hatları üzerinde durulacaktır.

#### A. Varlık Fonu Kavramı

Varlık fonu ile ilgili uluslararası literatürde yerleşen kavram “sovereign wealth fund” kavramıdır. Her ne kadar varlık fonlarının geçmişi 1953 yılında kurulan Kuveyt Varlık Fonu'na (Kuwait Investment Authority) dayandırılrsa da<sup>1</sup>, bu kavram ilk kez 2005 yılında kullanılmıştır<sup>2</sup>. Bu kavramın doğrudan Türkçeye çevrilmesiyle “ulusal varlık fonu”, “egemen servet fonu” gibi kavramlara ulaşmak mümkündür. Türkiye'de ise bu alanda henüz yeterince araştırma yapılmış olmamakla birlikte, yapılan araştırmalarda “sovereign wealth fund” kavramının karşılığı olarak “ulusal varlık fonu” veya sadece “varlık fonu” teriminin kullanıldığı görülmektedir<sup>3</sup>. Günlük

- 1 **AYKIN** Hasan. Ulusal Refah Fonları: Risk mi, Fırsat mı?. *SDE Analiz*, 2010, s. 6; **KAYIRAN** Meltem. Türkiye Varlık Fonu'nun Kuruluş Amaçları ve Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme. *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, C. 14, S. 56, 2016, s. 59; **GÜÇLÜ** Mehmet. Ulusal Varlık Fonları: Türkiye Ekonomisi İçin Bir Değerlendirme. *Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi*, C. 9, S. 1, 2018, s. 40. Varlık fonlarının ilk örneğini 1816 tarihli Fransa Mevduat ve Konsinye Fonu'na(Caisse des Dépôts et Consignations) götüren görüş için bkz: **STONE** Sarah E./**TRUMAN** Edwin M.. Uneven Progress on Sovereign Wealth Fund Transparency and Accountability(Rapor No: PB16-18). *Peterson Institute for International Economics*, 2016, s. 7; İlk varlık fonu olarak Teksas Daimi Okul Fonu'nu(Texas Permanent School Fund) gösteren görüş için bkz: **ANTHOPOULOS** Ilias/**PITELIS** Christos/**LIAKOU** C.. The Nature, Performance and Economic Impact of Sovereign Wealth Funds(Rapor No: 135). *FESSUD Working Paper Series*, 2016, s. 2.
- 2 **ROZANOV** Andrew. Who Holds the Wealth of Nations. *International Journal of Central Banking*, C. 15, S. 4, 2005, s. 52.
- 3 Öğretide kullanılan “ulusal varlık fonu” kavramı için bkz: **SANLI**, Ufuk. Körfezin “Görünmeyen Eller”i: Ulusal Varlık Fonları. *Ortadoğu Analiz*, C. 2, S. 23, 2010, s. 18; **AKYOL** Mehmet/**HAYALOĞLU**, Pınar. Kurumsal Yapının Ülkelerin Varlık Fonları Üzerindeki Etkisi: Dinamik Panel Veri Analizi. *International*

yaşamda “varlık fonu” teriminin daha yaygın olması sebebiyle bu çalışmada da varlık fonu tabiri kullanılacaktır.

Varlık fonu kavramının tanımlarına bakıldığında zaman, tanımın unsurları üzerinde bir uzlaşmaya varılamadığı müşahade edilmektedir<sup>4</sup>. Bunun sebebi dünya üzerinde çok farklı varlık fonu uygulamaları olması ve bu fonların farklı açılardan alt kategorilere ayrılmasıdır. Bununla beraber en kapsayıcı ve yeterli düzeydeki tanımların birkaçı şu şekilde ifade edilebilir:

Varlık fonu, ülkelerin fazla rezervleri olduğu zaman, kendi yararlarına, bu fazla parayı bir yatırım organı oluşturarak, orada kâr amaçlı değerlendirmesidir<sup>5</sup>. Bir başka tanımlamaya göre varlık fonu, devlete ait olan, özel amaçlı yatırım fonu veya kuruluşudur. Devlet tarafından oluşturulan ve makroekonomik amaçlarla kullanılan varlık fonu, yabancı ülkelerde yatırım yapmak dâhil birçok yatırım stratejisi ve diğer mali amaçları için sermayesini kontrol etmektedir<sup>6</sup>. Bu tanımlar ışığında varlık fonunu, devlet veya başka bir kamu tüzel kişisi tarafından idare edilen, kâr amacıyla, kamu yararına piyasada faaliyet gösteren bir kuruluş olarak tanımlamak mümkündür.

Varlık fonları ile ilgili farklı sorular gündeme gelmektedir. Çalışmanın kapsamı içerisinde kalmak üzere, varlık fonlarının genel özelliklerini de belirleyecek şu hususları belirtmekte fayda vardır. Çoğunlukla emtia ürünlerine dayanan dış ticaret fazlasıyla fonlanmaktadır. Ancak tek kaynakları bu değildir. Varlık fonları ile ilgili en yoğun tartışılan hususlar; küreselleşme sürecindeki konumları ve hükümetlerin varlık fonları üzerindeki rolüdür<sup>7</sup>. Hukuki açıdan denetimleri konusunda tereddütler oluşabilmektedir.

Varlık fonları kuruluş amaçları ve idare ettikleri malvarlığının kaynağı açısından alt kategorilere ayrılabilir. Kuruluş amaçları açısından varlık fonlarını; mali denge fonları, tasarruf fonları, sermaye yatırım fonları, kalkınma fonları ve emeklilik fonları olmak üzere beşe ayırmak mümkündür<sup>8</sup>. İdare ettikleri malvarlığının kaynağı açısından ise varlık fonları, klasik olarak emtiaya dayanan varlık fonları ile emtiaya dayanmayan varlık fonları olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>9</sup>. Emtia gelirlerine dayanmayan varlık fonları ile kastedilen genellikle Güney Kore ile Çin örneğinde olduğu gibi dış ticaret fazlası sebebiyle oluşan döviz fazlalıklarına dayanılarak kurulan varlık fonlarıdır.

*Journal of Disciplines Economics & Administrative Sciences Studies*, C. 3, S. 4, 2017, s. 270; **AKBULAK** Sevinç. Ulusal Varlık Fonları(Sovereign Wealth Funds): Gelişmeler ve Düzenleme Çalışmaları. *Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu*, 2008, s. 1; **KONUKMAN** Aziz/**ŞİMŞEK** Orhan. Ulusal Varlık Fonları ve Türkiye Uygulaması. *Çalışma ve Toplum*, S. 4, 2017, s. 1913-1944.

4 **TRUMAN** Edwin M. *Sovereign Wealth Funds: Threat or Salvation*. Peterson Institute for International Economics, Washington 2010, s. 9; **KOMORNIK** Jozef/**VOZAR** Martin. Investment Strategy of the Temasek Holding. *Chinese Business Review*, C. 11, S. 7, s. 96, 97.

5 **KRISHNA** Mrinalini. *5 Largest Sovereign Wealth Funds*. 2017. <https://www.investopedia.com/news/5-largest-sovereign-wealth-funds/>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

6 **INTERNATIONAL WORKING GROUP OF SOVEREIGN WEALTH FUNDS**. (2008). Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principles and Practices. *IMF Report*, s. 3.

7 **TRUMAN** Edwin M. *Sovereign Wealth Funds: Threat or Salvation*. Peterson Institute for International Economics, Washington 2010, s. 9.

8 **ALLEN** Mark/**CARUANA** Jaime. Sovereign Wealth Funds. *A Work Agenda*. IMF 2008, s. 5.

9 **WILSON** Richard. (2018). *An Introduction To Sovereign Wealth Funds*. <https://www.investopedia.com/articles/economics/08/sovereign-wealth-fund.asp>, Erişim Tarihi: 23.07.2018; **KOMORNIK/VOZAR**, s. 97.



Bu çalışmada idare ettikleri malvarlığının kaynağı açısından varlık fonları üçe ayrılarak incelenecektir. Son dönemde örnekleri çoğalan, kamu iktisadi teşebbüslerinin özgülmesi ile oluşan varlık fonlarının ayrı bir tür olarak “holding varlık fonları” şeklinde kabul edilmesi gerektiği düşünülmektedir<sup>10</sup>. Bu tür varlık fonlarının ilk örneği 1974 yılında kurulan Singapur’un “Temasek Holding” adlı varlık fonudur. Buna göre son tahlilde idare ettikleri malvarlığı açısından varlık fonları; *emtia gelirlerine dayanan varlık fonları*, *döviz rezervlerine dayanan varlık fonları* ve *holding varlık fonları* olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

## B. Türkiye Varlık Fonu

19.08.2016 tarihinde kabul edilip 26.08.2016 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 6741 sayılı Kanun’la kurulan Türkiye Varlık Fonu(TVF), birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir<sup>11</sup>. Bunlardan birincisi, varlık fonlarının genellikle mali yapıları veya dış ticaret dengeleri fazla veren ülkelerde kurulduğu, Türkiye’nin böyle bir ülke olmadığı, sonuç olarak TVF’nin yeni bir borç alma kaynağı olarak kullanılacağı olmuştur. Bir diğer tartışmaya göre, TVF’nin Sayıştay denetimine tabi olmaması sebebiyle Türkiye’nin geçmiş tecrübelerinde görülen bütçe dışı fonlarda olduğu gibi denetimsizlik sebebiyle kamu yararı amacının güdülmeyeceği sorunudur. TVF’nin büyük uğraşlar sonucu tasfiye edilen bütçe dışı fonlara geri dönüşü temsil ettiği, hatta sahip olduğu imtiyazlar sebebiyle hukuki açıdan bütçe dışı fonlardan daha sakıncalı olduğu belirtilmektedir<sup>12</sup>. Bununla beraber TVF uygulaması başarılı bir şekilde idare edilirse, Türkiye’nin makroekonomik hedeflere ulaşmasının temini yolunda önemli vazifeler ifa edebilir<sup>13</sup>.

Kuruluş kanununda Başbakanlığa bağlı olacağı düzenlenen TVF, Türkiye’nin Cumhurbaşkanlığı sistemine geçmesi, 24.06.2018 seçimleri sonrası sistemin fiilen uygulanması ve yeni sistemin sonucu olarak Başbakanlık kurumunun ilga edilmesiyle beraber, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 37. maddesi ile Cumhurbaşkanlığı’na bağlanmıştır.

6741 sayılı Kanun ve 2016/9429 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde TVF’nin idari yapısı iki farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre TVF ve TVF Yönetimi Anonim Şirketi, iki farklı kurum olarak, malvarlıkları birbirinden bağımsız olacak şekilde ihdas edilmiştir. TVF Yönetimi Anonim Şirketi, TVF ve ileride lüzum görülmesi halinde kurulabilecek alt fonları yönetmek amacıyla kurulmuştur. İdari işlemlerle TVF’ye devredilen mal ve haklar Şirket adına değil TVF adına tescil olunur, TVF tescil işlemlerinde tüzel kişiliği haiz sayılır.

10 Bu tür varlık fonları esasen varlık fonu kuracak kadar zenginliğe sahip olmayan devletler tarafından kurulmaktadır. Kaynak olarak borç ve iktisadi devlet işletmeleri kullanılmaktadır. Bu tür varlık fonlarına örnek olarak Türkiye, Romanya, Hindistan ve Bangladeş varlık fonları verilmektedir. Bkz: **REUTERS**. A New Breed of SWF Without The Wealth. Kuwait Times, (18.03.2017), s. 16.

11 **KONUKMAN/ŞİMŞEK**, s. 1939.

12 **TBMM PLAN VE BÜTÇE KOMİSYONU**. *TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu* (Sıra No: 413). 2018. [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi\\_sd.sorgu\\_baslangic](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic), Erişim Tarihi: 23.07.2018, s. 38; **KAYIRAN**, s. 85.

13 **KARAGÖL** Erdal Tanas/**KOÇ** Yusuf Emre. *Dünyada ve Türkiye’de Varlık Fonu* (Sayı: 169). SETA, 2016., s. 7.

En az beş kişiden oluşan TVF Yönetimi Anonim Şirketi'nin yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdür Cumhurbaşkanlığı tarafından atanacaktır. Yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdürün ekonomi, finans, hukuk, maliye ve bankacılık alanlarından en az birinde beş yıldan az olmamak üzere tecrübe sahibi olmaları yönündeki şart 02.07.2018 tarihli 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla beraber 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile TVF Yönetim Kurulu Başkanı, üyeleri ve TVF Genel Müdürü'nün atanma usulleri belirlenmiştir. Bu düzenlemelere göre atanacak kişilerde öncelikle 657 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre genel şartları haiz olmaları gerekmektedir. Bunun yanında; en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak ve kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmak, şartları bulunmaktadır. Görüldüğü üzere TVF yönetiminde görev alacak kişilerin uzmanlık alanındaki sınırlama kaldırılmıştır. Herhangi bir 4 yıllık fakülte mezun olup 5 yıllık çalışmış olma şartı taşıyanlar TVF yönetimine atanabilecektir.

Bu bağlamda 162 ve 163 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile TVF'nin idari yapısı belirlenmiştir. 162 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne göre, Cumhurbaşkanı aynı zamanda TVF Yönetimi Anonim Şirketi'nin de başkanı olmuştur. Bu düzenleme ile somut bir atama kararı değil soyut bir mevzuat düzenlemesi yapılmıştır. Başka bir ifadeyle Cumhurbaşkanı değişirse, yeni Cumhurbaşkanı, kendiliğinden TVF Yönetimi Anonim Şirketi'nin Yönetim Kurulu Başkanı olacaktır. 163 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile de 7 kişilik yönetim kurulu üyeleri belirlenmiş olup bunlardan birisi aynı zamanda başkan vekili diğeri de genel müdür olarak atanmıştır.

TVF Yönetimi Anonim Şirketi'nin 50.000.000 TL'lik sermayesinin tamamı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından ödenmiş olup Şirket'in hisselerinin tamamı Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na aittir. TVF Yönetimi Anonim Şirketi'nin hisselerinin tamamının Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na ait olmasına rağmen TVF'nin Cumhurbaşkanlığı'na bağlı olması hukuki karışıklık doğurabilecek bir durumdur.

TVF'ye 2017/9756 ve 2017/9758 sayılı Bakanlar Kurulu Kararları ile 14 şirket 46 gayrimenkul ve 2 adet oyun lisansı devredilmiştir. Bu malvarlığının toplam değerinin 40 Milyar Dolar olduğu belirtilmiştir<sup>14</sup>. TVF nezdinde bulunan malvarlığını değerlendirmek için fonlar kurulmaktadır. İlk olarak Mart 2017'de Rusya ile ortaklaşa 1 Milyar Dolarlık yatırım fonu kurulması için anlaşma imzalanmıştır<sup>15</sup>. Daha sonra Haziran 2017'de TVF bünyesinde 4 ayrı alt fon kurulmuştur. Bunlar; "Piyasa İstikrar ve Denge Fonu", "KOBİ Finansman Fonu", "Lisans ve

- 
- 14 **TÜRKİYE VARLIK FONU YÖNETİMİ A.Ş.** *Haberler* 2017.  
<http://turkiyevarlikfonu.com.tr/TR/icerik/71/haberler>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.
- 15 **ANADOLU AJANSI.** *Türkiye-Rusya Yatırım Fonu için imzalar atıldı,* 2017.  
<https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiye-rusya-yatirim-fonu-icin-imzalar-atildi/768552>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

İmtiyaz Fonu” ile “Maden Alt Fonu”dur<sup>16</sup>. 2018 yılının Mart ayında ise TVF'nin alt fonu olarak Borsa İstanbul Girişim Sermayesi Yatırım Fonu kurulmuştur<sup>17</sup>.

TVF'nin denetimi hususunda farklı yöntemler bulunmaktadır. İlk olarak, TVF Yönetimi Anonim Şirketi, kurumsal yapısı sebebiyle Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında, yetkilendirilmiş kuruluşlar tarafından dış denetime tabi olacaktır. İkinci olarak Cumhurbaşkanı tarafından atanacak olan 3 kişilik bir kurul TVF'nin kamusal açıdan dış denetimini gerçekleştirecektir ve hazırladıkları raporu yine Cumhurbaşkanı'na sunacaktır. Son olarak, TVF'nin bir önceki yıla ait mali tabloları ile faaliyetleri, her yıl Ekim ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından, bağımsız dış denetim raporları, özel kurul tarafından yapılan denetim raporları ve Cumhurbaşkanlığı tarafından gönderilen denetim raporları üzerinden görüşülerek denetlenecektir. Ancak Meclis tarafından yapılan bu denetimin hukuki sonuçlarının ne olacağı ile ilgili bir açıklık bulunmamaktadır. TVF kamu kaynaklarını kullanmasına rağmen Sayıştay tarafından denetlenmemesi esas benimsenmiş ve bu durum Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı kabul edilmemiştir<sup>18</sup>.

## II. Temasek Holding

Temasek Holding, devlete ait şirket hisselerine sahip olması ve onları idare etmesi amacıyla holding yatırım şirketi olarak kurulan ve tamamıyla devlete ait olan bir özel şirket olarak tanımlanmaktadır<sup>19</sup>. Temasek Holding'in sahibi olan Singapur Devleti bir şehir devleti olarak küçük bir yapı arz etmektedir. 648 km<sup>2</sup> yüzölçümü ve yaklaşık 5.000.000 nüfusu ile dünyanın en yoğun nüfusuna sahip devletlerinden biridir<sup>20</sup>. Son derece gelişmiş bir ekonomiye sahip olan ülke, 2017 verilerine göre, kişi başına yaklaşık 52.000 Dolarlık geliri ile dünyada 11. sıradadır<sup>21</sup>.

Temasek Holding, Singapur Devleti'nin iki varlık fonundan birisidir. Diğer varlık fonunun ismi Devlet Yatırım Şirketi'dir (Government Investment Corporation (GIC)). GIC, Singapur Devleti'nin fazla döviz rezervlerini kullanarak 1981 yılında kurulmuştur. GIC, 100 milyar ABD dolarını aşan kaynaklarıyla Singapur Devleti'nin ve Singapur vatandaşlarının bugün ve gelecekteki bağımsızlık ve refahlarının bir kaynağı olarak görülmektedir<sup>22</sup>. GIC, Singapur Devleti'ne ait döviz rezervlerini yönetmekte fakat onlara sahip olamamakta, bu rezervler hukuken Singapur Devleti'ne

16 **BUSINESSHT.** *Varlık Fonu'na 4 alt fon*, 2017. <http://www.businessht.com.tr/piyasalar/haber/1518453-varlik-fonuna-4-alt-fon>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

17 **BUSINESSHT.** *Varlık Fonu'na girişim sermayesi izni*, 2018. <http://www.businessht.com.tr/piyasalar/haber/1859370-varlik-fonu-na-girisim-sermayesi-izni>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

18 **ANAYASA MAHKEMESİ.** 18.01.2018 gün ve E. 2016/180, K. 2018/4. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

19 **NG Wilson.** The Evolution of Sovereign Wealth Funds: Singapore's Temasek Holdings. *Journal of Financial Regulations and Compliance*, C. 18, S. 1, 2010, s. 6.

20 **İSLAM ANSİKLOPEDİSİ.** *Singapur*, C. 37, 2009, s. 249.

21 **REELYORUM.** *Kişi Başı Düşen Milli Gelir Ne Kadar?*, 2018. <http://www.reelyorum.net/kisi-basi-dusen-milli-gelir-ne-kadar/>, Erişim Tarihi: 24.07.2018.

22 **CLARK Gordon L./DIXON Adam D./MONK Ashby H. B..** *Sovereign Wealth Funds Legitimacy, Governance, and Global Power*, New Jersey, ABD 2013, s. 101; **KOMORNIK/VOZAR**, s. 98; GIC yeterince şeffaf olmadığı için kontrol ettiği miktar hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Yaklaşık 300 Milyar ABD doları yönettiği yönünde bkz: **YEUNG Henry Wai-chung.** From National Development to Economic Diplomacy? Governing Singapore's Sovereign Wealth Funds. *The Pacific Review*, C. 24, S. 5, 2011, s. 626.

ait olmayı sürdürmektedir. Temasek Holding ise kurulduğundan beri yönettiği varlıkların aynı zamanda hukuki olarak sahibidir<sup>23</sup>. Bu iki varlık fonu Singapur Devleti'nin gelişimine birçok yönden katkı yapmıştır<sup>24</sup>. Çalışmanın kapsamında bulunmaması sebebiyle GIC ile ilgili daha fazla ayrıntıya girilmeyecek bundan sonraki kısımlarda Temasek Holding'in ayrıntıları üzerinde durulacaktır.

Temasek Holding'in esasında bir varlık fonu olmadığı, varlık fonlarından farklı özellikler taşıdığı belirtilmektedir. Buna göre, Temasek Holding diğer varlık fonları gibi, ülkenin fazla rezervlerini değil iktisadi işletmelerini kullanarak bir portföy yönetmektedir. Ancak Temasek Holding genellikle en başarılı varlık fonlarından biri olarak kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Kaynağının diğer varlık fonlarından farklılık arz etmesi onun varlık fonu olma niteliğine etki etmemelidir. Zaten başarılı bir varlık fonu olarak algılanmaktadır. Öyle ki kamu yatırım araçları arasında ayrı bir Temasek modelinin kabul edildiği görülmektedir<sup>26</sup>. Asya'nın Singapur'dan yönetilen yatırım evi olarak adlandırılmaktadır<sup>27</sup>.

### A. Temasek Holding'in Kuruluşu ve Tarihi Gelişimi

Singapur Devleti 1959 yılında, her ne kadar İngiltere askerleri hâlâ ülkede bulunsa da yerel hükümetini kurmuştur. O sene devletin bütçesinde 14 milyon Singapur doları açık bulunmaktadır. İlk milli hükümet, yoğun bir çalışma ile bir sene sonra aynı bütçeyi 1 milyon Singapur doları fazla verir hale getirmiştir. Bu durum gelecek kuşaklara borç bırakmama sorumluluğu çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. 1965 yılında İngiliz askerlerinin ülkeden çekilmesiyle tam bağımsızlığını kazanan Singapur, bu sorumluluğu 1974 yılında kurduğu Temasek Holding'e taşımıştır<sup>28</sup>. Buna göre Temasek Holding'in temel gayesinin Singapur vatandaşlarının uzun vadeli mali refahını sağlamak olduğu söylenebilir.

1965 yılında tam bağımsızlığını kazanan Singapur, temel amacı istihdam sağlamak olan birçok kamu iktisadi teşebbüsü kurmuştur. 1974 yılına gelindiğinde devletin düzenleyici ve denetleyici rolü ile ekonomik girişimci rolünün ayrılması gerektiği düşünülmüş, ekonomik girişimci rolünü üstlenmek üzere Temasek Holding kurulmuştur. Temasek Holding kendine özgü bir kanuni dayanakla kurulmamış Singapur şirketler hukukuna tabi olarak kurulmuştur<sup>29</sup>. Temasek Holding dünyada örnekleri bulunan diğer varlık fonları gibi, Singapur'un döviz rezervlerini veya bütçe

23 **CHEN** Christopher. Corporate Governance of State Owned Enterprises: An Emprical Survey of the Model of Temasek Holdings in Sİngapore(Corporate Governance). *21st Century Commercial Law Forum: 13th International Symposium 2013 – Corporate Autonomy and Government Regulation*. 2013, s. 2.

24 **YEUNG**, s. 628.

25 **KOMORNIK/VOZAR**, s. 96.

26 Temasek modelinin temel sac ayakları şunlardır; operasyonel bağımsızlığı temin için güçlü kamu yönetimi, yabancı yatırımlar ve yabancılarla rekabet, devletin sektörlerde lider olmayı hedeflemesi. Bkz: **CHEN** Christopher. Solving the Puzzle of Corporate Governance of State-Owned Enterprises: The Path of the Temasek Model in Singapore and Lessons for China(Lessons for China). *Northwestern Journal of International Law&Business*, C. 36, S. 2, 2016, s. 305, 362..

27 **NG**, s. 8.

28 **TEMASEK**. *Investor Institution Steward*. Temasek Review 2017, s. 1, 4, 5.

29 **LIU** Kerry. Singapore's Temasek Holdings' Control Mechanisms and the Performance of the Firms Controlled By Temasek. *Asian Economic and Financial Review*, C. 7, S. 2, 2017, s. 189; **CHEN**, *Corporate Governance*, s. 23; **TEMASEK**, s. 15.

fazlalıklarını kullanarak değil, devlete ait iktisadi işletmelerin kendisine devri ile kurulmuştur<sup>30</sup>. Bu açıdan dünyada türünün ilk örneği kabul edilebilir. Nitekim 1974 yılında Temasek Holding'in bu suretle kurulmasından sonra uzun bir müddet benzerine rastlanmamış, 2016 yılında Türkiye'de ve yakın zamanlarda diğer birkaç ülkede daha benzerlerinin kurulmasıyla ayrı bir tür olmaları gerektiği düşünülmüştür<sup>31</sup>.

2000'li yıllara kadar, Singapur'da devlete ait birçok iktisadi işletme şirketleştirilmiş mevcutları ise büyütülerek Temasek Holding'e devri sağlanmıştır<sup>32</sup>. Temasek Holding bu süreç zarfında bu şekilde büyümüştür. Ayrıca hisselerinin bir kısmı veya tamamı Temasek Holding'de bulunan ve büyümeye devam eden yurtiçi şirketler uluslararası nitelik kazanmış, bu sayede Temasek Holding'in de uluslararası tecrübesi artmıştır<sup>33</sup>.

2002 yılına kadar daha çok yurtiçindeki önemli markaları kontrol etmeye yoğunlaşmış olan Temasek Holding, bu yıldan sonra diğer Asya ülkeleri başta olmak üzere tüm dünyaya yatırım amacıyla açılmış bulunmaktadır. Bu zamana kadar esas gayesi ülkenin zenginliğini korumak olan Şirket, bundan sonra ülkenin zenginliğini artırma amacıyla hareket etmiştir. Bu yılda, Temasek Holding'in başına CEO göreviyle dönemin devlet başkanının eşi atanmıştır. Bu durum bir suiistimal gibi görünse de, Temasek Holding devlet desteğini daha çok alarak ve devlete daha çok kâr payı vermeye zorlanarak daha etkin çalışmaya başlamıştır<sup>34</sup>. 2006 yılında gerçekleşen Tayland'lı Shin Corporation'ın satın alınmasında ve 2008 krizinde ciddi zararlarla karşılaşsa da, ulaşımdan teknolojiye, bankacılıktan internet alışverişine kadar çok farklı alanlarda faaliyet gösteren Temasek Holding geniş bir portföye sahip olmuştur<sup>35</sup>. Bununla beraber Temasek Holding'in yurtdışında yaptığı yatırımların yurtiçi yatırımları kadar kârlı olmadığı belirtilmektedir. Bu durumun sebepleri şu şekilde sıralanmaktadır<sup>36</sup>;

2. Temasek Holding'in Singapur piyasasını daha iyi bilmesi ve tekel olma gibi avantajlarının olması,
3. Farklı bir kültürden gelmesi sebebiyle yurtdışında uyumsuzluklar yaşaması,
4. Netice itibariyle bir devlete ait olduğu için politik engellerle karşılaşması<sup>37</sup>,

30 O dönemde Temasek Holding'e devredilen işletmelerin toplam değerinin yaklaşık 214 milyon ABD doları olduğu belirtilmektedir. **NG**, s. 7.

31 Bu tür varlık fonlarına örnek olarak Türkiye, Romanya, Hindistan ve Bangladeş varlık fonları verilmektedir. Bkz: **REUTERS**. A New Breed of SWF Without The Wealth. Kuwait Times, (18.03.2017), s. 16.

32 **YEUNG**, s. 631.

33 **NG**, s. 9, 10.

34 **NG**, s. 6, 7.

35 **TEMASEK**, s. 20, 25; **NG**, s. 10, 11.

36 **LIU**, s. 201.

37 Bu hususta Çin varlık fonunun "China Investment Corporation(CIC)" çok daha fazla engellemelerle karşılaşabildiği yönünde bkz: **NG Wilson/SCULLY Declan**. Making Sense of Sovereign Wealth Funds: Entrepreneurial and Political Wish-Images in "Building for the Future" of China and Singapore. *Management&Organizational History*, C. 8, S. 1, 2013, s. 79.

## B. Temasek Holding'in Kurumsal Yapısı

Temasek Holding, Singapur şirketler hukukuna tabi bir şirkettir. Anayasa'da devlet şirketleri arasında sayılan Temasek Holding, Singapur şirketler hukukuna göre "Exempt Private Company" olarak ihdas edilmiştir<sup>38</sup>. Hisselerinin tek sahibi Singapur Maliye Bakanlığı'dır. Yönetim Kurulu 14 kişiden oluşmakta olup bunların çoğunluğu özel sektörde başarılı olmuş kişilerden oluşmaktadır. Yönetim Kurulu üyeleri ve CEO seçimini devlet başkanı ile mevcut Yönetim Kurulu birlikte yapmaktadır<sup>39</sup>. Bir yılda 2 gün süren 4 toplantı yapan kurul gerektiğinde olağanüstü de toplanabilmektedir. Kararlarını ise basit çoğunluk ile almaktadır. Temasek Holding'in çıkarları ile kendi çıkarları çatışan üyeler o konudaki kararlara katılamamaktadır. İcra Komitesi, Denetim Komitesi ve Liderlik Gelişimi/Görev Tazminatı Komitesi olmak üzere üç ayrı alt komiteden oluşan Kurul'un görevleri şu şekilde sıralanmaktadır<sup>40</sup>;

2. Uzun vadeli genel stratejik amaçlar hususunda karar vermek
3. Yıllık bütçe hususunda nihai kararı vermek
4. Resmi denetim raporlarını onaylamak
5. Büyük yatırım ve satım işlemlerine onay vermek
6. Büyük ölçekte fon ayırma işlemlerine onay vermek
7. CEO'yu atamak ve görevlerini belirlemek
8. Yönetim Kurulu'ndaki gerekli değişiklikleri yapmak

Yönetim Kurulu, CEO ile birlikte, anayasal olarak Temasek Holding'in geçmiş rezervlerini korumakla yükümlüdür. Geçmiş rezervlerde azalmaya sebep olabilecek işlemlerin Devlet Başkanı'nın onayı ile yapılması gerekmektedir. Geçmiş rezervler ile kastedilen Singapur'un mevcut hükümetin görevi devraldığı andaki rezervlerdir. Yani her hükümet göreve geldiğinde, dolaylı yoldan Temasek Holding'in rezervlerini azaltmamakla sorumludur.

Temasek Holding, Yönetim Kurulu Başkanı ve CEO'nun ayrı kişilerden oluşmasına önem vermektedir. Singapur şirketler hukuku bir şirkette CEO pozisyonunu zorunlu tutmamasına rağmen Temasek Holding CEO ile çalışmaktadır<sup>41</sup>. Zira güç dengesi ve şirketin bir organının diğerini denetlemesinin sağlanmasında, bunu garanti olarak görmektedirler<sup>42</sup>.

Temasek Holding'in Yönetim Kurulu ve CEO'dan oluşan genel karar organlarının yanında birde üst yönetimi bulunmaktadır. Üst yönetim, Yönetim Kurulu'nun aldığı genel kararları özel olaylarda uygulamakta, Temasek Holding'in faaliyetlerinin dünyanın her yerinde hukuka uygun olmasını temine çalışmaktadır. Üst yönetimin ayrı bir CEO'su bulunmaktadır. Bunun yanında Temasek Holding'in, sayıları 630 olan 33 farklı ülkeden çalışanı bulunmaktadır<sup>43</sup>.

TVF'nin Temasek Holding'e nazaran çok daha az yönetim kurulu üyesi ile çalıştığı görülmektedir. Ayrıca yönetim kurulu üyeleri TVF'de doğrudan yürütme organı tarafından

38 CHEN, *Corporate Governance*, s. 23; Singapur Şirketler Kanunu'na göre exempt private company, pay sahipleri 20 veya daha az olan şirketleri veya devlet sahipliğinde olan şirketleri ifade etmektedir.

39 LIU, s. 189.

40 TEMASEK, s. 52-54.

41 CHEN, *Corporate Governance*, s. 21.

42 TEMASEK, s. 65.

43 TEMASEK, s. 55, 56.

atanırken Temasek Holding’de bu işlem yönetim kurulu ve Devlet Başkanı’nın ortak çalışmasıyla olmaktadır. Yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı’nın aynı zamanda TVF Yönetimi Anonim Şirketi’nin Yönetim Kurulu Başkanı olması, TVF’nin faaliyetlerindeki bağımsızlığı sağlayıp tamamıyla ekonomik amaçla hareket etmesini engelleyebilecek nitelikte görünmektedir. Temasek Holding’de ise Devlet Başkanı, hem Temasek Holding’in yönetim kurulunda yer almamakta hem de Yönetim Kurulu üyelerini atarken mevcut yönetim kurulu üyeleri ile birlikte hareket etmektedir. TVF Yönetimi Anonim Şirketi’nde Genel Müdürün, Yönetim Kurulu içerisinde çıkması güç dağılımı açısından problem doğurabilir. Temasek Holding’de ise bu duruma özellikle dikkat edilmekte, CEO, Yönetim Kurulu dışından atanmaktadır.

### C. Temasek Holding’in Faaliyetleri

Temasek Holding’in 2017 yılına ait faaliyet raporunda, Singapur’u dönüştürmek, yurtdışında yatırımlar yapmak ve gelişen küresel trendlere ayak uydurmak amacıyla faaliyette bulunduğu belirtilmiştir. Temasek Holding; fırsatlar ve istihdam için aktif ekonomi, herkesi kapsama ve barış için güzel toplum, hepimizin evi olarak temiz dünya ilkeleri ile hareket etmektedir. Temasek holding tüm bunları yaparken yarını akılda tutarak doğru işler yapmayı hedeflemektedir. Kendisini bir yatırım şirketi olarak tanıtan Temasek Holding, kararlarını tamamıyla ticari gayelerle aldığını vurgulamakta, hükümetin veya devlet başkanının kararlarına karışmadığını söylemektedir<sup>44</sup>. Anayasal olarak geçmiş rezervlerini koruma görevi bulunan Temasek Holding, Singapur vatandaşlarına karşı sorumludur<sup>45</sup>.

Temasek Holding’in esas gayesinin ekonomik olduğu her fırsatta vurgulansa da başka amaçlarla hareket ettiği belirten görüşler de bulunmaktadır. Buna göre Temasek Holding, Singapur Devleti lehine sadece ekonomik değil stratejik hedefler için de çalışmaktadır. Yaptığı yatırımları stratejik tercihlerle yaparak Singapur lehine stratejik avantajlar elde edebilmektedir<sup>46</sup>. Nitekim 2006 yılında gerçekleşen, Tayland Devleti’nin önemli bir teknoloji ve iletişim firmasını Temasek Holding’in satın alması olayı, politik endişeleri yükseltmiştir. “Shin Corporation” adlı şirketi, Tayland’da dönemin Başbakanı Thaksin Shinawatra, başbakanlığından önce kurmuş, önemli siyasi mevkilerde bulunan akrabaları vesilesiyle devletten ciddi teşvikler alarak şirketi Tayland’ın en önemli iletişim ve teknoloji şirketi haline getirmiştir. Başbakan olurken anayasal zorunluluk gereği şirketteki hisselerini yurtdışındaki çocuklarına devretmiştir. Ancak her daim bu şirketin gayri resmi bir surette Thaksin Shinawatra tarafından idare edildiği bilinmiştir. 2006 yılı Ocak ayında, yabancı yatırımcıların Tayland’da faaliyet gösteren iletişim şirketlerinde pay sahibi olabilecekleri oranın %25’den %49’a çıkarılmasının hemen sonrasında, Temasek Holding, “Shin Corporation” şirketinin %49’unu 1.9 milyar ABD dolarına satın almıştır. Bu işlem esnasında sağlanan teşvik sayesinde Thaksin Shinawatra’nın çocukları hiçbir vergi ödememiştir. Bu olay üzerine Tayland’da ciddi politik çalkalanmalar başlamış ve Eylül 2006’da askeri darbe gerçekleşmiştir. Askeri darbenin temel sebeplerinden birinin Temasek Holding-Shin Corporation anlaşması olduğu

44 **CHEN**, *Lessons for China*, s. 322; Temasek Holding’in stratejik gayeler de götüğü yönünde bkz: **YEUNG**, s. 639; Temasek Holding’in Singapur’daki mevcut iktidarın yurtiçi politik amaçlarına hizmet ettiği yönünde bkz: **SHIH** Victor. *Tools of Survival: Sovereign Wealth Funds in Singapore and China*. *Geopolitics*, S. 14, 2009, s. 341.

45 **TEMASEK**, s. 1, 4, 5.

46 Bu görüşe göre Temasek Holding hem ekonomik hem stratejik amaçlar taşımaktadır. Bkz: **NG**, s. 8.

belirtilmektedir<sup>47</sup>. Her ne kadar bu olayda Temasek Holding'in kârlı bir yatırım amacıyla bu işlemi yaptığı düşünülebilse de, Tayland'da yabancı yatırımcıların iletişim sektöründeki şirketlere yatırım yapabileceği oranın %25'den %49'a çıkarılmasından hemen sonra bu işlemin gerçekleşmesi, olayda politik etkilerin de bulunduğunu göstermektedir.

2017 yılına ait faaliyet raporuna göre 31.03.2017 tarihi itibarıyla Temasek Holding'in toplam malvarlığı değeri yaklaşık 275 milyar Singapur dolarıdır. Bunun o tarih itibarıyla ABD dolarına çevrilmesi neticesinde yaklaşık 197 Milyar ABD Doları olduğu ortaya çıkmaktadır. Yatırımlarının %68'ini Asya'da yapan Temasek % 29'unu ise sadece Singapur'da yapmaktadır<sup>48</sup>. Bir yıllık büyüme oranı %13.37 olarak gerçekleşen Temasek Holdingin 10 yıllık ortalama büyüme oranı %4, kuruluş tarihi olan 1974'den beri ise %15 şeklinde gerçekleşmiştir<sup>49</sup>. Tek pay sahibi olan Singapur Devleti'ne 2017 yılı için 5 milyar ABD doları ödeyen Temasek Holding, bu ödemeye Singapur Devleti'nin aynı parayla faizden alacağı kârın 19 katını almasını sağlamıştır. Singapur Borsası'nda önemli hisselerle sahip olan Temasek Holding, tek başına bu borsanın %30'unu kontrol etmektedir ki bu durum dünyanın başka bir yerinde ender rastlanabilecek bir durumdur<sup>50</sup>. Bu performansı ile Temasek Holding Singapur Devleti için küresel tahvil ve borsa piyasalarından çok daha kârlı bir araç olmuştur<sup>51</sup>. Görüldüğü üzere Singapur Devleti'nin nüfusu ile kıyaslandığında Temasek Holding çok ciddi bir kaynağı kontrol etmekte ve çok başarılı kabul edilmektedir. Nitekim Japonya ve Çin gibi Asya ülkelerinin, Temasek Holding'in özellikle 2002 sonrası gösterdiği performansı kendi ülkelerine ait araçlarla taklit etmek istediği belirtilmektedir<sup>52</sup>. Temasek Holding'in bu başarısının arkasında yatan sebeplerden birisi, 2000'li yıllardan itibaren kâr elde etmeye yönelik agresif ve uluslararası niteliğe haiz yatırım stratejisi benimsemesidir<sup>53</sup>. Bir diğer görüşe göre bu başarının sebebi, Temasek Holding'in kâr odaklı ve bağımsız bir yapı arz etmesidir. Bu özelliklerin ise taklit edilmesi zordur<sup>54</sup>.

Temasek Holding'in hikayesini daha sönük tasvir edenler de bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre, Temasek Holding'in gösterdiği başarının sebebinin sahip olduğu yurtiçi tekel firmalar olduğu belirtilmektedir<sup>55</sup>. Başka bir görüşe göre, Temasek Holding'in iddia ettiği başarısı gerçekçi değildir. Singapur'un ve Temasek Holding'in verdiği rakamlar üzerinde çeşitli şüpheler

- 
- 47 **ANWAR** Sajid/**DORAN** Cristine/**SAM** Choon Yin. Committing to Regional Cooperation: ASEAN, Globalisation, and the Shin Corporation-Temasek Holding Deal. *Asia Pacific Viewpoint*, C. 50, S. 3, 2009, s. 307-321; **LHAOPADCHAN** Suntharee. The Politics of Sovereign Wealth Fund Investment: The Case of Temasek and Shin Corp.. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, c. 18, S. 1, 2010, s. 15-22; **SAM** Choon Yin. Economic Nationalism in Singapore and Thailand: The Case of the Shin Corporation-Temasek Holdings Business Deal. *Southeast Asia Research*, C. 16, S. 3, 2008, s. 433-459.
- 48 Temasek Holding'in Singapur'daki birçok sektöre hakim olduğu yönünde bkz: **CHEN**, *Corporate Governance*, s. 9.
- 49 10 yıllık büyüme oranının düşük olmasının sebebi, Temasek Holding'in 2008 krizinden ciddi şekilde etkilenmesidir. Bkz: **LIU**, s. 189; **NG/SCULLY**, s. 82; **JORDAN** Rolf. Singapore in Its Worst Recession for Years: The Effects of the Current Economic Crisis on the City-State Economy. *Journal of Current Southeast Asian Affairs*, S. 4, 2009, s. 95-110.
- 50 **LIU**, s. 191.
- 51 **TEMASEK**, s. 6-12, 30.
- 52 **NG**, s. 7.
- 53 **GNABO J.Y./KERKOUR M./LECOURT C./RAYMOND H.**. Understanding the Decision Making Process of Sovereign Wealth Funds: The Case of Temasek. *International Economics*, S. 152, 2017, s. 98, 99.
- 54 **CHEN**, *Corporate Governance*, s. 4.
- 55 **NG**, s. 7.



bulunmaktadır<sup>56</sup>. Ayrıca Temasek Holding'in büyümesi ile Singapur'un borcunun büyümesi paralel gelişmektedir. Bu sebeple Temasek Holding'in büyümesindeki gerçek sebep devletten aldığı desteklerdir<sup>57</sup>. Bir başka görüşe göre Singapur'un varlık fonlarının başarılı olmasının arkasında yatan temel sebep, Singapur hükümetinin iç politikada olarak neredeyse rakipsiz olması sebebiyle ekonomik stratejilerini karşılarında kısa vadeli başarı baskısı olmadan uygulayabilmeleridir<sup>58</sup>.

Kredi derecelendirme kuruluşlarından yüksek puanlar alarak çok verimli çalıştığı görülen Temasek Holding'in<sup>59</sup> temel gelirleri; pay sahibi olduğu şirketlerdeki pay satışları, pay sahibi olduğu şirketlerden aldığı kâr payları ve yatırım fonlarından elde edilen gelirlerdir. Bunun dışında çeşitli yollarla yapılan borçlanmalar<sup>60</sup> ve Singapur Devleti'nden gelen yeni yatırımlar da Temasek Holding'in istisnai gelir kalemleridir. Bu gelirlerine mukabil Temasek Holding'in giderleri, yatırım ve buna bağlı giderler, Singapur Devleti'ne verilen kâr payı, farklı devletlere verilen vergiler ve hayırseverlik amacıyla yapılan işlere verilen ödemelerden oluşmaktadır<sup>61</sup>.

Değişen dünyaya her daim ayak uydurmaya çalıştığını belirten Temasek Holding, yatırımlarını hem kârlılık hem çevreye karşı sorumlu yatırım yönünde geliştirmek için 2004'den beri konferanslar ve kongreler düzenlemektedir<sup>62</sup>. 2017 yılında düzenlenen "Yarın, Bugün Başlıyor" adlı konferansa uzman ve konu ile ilgili kişilerden oluşan 400 kişi katılmıştır. Bu toplantılarda toplumun karşı karşıya kaldığı problemlerin uzun vadeli çözümü için çalışmalar yapılmaktadır<sup>63</sup>. Ayrıca Temasek Holding, 2004'den beri kâr amacı gütmeyen iyiliksever projelere de destek olmaktadır<sup>64</sup>.

Sonuç itibariyle Temasek Holding'in varlık fonları içerisinde en başarılı örneklerden biri olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca iktisadi kamu işletmelerini kaynak olarak kullanması itibariyle de türünün öncüsü kabul edilmelidir. Bu özellikleri ile başka devletler tarafından taklit edilebilmesinin mümkün olup olmadığı sorgulanmıştır. Çin açısından bu konuya bakılmış, Çin'in Temasek Holding modelini taklit edemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bunun gerekçeleri şu şekilde sıralanmaktadır<sup>65</sup>;

56 **BALDING** Christopher. *A Brief Research Note on The Government Investment Corporation of Singapore, Temasek Holdings, And Singapore Public Finance*. <http://ssrn.com>, Erişim Tarihi: 29.07.2018.

57 **BALDING** Christopher. *A Brief Research Note on Temasek Holdings and Singapore: Mr. MAdoff Goes to Singapore*. <http://ssrn.com/abstract=2001343>, Erişim Tarihi: 27.07.2018, s. 10.

58 **SHIH**, s. 332.

59 Moody's'ten "Aaa" derecesi Standard & Poors'tan "AAA" notu bulunmaktadır. Bkz: **KOMORNIK/VOZAR**, s. 99.

60 Temasek Holding'in borç kullanması, kârlı ve başarılı bir girişimci olmasına ters gibi görünebilir. Ancak faaliyet raporunda, borç kullanma işini disiplinli bir mali süreç için uyguladıklarını belirtmektedirler. Yoksa ne kredi derecelendirme kuruluşlarının notuna ne de borç almaya ihtiyaçlarının olmadığını belirtmektedirler. Mart 2017 itibariyle yaklaşık 9 milyar ABD doları borçları bulunmaktadır. Bu miktar ise kontrol ettikleri kaynak düşünüldüğünde düşük bir borç miktarı olarak görülmektedir. Bkz: **CHEN**, *Lessons for China*, s. 324; **TEMASEK**, s. 43, 45.

61 **TEMASEK**, s. 16, 17.

62 **CHEN**, *Lessons for China*, s. 323.

63 **TEMASEK**, s. 12.

64 **TEMASEK**, s. 15, 80.

65 **CHEN**, *Corporate Governance*, s. 26; **CHEN**, *Lessons for China*, s. 306.

2. Singapur Devleti'nin çok küçük olması münasebetiyle idare edilebilirliğinin Çin ile kabil-i kıyas olmaması,
3. Temasek Holding'in küçük bir devlete ait olması sebebiyle, ülkedeki birçok sektörde önderliği ele alarak kârlı yatırımlar yapılabiliyor olması,
4. Büyük devletlerdeki kamu iktisadi işletmelerinin çok karmaşık yapıları sebebiyle tek bir organ tarafından idaresinin zor olması,
5. Temasek Holding'in bağımsız bir yapı arz etmesi ve başka hükümetlerin bu bağımsızlığı sağlamada isteksiz davranabilmesi gösterilmiştir.

Türkiye'nin Çin kadar büyük bir devlet olmaması münasebetiyle, Temasek modelinin Türkiye'de uygulanabilmesinin daha mümkün olduğu söylenebilir. Ancak TVF'nin uygulamaları ile Temasek Holding'in uygulamaları arasında farklılıklar bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, Temasek Holding her fırsatta gagesinin ekonomik olduğunu vurgularken, TVF'nin kuruluş kanunu olan 6741 sayılı Kanun'un gerekçesinde TVF'nin “dış politikanın önemli bir enstrümanı” olacağını belirtilmesi yerinde olmamıştır. Zira varlık fonlarının uluslararası piyasalarda karşılımlarına çıkan en büyük engel ekonomik amaçlar dışında başka amaçlarla hareket edebilecekleri endişesidir. TVF'nin kuruluş kanunu gerekçesinde açıkça dış politikanın unsuru olacağını belirtilmesi ilk andan itibaren uluslararası alandaki imajını zedelemektedir.

Temasek Holding ve TVF, borcu bir gelir kaynağı olarak görme hususunda benzeşmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere Temasek Holding kaynaklarına kıyasla borç kullanımını kısıtlı tutarken TVF'nin bu hususta ne yapacağı henüz belli değildir. Ayrıca Temasek Holding yoğun ve kârlı bir surette faaliyetlerini sürdürürken TVF'nin faaliyetlerine tam olarak başlamadığı ve henüz hiç faaliyet raporu yayımlamadığı görülmektedir.

#### D. Temasek Holding'in Denetimi

Temasek Holding'in bağımsızlığı sürekli vurgulansa da, netice itibariyle Singapur Devleti'nin ve vatandaşlarının parasını kontrol ettiği için bir dereceye kadar denetlenmesi şarttır<sup>66</sup>.

Temasek Holding bizzat kendisi çalışanlarını denetlemek amacıyla etik ilkelere sahiptir. Bu ilkeler vasıtasıyla çalışanların rüşvet ve yolsuzluk gibi fiillerinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bu ilkelere uymadığı tespit edilen çalışanlar, Temasek Holding'in denetim organı tarafından incelenmektedir<sup>67</sup>.

Varlık fonlarının uluslararası bir denetim aracı olan Santiago İlkeleri'nin<sup>68</sup> oluşumuna Temasek Holding katkıda bulunmuş ve bu ilkeleri kâmil manasıyla uygulamayı amaç edinmiştir.

66 CHEN, *Lessons for China*, s. 324.

67 CHEN, *Lessons for China*, s. 322; TEMASEK, s. 33.

68 Santiago İlkeleri, 2008 yılında IMF bünyesinde oluşturulmuş olup önde gelen varlık fonlarının desteğini almıştır. Bu ilkeler, varlık fonlarına ve varlık fonlarının yatırım yaptığı ülkelere bir dizi tavsiye sunmaktadır. Bu ilkelerin temel amacı, varlık fonlarının sadece ekonomik gaye ile hareket etmesini sağlamak, gittikleri ülkelerdeki hukuka uymalarını temin etmek ve yatırım yapılan ülkelerin de varlık fonlarına eşit davranmasını garanti altına almaktır. Bkz: INTERNATIONAL WORKING GROUP OF SOVEREIGN WEALTH FUNDS. *Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principles and Practices*. IMF Report, 2008.

Bu sayede Temasek Holding'in, varlık fonlarının küresel çapta en çok kabul gören normları olan Santiago İlkeleri doğrultusunda denetlenmesi sağlanmış olmaktadır<sup>69</sup>.

Temasek Holding, dünyanın en şeffaf varlık fonlarından biri olarak gösterilmektedir<sup>70</sup>. Uluslararası kabul edilirliliği olan Linaburg-Maduell şeffaflık endeksinde 2018 yılında 10 üzerinden 10 puan almıştır<sup>71</sup>. Edwin M. Truman tarafından yapılan çalışmada son olarak 2015 yılında yapılan güncellemede 100 üzerinden 76 puan alarak 60 varlık fonu içerisinde 18. sırada kalmıştır<sup>72</sup>. Geoeconomica adlı kuruluş tarafından yapılan şeffaflık derecelendirmesinde ise "B" notunu alarak şeffaflık ilkelerine büyük oranda uyduğu kabul edilmiştir<sup>73</sup>.

Temasek Holding, Singapur şirketler hukukuna göre faaliyet raporlarını ve diğer mali göstergelerini yayımlamak zorunda olmamasına rağmen 2004'den beri faaliyet raporları yayımlayarak kamuoyuna geniş bilgiler sunmaktadır<sup>74</sup>. İç denetimi sağlamak amacıyla yönetim kurulunun alt komitesi olan denetim komitesi çalışmaktadır. Tamamıyla özel sektör temsilcilerinden oluşan denetim komitesi, iç denetim biriminin yardımı ile iç denetim faaliyetini icra etmektedir. Ayrıca kanunen çıkarılması zorunlu olan yıllık mali tablolar uluslararası önde gelen denetim kuruluşlarınca denetlenerek dış denetimin de yerine getirilmesi temin edilmektedir<sup>75</sup>.

TVF'nin denetiminde, Temasek Holding'den farklı olarak, üç kişiden oluşan bir kamusal kurumun denetimi bulunmaktadır. Ancak bu denetimi yapacak kişiler ile TVF'yi yönetecek olan kişilerin yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanı tarafından atanıyor olması denetimden beklenen etkiyi azaltmaktadır. Bunun dışında TVF, bir anonim şirket olduğu için diğer anonim şirketleri gibi yetkili özel kurumlar tarafından yapılacak olan dış denetime tabidir. TVF'nin TBMM'nin denetiminde olması da temin edilmiştir. Buna göre, TVF'nin bir önceki yıla ait mali tabloları ile faaliyetleri, her yıl ekim ayında Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonu tarafından, bağımsız dış denetim raporları, özel kurul tarafından yapılan denetim raporları ve Cumhurbaşkanlığı tarafından gönderilen denetim raporları üzerinden görüşülerek denetlenecektir.

Kamuoyu denetimini sağlamak üzere çıkarılacak olan faaliyet raporları hususunda TVF'ye 2016/9429 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı<sup>76</sup> ile bir yükümlülük getirilmiş olmasına rağmen henüz bir faaliyet raporu yayımlanmamıştır. Ayrıca yukarıda sayılan üç tane uluslararası şeffaflık denetim

69 TEMASEK, s. 41.

70 LIU, s. 204.

71 SWFINSTITUTE. *Linaburg-Maduell Transparency Index*. 2018. <https://www.swfinstitute.org/statistics-research/linaburg-maduell-transparency-index/>, Erişim Tarihi: 31.07.2018.

72 TRUMAN Edwin M.. Sovereign Wealth Fund Transparency and Accountability Explored(Transparency and Accountability). *Wake Forest Law Review*, C. 52, 2017, s. 1001.

73 BEHRENDT Sven *Santiago Compliance Index*. 2014. GEOECONOMICA [https://www.nzsuperfund.co.nz/sites/default/files/documents-sys/SCI%202014%20October%202014\\_final.pdf](https://www.nzsuperfund.co.nz/sites/default/files/documents-sys/SCI%202014%20October%202014_final.pdf), Erişim Tarihi: 01.05.2018.

74 LIU, s. 189; KOMORNÍK/VOZAR, s. 98.

75 TEMASEK, s. 43, 53.

76 RG: 09.11.2016-29883.

listesinde TVF henüz yer almamaktadır<sup>77</sup>. Bu sebeplerle denetim hususunda da ciddi eksiklikleri olduğu görülmektedir<sup>78</sup>.

## SONUÇ

Temasek Holding, sahip olduğu malvarlığı ve yatırım usulü ile diğer varlık fonlarından farklılık arz etmektedir. Klasik olarak varlık fonları petrol ve doğalgaz gibi emtia gelirlerine dayanan ve emtiaya gelirlerine dayanmayan varlık fonları olarak ikiye ayrılmaktadır. Emtia gelirlerine dayanmayan varlık fonları genellikle Çin ve Güney Kore’de olduğu dış ticaret fazlalığı sebebiyle biriken döviz rezervleri kullanılarak kurulmaktadır. 1974 yılında Temasek Holding diğer varlık fonlarından farklı olarak devlete ait iktisadi işletmelerin özgülmesi ile kurulmuştur. 2010 yılından sonra Türkiye, Romanya, Hindistan ve Bangladeş gibi ülkelerde de benzeri şekilde devlete ait iktisadi işletmeler, taşınmazlar ve borç alma kaynağı kullanılarak varlık fonu kurulmuştur. Bu tür varlık fonlarına “holding varlık fonu” denmesi yerinde görülmektedir.

Bu tür varlık fonlarının ilk ve en ileri örneği olan Temasek Holding, TVF için önemli bir uygulama tecrübesi teşkil etmektedir. Uygulaması ile dünyanın en kârlı ve en şeffaf varlık fonlarından biri olduğu belirtilen Temasek Holding, sahibi olan Singapur Devleti’ne birçok fayda sağlamıştır. Temasek Holding’i olduğu gibi taklit etmek TVF için hem mümkün olmayacak hem de faydalı olmayacaktır. Ancak Temasek Holding 40 yıldan fazla süren faaliyetiyle ciddi bir tecrübeye sahiptir. Bu tecrübeden faydalanmak ise TVF için çok faydalı görülmektedir.

TVF’nin idari yapısı Temasek Holding’den ciddi farklılıklar barındırmaktadır. Temasek Holding’in Yönetim Kurulu’nda 14 kişi bulunmakta bunların çoğunluğunun özel sektörden olması gerekmektedir. Yönetim Kurulu’nun denetleyecek kurulun tamamıyla özel sektör temsilcilerinden oluştuğu görülmektedir. Ayrıca güç dengesinin sağlanması için ayrı bir CEO görevlendirilmektedir. TVF’nin Yönetim Kurulu’nun ise en az 5 kişiden oluşması gerekmekte, uygulamada ise başkanla birlikte 8 kişilik bir yönetim kurulu atandığı görülmektedir. Ayrıca TVF’nin kamu adına dış denetimini yapacak olan Kurul’u atayan Cumhurbaşkanı’nın aynı zamanda TVF idaresini de atayan ve TVF Yönetimi Anonim Şirketi’nin Yönetim Kurulu Başkanı olan kişi olması, denetimden beklenen faydayı azaltabilecek bir durumdur. Denetim ve şeffaflık hususunda Temasek Holding dünyada kabul edilen şeffaflık derecelendirmelerinden yüksek puanlar almakta, TVF ise henüz bu derecelendirme listelerine girmemektedir. Yine kamuoyu denetimini sağlama adına, TVF’nin yıllık olarak faaliyet raporu yayımlaması zorunlu iken henüz hiç yayımlamamıştır. Temasek Holding ise 2004 yılından beri ayrıntılı faaliyet raporları yayımlamaktadır.

77 Bunlar; Geoeconomica, Linaburg-Maduell, Edwin M. Truman listeleridir.

78 TVF’nin Sayıştay denetiminden muaf olması Anayasa Mahkemesi önünde yargılama konusu olmuş, Mahkeme “*Dolayısıyla dava konusu kuralla Sayıştay denetiminin kapsamı dışına çıkarılan Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketlerin, gerek 6741 sayılı Kanun gerekse diğer kanunlarda çok yönlü ve etkili olarak denetimlerinin sağlanmasına yönelik ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş olduğundan denetim dışı kaldıkları veya söz konusu denetimin yetersiz olduğu söylenemez. Bu denetimlere ek olarak Anayasa’nın 160. maddesi gereğince Sayıştaya görev verilmesi ve bu denetimin kapsamının belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Bu bağlamda kanun koyucunun söz konusu Fon ve Şirket ile alt fon ve Şirket tarafından kurulacak diğer şirketler bakımından Sayıştay denetimi dışında ayrı bir denetim usulü öngörmesinde Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık bulunmamaktadır*” gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir. **Bkz: AYM.** 18.01.2018 tarih ve E. 1026/180, K. 2018/4, RG: 07.02.2018-30325.

Belirtilen bu farklılıklar ve eksiklikler TVF açısından tamamlanması zor olmayan eksikliklerdir. Bazılarının hukuki dayanağı olmasına rağmen uygulanmamakta bazılarının ise uygulanması hukuki değişiklik gerektirmektedir. 2 yıl önce kurulmasına rağmen kurulan alt fonlar dışında tam olarak uygulamaya geçtiği söylenemeyen TVF, faaliyetlerini yürütürken, benzer özelliklere sahip olan Temasek Holding'in tecrübesinden ciddi oranda faydalanabilecektir. TVF'nin faaliyetleri yoğunlaştığı takdirde "holding varlık fonu" statüsü için yeni tartışmalar ve araştırma alanları ortaya çıkaracağı düşünülmektedir.

## KAYNAKLAR

**AKBULAK** Sevinç. Ulusal Varlık Fonları(Sovereign Wealth Funds): Gelişmeler ve Düzenleme Çalışmaları. *Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu*, 2008.

**AKYOL** Mehmet/**HAYALOĞLU** Pınar. Kurumsal Yapının Ülkelerin Varlık Fonları Üzerindeki Etkisi: Dinamik Panel Veri Analizi. *International Journal of Disciplines Economics & Administrative Sciences Studies*, C. 3, S. 4, 2017, s. 270-279.

**ALLEN** Mark/**CARUANA** Jaime. Sovereign Wealth Funds. *A Work Agenda*. IMF 2008.

**ANADOLU AJANSI**. *Türkiye-Rusya Yatırım Fonu için imzalar atıldı*, 2017. <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/turkiye-rusya-yatirim-fonu-icin-imzalar-atildi/768552>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

**ANAYASA MAHKEMESİ**. 18.01.2018 gün ve E. 2016/180, K. 2018/4. <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

**ANTHOPOULOS** Ilias/**PITELIS** Christos/**LIAKOU** C.. The Nature, Performance and Economic Impact of Sovereign Wealth Funds(Rapor No: 135). *FESSUD Working Paper Series*, 2016.

**ANWAR** Sajid/**DORAN** Cristine/**SAM** Choon Yin. Committing to Regional Cooperation: ASEAN, Globalisation, and the Shin Corporation-Temasek Holding Deal. *Asia Pacific Viewpoint*, C. 50, S. 3, 2009, s. 307-321.

**AYKIN** Hasan. Ulusal Refah Fonları: Risk mi, Fırsat mı?. *SDE Analiz*, 2010.

**BALDING** Christopher. *A Brief Research Note on Temasek Holdings and Singapore: Mr. MAdoff Goes to Singapore*. <http://ssrn.com/abstract=2001343>, Erişim Tarihi: 27.07.2018.

**BALDING** Christopher. *A Brief Research Note on The Government Investment Corporation of Singapore, Temasek Holdings, And Singapore Public Finance*. <http://ssrn.com>, Erişim Tarihi: 29.07.2018.

**BEHRENDT** Sven *Santiago Compliance Index*. 2014. **GEOECONOMICA** [https://www.nzsuperfund.co.nz/sites/default/files/documents-sys/SCI%202014%20October%202014\\_final.pdf](https://www.nzsuperfund.co.nz/sites/default/files/documents-sys/SCI%202014%20October%202014_final.pdf), Erişim Tarihi: 01.05.2018.

**BUSINESSHT.** *Varlık Fonu'na 4 alt fon,* 2017.  
<http://www.businessht.com.tr/piyasalar/haber/1518453-varlik-fonuna-4-alt-fon>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

**BUSINESSHT.** *Varlık Fonu'na girişim sermayesi izni,* 2018.  
<http://www.businessht.com.tr/piyasalar/haber/1859370-varlik-fonu-na-girisim-sermayesi-izni>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

**CHEN** Christopher. Corporate Governance of State Owned Enterprises: An Emprical Survey of the Model of Temasek Holdings in Singapore(Corporate Governance). *21st Century Commercial Law Forum: 13th International Symposium 2013 – Corporate Autonomy and Government Regulation*. 2013, s. 1-29.

**CHEN** Christopher. Solving the Puzzle of Corporate Governance of State-Owned Enterprises: The Path of the Temasek Model in Singapore and Lessons for China(Lessons for China). *Northwestern Journal of International Law&Business*, C. 36, S. 2, 2016, s. 303-370.

**CLARK** Gordon L./**DIXON** Adam D./**MONK** Ashby H. B.. Sovereign Wealth Funds Legitimacy, Governance, and Global Power, New Jersey, ABD 2013.

**GNABO** J.Y./**KERKOUR** M./**LECOURT** C./**RAYMOND** H.. Understanding the Decsion Making Process of Sovereign Wealth Funds: The Case of Temasek. *International Economics*, S. 152, 2017, s. 91-106.

**GÜÇLÜ** Mehmet. Ulusal Varlık Fonları: Türkiye Ekonomisi İçin Bir Değerlendirme. *Ege Stratejik Araştırmalar Dergisi*, C. 9, S. 1, 2018, s. 39-53.

**INTERNATIONAL WORKING GROUP OF SOVEREIGN WEALTH FUNDS.** Sovereign Wealth Funds Generally Accepted Principles and Practices. *IMF Report*, 2008.

**İSLAM ANSİKLOPEDİSİ.** *Singapur*, C. 37, 2009.

**JORDAN** Rolf. Singapore in Its Worst Recession for Years: The Effects of the Current Economic Crisis on the City-State Economy. *Journal of Current Southeast Asian Affairs*, S. 4, 2009, s. 95-110.

**KARAGÖL** Erdal Tanas/**KOÇ** Yusuf Emre. *Dünyada ve Türkiye'de Varlık Fonu*(Sayı: 169). SETA, 2016.

**KAYIRAN** Meltem. Türkiye Varlık Fonu'nun Kuruluş Amaçları ve Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme. *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, C. 14, S. 56, 2016, s. 55-90.

**KOMORNIK** Jozef/**VOZAR** Martin. Investment Strategy of the Temasek Holding. *Chinese Business Review*, C. 11, S. 7, s. 96-107.

**KONUKMAN** Aziz/**ŞİMŞEK** Orhan. Ulusal Varlık Fonları ve Türkiye Uygulaması. *Çalışma ve Toplum*, S. 4, 2017, s. 1913-1944.

- KRISHNA** Mrinalini. 5 *Largest Sovereign Wealth Funds*. 2017. <https://www.investopedia.com/news/5-largest-sovereign-wealth-funds/>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.
- LHAOPADCHAN** Suntharee. The Politics of Sovereign Wealth Fund Investment: The Case of Temasek and Shin Corp.. *Journal of Financial Regulation and Compliance*, c. 18, S. 1, 2010, s. 15-22
- LIU** Kerry. Singapore's Temasek Holdings' Control Mechanisms and the Performance of the Firms Controlled By Temasek. *Asian Economic and Financial Review*, C. 7, S. 2, 2017, s. 188-204.
- NG** Wilson. The Evolution of Sovereign Wealth Funds: Singapore's Temasek Holdings. *Journal of Financial Regulations and Compliance*, C. 18, S. 1, 2010, s. 6-14.
- NG** Wilson/**SCULLY** Declan. Making Sense of Sovereign Wealth Funds: Entrepreneurial and Political Wish-Images in "Building for the Future" of China and Singapore. *Management & Organizational History*, C. 8, S. 1, 2013, s. 77-90.
- REELYORUM**. *Kişi Başı Düşen Milli Gelir Ne Kadar?*, 2018. <http://www.reelyorum.net/kisi-basi-dusen-milli-gelir-ne-kadar/>, Erişim Tarihi: 24.07.2018.
- REUTERS**. A New Breed of SWF Without The Wealth. *Kuwait Times*, (18.03.2017), s. 16.
- ROZANOV** Andrew. Who Holds the Wealth of Nations. *International Journal of Central Banking*, C. 15, S. 4, 2005, s. 52-57.
- SAM** Choon Yin. Economic Nationalism in Singapore and Thailand: The Case of the Shin Corporation-Temasek Holdings Business Deal. *Southeast Asia Research*, C. 16, S. 3, 2008, s. 433-459.
- SANLI**, Ufuk. Körfezin "Görünmeyen Eller": Ulusal Varlık Fonları. *Ortadoğu Analiz*, C. 2, S. 23, 2010.
- SHIH** Victor. Tools of Survival: Sovereign Wealth Funds in Singapore and China. *Geopolitics*, S. 14, 2009, s. 328-344.
- STONE** Sarah E./**TRUMAN** Edwin M.. Uneven Progress on Sovereign Wealth Fund Transparency and Accountability(Rapor No: PB16-18). *Peterson Institute for International Economics*, 2016.
- SWFINSTITUTE**. *Linaburg-Maduell Transparency Index*. 2018. <https://www.swfinstitute.org/statistics-research/linaburg-maduell-transparency-index/>, Erişim Tarihi: 31.07.2018.
- TBMM PLAN VE BÜTÇE KOMİSYONU**. *TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu*(Sıra No: 413). 2018. [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi\\_sd.sorgu\\_baslangic](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_baslangic), Erişim Tarihi: 23.07.2018.

**TEMASEK.** Investor Institution Steward. Temasek Review 2017.

**TÜRKİYE VARLIK FONU YÖNETİMİ A.Ş..** *Haberler* 2017.  
<http://turkiyevarlikfonu.com.tr/TR/icerik/71/haberler>, Erişim Tarihi: 23.07.2018.

**TRUMAN** Edwin M.. *Sovereign Wealth Funds: Threat or Salvation*. Peterson Institute for International Economics, Washington 2010.

**TRUMAN** Edwin M.. Sovereign Wealth Fund Transparency and Accountability Explored(Transparency and Accountability). *Wake Forest Law Review*, C. 52, 2017, s. 997-1026.

**WILSON** Richard. *An Introduction To Sovereign Wealth Funds*.  
<https://www.investopedia.com/articles/economics/08/sovereign-wealth-fund.asp>, 2018.  
Erişim Tarihi: 23.07.2018.

**YEUNG** Henry Wai-chung. From National Development to Economic Diplomacy? Governing Singapore's Sovereign Wealth Funds. *The Pacific Review*, C. 24, S. 5, 2011, s. 625-652.



## VİCDANİ RED VE VİCDANİ REDDİN TÜRKİYE AÇISINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ#

Bayram DOĞAN\*

### Özet

İnsan hakları hukukunda vicdani red konusu, son yıllarda tartışılan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre inanç özgürlüğü bağlamında korunması gereken bir konudur. Dar anlamda vicdani red, savaş karşıtlığı ve zorunlu askerlik uygulamalarına karşı girilen bir “*haktır*”. Vicdani reddi destekleyenler, redciler için zorunlu askerlik hizmetine alternatif olarak, sivil kamu hizmeti olması gerektiği düşüncesi doğrultusunda “*vicdani red hakkı*” mücadelesi vermektedirler. Vicdani reddi bir hak olarak doğrudan tanıyan, Türkiye'nin taraf olduğu bir insan hakları sözleşmesi yoktur. 1982 Anayasası'nın vatan hizmeti kenar başlıklı 72. Maddesinde esasen askerlik hizmetine alternatif, sivil kamu hizmetinin de uygulanabileceğine imkân tanınmıştır. Ancak 1111 Sayılı Yasa, Türkiye'de askerliği zorunlu tutarak Anayasa'da tanınan bir ‘*hakkı*’ engellemiş durumdadır.

**Anahtar Kelimeler:** Vicdani red, zorunlu askerlik, sivil kamu hizmeti, insan hakları, 1982 Anayasası.

## CONSCIENTIOUS OBJECTION AND APPLICABILITY OF CONSCIENTIOUS OBJECTION IN TURKEY

### Abstract

The subject of conscientious objection in human rights law has been debated in recent years and according to the European Courts of Human Rights, it should be protected within the context of freedom of belief. In the strict sense, conscientious objection is antagonism of war and it is a “*right*” that has been introduced against the compulsory military services. Supporters of conscientious objection are campaigning for the “right of conscientious objection” in line with the idea that there should be civilian public services as an alternative to compulsory military service. Turkey is not a party to the human rights convention that directly recognizes conscientious objection as a right. In the Article 72 of the 1982 Constitution act, which is titled 'National Service', principally an alternative to military service, civilian public service has also been

# **Yayın Kuruluna Geliş Tarihi:** 29.08.2018

**Kabul Tarihi:** 03.09.2018

\* Dr. Öğr. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu, [doganbayram46@hotmail.com](mailto:doganbayram46@hotmail.com)  
ORCID ID: 0000-0002-6920-2685

provided. However, implementation of this law which provides a 'right' recognised in the Constitution, has been prevented by holding military service compulsory in Turkey with the law number 1111.

**Keywords:** Conscientious objection, compulsory military service, civil public service, human rights, the 1982 Constitution act.

## GİRİŞ

Vicdani red hakkı, kaynağını vicdan kavramından almaktadır. Dolayısıyla, vicdani red hakkının içeriğini ve anlamını doğru ve tam olarak anlayabilmek için, öncelikle vicdan ve vicdan özgürlüğü kavramlarına ve bu kavramların gelişimine inmek gerekir. Nitekim bu şekildeki bir analiz, daha sonra vicdani red hakkı üzerine yürütülecek hukuki değerlendirmelerin de daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır. Vicdani red, hakkının ya da kavramının vicdan ve vicdan özgürlüğü kavramlarının gelişimiyle paralel bir gelişme gösterdiği düşünülmektedir. Vicdanın ahlaki ve zorlayıcı özelliği ile vicdani red, insanın kişiliğini, manevi yapısını ve karakteristik özelliklerini yaşatma uğruna sergilediği bir tutumdur. Bireyin sosyo-politik karakteri, toplumsal beklentisi ve dünya görüşü veyahut şahsi doğrularının, toplumun ortak doğruları ile uyuşmadığı olaylarda, insan kendi değerlerini ve manevi yapısını muhafaza etmek için, içinde yaşadığı “*kamuoyunun benimsediği ilkeleri*” normlara uymayarak, pozitif hukukun zorunlu kıldığı kurallara uymama temelinde şekillenen vicdani red, tam da bu noktada kişisel, karşı duruşun ifadesidir<sup>1</sup>. Vicdani red kavramı, insanın fitri duygularının sesine göre davranması gerektiği durumlarda söz konusu olabilir<sup>2</sup>.

Vicdani red; bir insanın, uhrevi, manevi veya politik, gerekçelerle askerlik görevini ve silâh altına alınmayı reddetmesidir<sup>3</sup>. Vicdani red, askerliğin, dolayısıyla emir komuta ilişkisinin ve üniformanın reddedilmesidir<sup>4</sup>. Vicdani red, insanın, manevi kriteri, uhrevi kabulü, felsefi bakış açısı yahut herhangi bir tercih nedeni ile askerlik ve türevlerinde yer almayı, silah kullanmaya karşı duruşun adıdır. Dolayısıyla anılan bu kriterler vicdani neden olarak kendisini gösterir<sup>5</sup>. Vicdani redci ise; kendi değerleri ile ters düşen bir norm veya yasanın değişmesi hususunda itiraz eden kişi değil, ancak yasa karşısında kendi ahlaksal bütünlüğünü korumayı amaçlayan ve bu amaç için vicdani kanaatini yasaya uymama şeklinde sergileyen kişidir<sup>6</sup>. Bir ahlaksal edim olan vicdani red, pozitif hukukun adaletini ve meşruluğunu değerlendiren bir kavram değil, pozitif hukukun gereklerini yerine getirmenin insanın iç dünyasında oluşacak çelişkiyi açıklayan bir tutumdur<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> TOK, Hıdır. (2009). *Bir Eylem ve Toplumsal Hareket Yöntemi Olarak Anti Militarizm ve Vicdani Red*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, s. 87.

<sup>2</sup> MAJOR, Marie France. (1992). “Conscientious Objection and International Law: A Human Right?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 24, s. 350.

<sup>3</sup> GÜRCAN, Ertuğrul Cenk. (2007). “Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı (mı)?”, *AÜSBFD*, S. 62, Ankara, s. 93.

<sup>4</sup> SEVİNÇ, Murat. (2006). “Türkiye’de ve Batı Demokrasilerinde Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği”, *AÜSBFD*, S. 61/1, Ankara, s. 300.

<sup>5</sup> KARDAŞ, Ümit. (2006). “Modern Devlet, Ordu ve Vicdani Ret İtirazı”, *Birikim Dergisi*, S. 207, s. 39.

<sup>6</sup> TOKER, Nilgün. (2008). “Vicdani Red, Sivil İtaatsizlik ve Antimilitarizm: İtaat Etmeme ve Direnme”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 80-81.

<sup>7</sup> TOKER, s. 83-84.

Vicdani red, temel insan haklarından biri değildir. Ancak vicdani red, topluma ve kamuoyuna, insanlığa ve geleceğe karşı ahlaki ve siyasi bir sorumluluk taşır. Dolayısıyla, vicdani red; yalnızca dini inanç ve vicdan özgürlüğü ile sınırlandırılmaksızın, seküler, natüralist ve hümanist ahlak ve vicdana da dayandırılmalıdır<sup>8</sup>. Vicdani red, öznel bir kavram olduğu için tanımlar farklılaşarak çeşitlilik arz etmektedir. Vicdani red tanımları; *geniş anlamda vicdani red* ve *dar anlamda vicdani red* tanımları olarak ikiye ayrılabilir<sup>9</sup>.

Bu çalışmada ilk olarak; çeşitli vicdani red türlerinin doğuşu ve kabulüne değinilecektir. Bu çerçevede gerek dünyadaki redciler gerekse Türkiye özelinde redciler incelenirken, Türkiye'deki redcilerin dünyadakilerden varsa farklılığı irdelenerek kamuoyunda nasıl yorumlandığı incelenecektir. Yine çalışmada, Türk Hukuku'nda vicdani reddin nasıl düzenlendiğine değinilecek, bu bağlamda; zorunlu askerlik ve vicdani reddin 1982 Anayasası temelinde yeri ve konumu incelenecektir. Keza, pozitif hukukun 1982 Anayasası'na uygunluğu, örnekler üzerinden açıklanacaktır. Bununla birlikte, vicdani redcilerin ve destekçilerinin karşılaştıkları çeşitli cezai davalar ve disiplin işlemleri de ortaya konulacaktır. Türk ulusal hukuku ile uluslararası hukuk arasındaki ilişki irdelenecek ve uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki etkisine değinilecektir. Vicdani red kapsamında; Türkiye'de yaşanan sorunlara, ayrıca AB yolunda ilerleyen Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerine uygun hareket etmesi için vicdani red konusunda, ne gibi yasal düzenlemeleri yapması gerektiğine de değinilecektir.

## I. VİCDANİ RED KAVRAMI

### 1. Geniş Anlamda Vicdani Red

Geniş anlamda vicdani red: Vicdani ilkelere göre hareket etme ihtiyacından dolayı, kişinin kendi ilke ve kurallarıyla çelişen norm ve emirlere uymama tavrı olarak tanımlanabilir<sup>10</sup>. Başka bir ifadeyle; bir bireyin yahut grubun, vicdani saikleriyle, üstün bir ahlaki nedenle, kanuni yükümlülüklerini yerine getirmekten iradi olarak kaçınmasıdır. Aslında bu tanım, sadece zorunlu askerlik hizmetine değil, birçok alan için geçerli olan bir vicdani red açıklamasıdır. Örneğin, vergi ödemekten kaçınma, geniş anlamda vicdani red uygulamasıdır<sup>11</sup>. Şu halde geniş anlamda vicdani red; cari olan hukukun düzenlediği yasal bir buyruğa veya hukuka uygun kabul ettiği bir alanda, dini değerler keza bazı ahlaki, siyasi ritüeller doğrultusunda “*uymama*” şeklinde tanımlanabilir<sup>12</sup>. Speck'e göre; vicdani redci sayısı kadar vicdani red tanımı<sup>13</sup> da vardır. Fakat bu konuda da ortak kabul gören açıklama-tanım mevcuttur. En yaygın tanımı ile askerlik görevine karşı vicdani red; insanın mensubu olduğu inanç ölçüleri, politik bakış açısı, manevi mülahazalarla askerlik görevini

<sup>8</sup> PARLA, Taha. (2008). “Vicdani Reddin Felsefi Gerekçeleri”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler* (iç.), der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 95.

<sup>9</sup> SEMİZ, Yasemin. (2010). *Türk Hukuku'nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Vicdani Ret*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 17.

<sup>10</sup> TOKER, s. 80.

<sup>11</sup> SEMİZ, s. 17.

<sup>12</sup> EREN, Abdurrahman. (2006). “Türk Hukukunda Vicdani Red”, *AÜSBFD*, S.61/3, s.104.

<sup>13</sup> SPECK, Andres. (2006). “Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Ana Hatları: Savaş Karşıtı Uluslararası Hareket İçinde Red”, *Birikim Dergisi*, S. 207, s. 42.

yapmayı, silah kullanmayı, orduya hizmet etmeyi ya da silahlı kuvvetlerde görev üstlenmeyi reddetmesidir<sup>14</sup>.

## 2. Dar Anlamda Vicdani Red

Dar anlamda vicdani red ise; yalnızca zorunlu askerlik hizmetine karşı uygulanan vicdani reddir. Şu hâlde, çalışmamızın konusunu oluşturan vicdani red, dar anlamda vicdani red olduğu için, bu bölümde ağırlıklı olarak ikinci grupta yer alan yani dar anlamda vicdani red tanımlarına değinilecektir.

Vicdani red; vicdani veya politik inanç ve kanaatler nedeniyle zorunlu askerliğe karşı çıkış olarak tanımlanabilir<sup>15</sup>. Vicdani red, orduya dahil olmayı savaş amacıyla silahlı güç oluşturmaya karşı olan kişilerin askerliği reddetmesidir. Bu bağlamda her tür savaşa ve dolayısıyla insanların savaş için öldürülmesine engel olmak ve bu uğurda da mücadele ederek zorunlu askerlik hizmetine karşı gelmek, vicdani red olarak adlandırılır<sup>16</sup>. Farklı bir tanım ise vicdani redciler üzerinden yapılmıştır: Vicdani redciler, dünya görüşlerinin insancıl olduğunu bu nedenle zorunlu askerliğe karşı engel olmaya çalışan insanlar olarak tanımlanabilir<sup>17</sup>. Ancak, Dünyada ve Türkiye’de vicdani red kavramına baktığımız zaman, bu kavram ve tanımın farklılık gösterdiği, dolayısıyla vicdani redciler arasında değişebildiği görülmektedir. Vicdani red, bazıları için şiddetin ve savaşın her türlüsüne karşı çıkmak iken; bazıları için de sadece belirli orduların gerçekleştirdiği savaşlara dâhil olmamak şeklinde açıklanabilir. Bir başka farklı gerekçe ile örneğin; Yahova Şahitleri gibi dini gruplar için, seküler hiçbir orduda yer almayarak, savaşmamak şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bazı vicdani redciler, militarizme, militarizmin en etkin tezahürü olan düzenli ordulara engel olmak gayesiyle, ikame bir görevi de kabul etmezken, bir kısım vicdani redciler, yalnızca ikame bir görevi tercih etmektedirler<sup>18</sup>.

Keza, değişik vicdani red tanımlarına yer vermek gerekirse: “*Seçici politik red*”; düzenli otoriter ordularda görev almayı reddederken, farklı siyasi veya dini değerler uğruna savaşan ordulara yahut gruplara dâhil olmaktadır. “*Gri red*” olarak açıklanan vicdani red tanımı ise; asker kaçağı, ordudan firar, özür gibi şahsi durumlardan kaynaklı “*muaf olma*” veya ömür boyu zorunlu askerlik yapmamak için kaçak yaşamı tercihtir. Türkiye’deki vicdani redcilerin de dâhil olduğu “*total red*” ise; her tür askerliğe, silahlı güce ve savaşların her türlüsünü reddetmek ve hatta alternatif askerlik hizmetinin ve toplumun militarizasyonunu sağlayan kamu hizmetine ve bağlı tüm ilişkili oluşumlara ve otoriteyi çağrıştıran oluşum ve yapılanmalara karşı gelme hareketidir. “*Sivil red*” ise; ikame göre üniformasız olmak üzere razı olma durumudur<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> MIZRAK, Dilan. (2008). *Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 5.

<sup>15</sup> Uluslararası Af Örgütü Uluslararası Vicdani Ret Konferansı, 01.01.2007, (Erişim) <http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?view=article&catid=70&id=584&option=comcontent>, 11.06.2015.

<sup>16</sup> SEMİZ, s. 17.

<sup>17</sup> KAYA, Ersin. “Vicdani Ret Uygulaması ve Türkiye”, *Stratejik Araştırmalar Dergisi*, 2006, s. 35.

<sup>18</sup> CANKUR, A. Serra. (2009). *Demokratikleşme Sürecinde Vicdani Red: Türkiye Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 39.

<sup>19</sup> CANKUR, s. 39.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 26 Ocak 1967 Tarih ve 337 Sayılı Kararı doğrultusunda vicdani red ise; zorunlu askerlik görevi olan insanların uhrevi-manevi, insani, dünyevi yahut kişisel değerlerine aykırılıktan kaynaklanan ilkelerle zorunlu askerlik görevini yapmayı reddetmesidir<sup>20</sup>. Uluslararası Af Örgütü vicdani redciyi: Vicdani ya da ahlaki değerlerinden dolayı düzenli ordularda görev yapmayı, savaşlarda ya da silahlı operasyonlara doğrudan veya dolaylı görev yapmayı reddeden kişi olarak tanımlamaktadır. Bu tanım; bütün savaşlara katılmayı reddetmese dahi, bir savaşın amaç ve tarzına katılmayı reddetmesini de içerir. Af Örgütü, ayrıca vicdani reddini açıklayamayan yahut açıklamayı reddeden ve sivil alternatif kamu hizmetini yapmayı reddeden veya bir şekilde yapamayanları da düşünce mahkûmu olarak tanımlar. Örgüt, ayrıca vicdani gerekçelerle askerlik hizmetinden muaf tutulmayı sağlayacak derecede makul girişimlerde bulunmasına rağmen, izinsiz olarak silahlı kuvvetlerden ayrıldıkları için hapsedilenleri de “düşünce mahkûmu” olarak kabul eder<sup>21</sup>.

Vicdani reddin iki boyutu olduğu yönünde genel bir kanaat vardır: Birincisi; vicdani red bütün savaşlara olur vermeyen keza savaşta yer almaya da karşı olan yönüdür. Bir diğeri ise; askerlik yükümlülüğüne itiraz olmasıdır. Bu iki ilke, bazı vicdani red tanımlarında bir arada yer alırken, diğer değerlendirmeler, savaşlarda yer almaya karşı olmayı vicdani red için şart olarak değerlendirmemektedir. Keza, vicdani red gruplarında değişik görüşler de yaklaşımlar da vardır. Bu gruplar; vicdani reddin çerçevesi, ölçüsü, ileri sürüş yöntemi vb. konulardır<sup>22</sup>. Bu gruplardan etkili ve büyük olanları, sivil alternatif kamu hizmetini “*sivil olduğu için*” kabul eden “*sivil redciler*”dir. Bir diğer grup ise otoriter düzenli birliklerde görev almayı reddederken, anarşist yapılı gönüllülük esaslı oluşumlara katılmaya razı olan “*seçici, politik redciler*”dir. Antimilitarist bir ifadeyle, savaşı, savaşmayı, ömeyi-öldürmeyi, düzenli ordularda görev almayı, ikame kamu hizmeti seçeneğini ve dolayısıyla zorunlu askerliğin diğer bütün seçeneklerine karşı gruplar ise “*total redciler*”dir.

Bununla birlikte; silahlı kuvvetlerin ve askerlik sisteminin var olmasını savunan fakat işgale katılmayı ve savaşmaya karşı “*asker redci*”, zorunlu askerlik yükümlülüğünden sürekli kurtulmak için kaçak hayatı yaşayan “*gri redci*” ve geri hizmette angarya görevi üslenerek askerlik yapmayı kabul eden redci gruplar da vardır<sup>23</sup>. Günümüzde, askerlik yapmaksızın, alternatif sivil kamu hizmetini de kabul etmeyen grupların meydana getirdiği “*total red*” hareketi, Avrupa Ülkeleri, Latin Amerika Devletleri ve birçok Afrika ülkelerinde etkisini sürdürmektedir. Bu hareket, siyasal otoritelerin insanlar hakkında hiçbir egemenliğinin olmadığı ve uluslararası savaş ilkelerine hiçbir şekilde hizmet etmeyi kabul etmemesiyle, her tür otorite ve savaş karşıtlığının net bir şekilde ortaya konulmasıdır<sup>24</sup>. Tarhan, total red çizgisini, vicdani reddin ordu ve düzene karşı bir tavır

<sup>20</sup> SEMİZ, s. 18.

<sup>21</sup> SÖNMEZ, Osman. “Vicdani Red”, Uluslararası Af Örgütü, “9 Aralık Mehmet Tarhan’la Uluslararası Dayanışma Günü” nedeniyle, davayla ilgili kaygı ve tavsiyelerini içeren bir açıklama yaptı. (Erişim) <http://www.savaskarsitlari.org>, 09.07.2015.

<sup>22</sup> SEVİNÇ, s. 301-302; GÜRCAN, s. 93-94.

<sup>23</sup> ASLAN, Orhan. (2008). *Sivil İtaatsizlik Bağlamında Vicdani Ret Türkiye Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, s. 49.

<sup>24</sup> ASLAN, s. 49-50.

değerlendirmektedir. Tarhan'a göre total red; sadece zorunlu askerlikten uzak olmak değil, ordu ve orduya samimi duygularla karşı gelmek ve ordunun baskıcı tavırlarıyla mücadele etmektir<sup>25</sup>.

Birleşmiş Milletlerin 1983 yılında sunmuş olduğu E/CN.4 Sub.02/1983/30 no'lu ilk rapor ise şu tanımları içermektedir<sup>26</sup>:

*“Vicdan ile samimi etik kanaatler kastedilmektedir, bunlar dinsel ya da hümanizm kaynaklı olabilir. İki büyük kanaat kategorisi öne çıkıyor. Birine göre öldürmek her koşulda yanlıştır (pasifist red), diğerine göreyse zorun kullanımı bazı durumlarda meşrudur, ama başka bazı durumlarda değildir ve dolayısıyla bu diğer durumlarda reddetmek bir gerekliliktir (askerlik hizmetinin kısmı reddi)”*.

BM tanımına benzer tanımlar, vicdani red temelini oluşturmasına rağmen, uluslararası savaş karşıtı hareket içerisinde, tanımın çok daha ilerisine gidilerek, vicdani reddin, toplumun demilitarizasyon sürecine etkisi vurgulanmaktadır. 1973 yılında İtalyan vicdani redci Pietro Pinna'nın yapmış olduğu tanım, yaşanan değişimi ve kavram üzerinden yapılan ilişkilendirmeyi net bir şekilde ortaya koymaktadır<sup>27</sup>.

Vicdani red, antimilitarist hareketin merkezidir. Disipline, ideolojiye bağlılığın yaşayan numunesi olarak, araştırmacı/sorgulayıcı bir merkez olarak faaliyet üstlenmektedir. Vicdani red yenilikçi hedefler için de önemli bir formül sunar. Bu sayede bireyin bireysel olarak gelişmesi öne çıkması ve bireysel inisiyatifin kabulü ve üstlenilmesidir. Dolayısıyla vicdani red bir referans olarak işlev görmektedir<sup>28</sup>.

Bu bağlamda, Dünya'da ve Türkiye'de vicdani red eylemlerinde ve gruplarında *“vicdani red”* kavramına bakılacak olunursa, kavramın zamanla değiştiği ve hatta insandan/insana farklılık gösterdiği görülecektir. Bu çerçevede vicdani reddin arka planını oluşturan, uhrevi ya da politik tavır, vicdani reddin amacı-sonucu ve kapsamı açısından belirleyici olabilir.

## II. VİCDANİ REDDİN TARİHİ GELİŞİMİ

Tarihsel süreç içerisinde ilk olarak gözlemlenen vicdani red vakası; İlkçağ'da 21 yaşındaki Maximilian, Roma ordusuna çağrıldığı halde savaşmayı reddettiği için orduya katılmamış ve dönemin Roma yönetimi tarafından infazına karar verilmiştir. Bu nedenle Maximilian, tarihteki ilk vicdani redci olarak kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Vicdani red, yüzyıllardır yaşayan bir gerçek olmasına rağmen, 20. yüzyılda dünya kamuoyunu, silahlı kuvvetleri ve dolayısıyla toplumu etkileyen önemli bir faktör haline gelmiştir<sup>30</sup>. Keza Gandhi, askerlik ödevini bir hastalık semptomuna benzetmiştir.

<sup>25</sup> Orhan Aslan'ın Mehmet Tarhan ile Taksim'de 15.05.2007, tarihinde yaptığı röportajdan aktaran: ASLAN, s. 50.

<sup>26</sup> SPECK, s. 43.

<sup>27</sup> CANKUR, s. 40.

<sup>28</sup> SPECK, s. 43.

<sup>29</sup> MIZRAK, s. 9.

<sup>30</sup> KASIMOĞLU, Alper. (2013). “Türk Hukuku'nda ve Mukayeseli Hukukta Vicdani Ret”, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 6, s. 56.

Zira vicdani reddin, aynen vatanseverlik gibi, etkisiz olduğunu ve devlet ile toplumun tamamen şiddetten arınmış bir ortamda yeniden şekillendirilmesi gerektiğini de belirtmiştir<sup>31</sup>.

Dünyada ilk olarak 1789 da Fransa’da başlayan zorunlu askerlik, orduya asker kazandırmanın etkin bir aracı olarak hayata geçirilmiş, savaşın modernleşmesi ile birlikte savaş karşıtı direnişte gün yüzüne çıkarak kamuoyunda daha örgütlü bir şekilde kendini göstermiştir<sup>32</sup>. Vicdani red kavramı, ülkelerin sosyo-kültürel değerlerine göre değişik şekillerde tezahür etmiştir. Örneğin, Almanya’da iyi organize olmuş ve oldukça etkili bir barış grubunun eylemleri ile etkinliğini ortaya koyarak belirginleşmiştir. Avrupa ülkelerinden Fransa, İspanya ve İtalya’da özerk hareketler sonucu başlayan sivil itaatsizlik eylemleriyle kendisini göstererek, farklı şekillerde gelişmiş ve yayılmıştır. Fransa’da, birbirinden bağımsız çok sayıda küçük örgütlenmenin ulusal düzeydeki etkinlikleri; İtalya’da, lobicilik ve revizyon hareketi olarak ortaya çıkmıştır. İspanya’da ise hiç kimsenin resmi düzenli ordu birliklerine kayıt yaptırmamaları sonrasında zorunlu askerlik yükümlülüğü sona erer sloganı ile küçük fakat etkili birçok grubun sivil itaatsizlik eylemleriyle sonuca varılmıştır<sup>33</sup>.

Her ne kadar 4. yüzyılda Hristiyanlar, Roma Ordusunda görev almaya başlamışlar ise de dünya genelindeki Hristiyanların birçoğu savaşmayı reddetmişlerdir. Keza, Hristiyanlar, dünyanın ilk kitle ya da grup halinde ortaya çıkan vicdani redcileri olarak tarihte yer almışlardır. Ayrıca, o dönemde Yahudiler de Roma Ordusuna katılmayı reddetmişler ve bunun neticesinde de bu görevden muaf tutulmuşlardır<sup>34</sup>. Hiç şüphesiz Batı’daki vicdani red, anılan dönemde Hristiyanlıktaki pasifizm etkisinden esinlenmiştir. Asya’da etkili olan Budizm inancı da savaşa karşıdır ve güce karşı direnmemeyi emretmiştir. İslam dini ve Yahudilik ise pasifist dinler değildirler. Ancak her iki dinde de, kesin olarak “öldürmeyeceksin” ifadesini belirten dini emirlere rastlanacaktır<sup>35</sup>.

Zorunlu askerlik hizmetine karşı, vicdani red direncinin kökenlerine, ilk kez Orta Çağdaki Orta Avrupa Feodal yapılarında rastlanmaktadır. Anılan dönemde birçok Hristiyan tarikatları, feodal yöneticilerle anlaşmalar yaparak bir tür savaştan muaf olma bedeli ödeyip, üyelerini askerlik hizmeti ve savaş dışında tutmayı başarmışlardır<sup>36</sup>. Benzer bir olayda, Orta Çağda 11. yüzyılda Büyük Selçuklu Devleti egemenliğindeki bir Müslüman tarikatının savaş döneminde dahi orduya katılmayı reddettiği için ortadan kaldırıldığına dair bazı iddialar bulunmaktadır<sup>37</sup>. 1689 yılına gelindiğinde, İngiltere’de, John Locke “*Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*” adlı bir kitabında, dini inanışları ne olursa olsun, tüm insanlar için eşit devlet koruması ihtiyacına vurgu yapmıştır. Yine bu bağlamda Locke, “*vicdan özgürlüğü herkesin doğal hakkıdır(.)*” Diyerek, bu kavramın önemine atıf

<sup>31</sup> MERTON, Thomas. (2001). *Gandhi ve Şiddet Dışı Direniş*, çev. Seda Çiftçi, Kaknüs Yayınları, İstanbul, s. 57-87.

<sup>32</sup> SPECK, s. 45.

<sup>33</sup> AJANGİZ, Rafael. *Conscientious Objection in Spain*, (Erişim) zentralstelle-kdv.de/z.php?ID=235, 29.05.2017.

<sup>34</sup> MOSKOS, C. Charles/CHAMBERS, Whiteclay John. *The Secularization of Conscience, The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance*, New York: Oxford University Press, 1993, s. 6-7.

<sup>35</sup> ESMER, Barış. (2012). *Türkiye’de ve Dünyada Vicdani Ret*, Propaganda Yayınları, İstanbul, s. 45.

<sup>36</sup> KAFKASLI, Zehra. (2006). “Her Şey Vatan İçin (!)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 3, s. 39.

<sup>37</sup> İnsan Hakları Gündemi Derneği, Vicdani Ret Hakkı ve Türkiye, Basın Açıklaması: 10 Ağustos 2007.

yapmıştır<sup>38</sup>. Tarihsel gelişmelere paralel olarak, 18. yüzyılda İngiltere’de ortaya çıkan Quaker tarikatı, inançları gereği savaşmayı, askerlik yapmayı ve hatta vergi ödemeyi reddetmişlerdir<sup>39</sup>.

Modern öncesi Batı toplumlarında savaşmaktan kaçınma eylemi, aslında yasal bir çerçevede düzenlenmemiş, o dönemdeki devletler, genellikle tutarsız biçimde vicdani redcileri ya görmezden gelmişler ya da bazı dönemlerde çok sert cezalara çarptırmışlardır. Erken modernleşme döneminde ise devletler resmi olarak vicdani reddi kabul etmiş, vicdani reddin kapsamını sadece dini gerekçelerle sınırlı tutmuşlardır. Protestan devrimiyle ortaya çıkan Quaker, Menonit, Brethren ve sonrasında gelen Yehova Şahitleri ve 7. Gün Adventistleri, vicdani red hareketinin öncülüğünü yapmışlardır. Devletin vicdani redcilerle anlaşarak bu sorunu çözmek için attığı ilk adım, vicdani redcilerin askeri birimlerde silahsız olarak görevler yapmasına izin vermek şeklinde olmuştur<sup>40</sup>.

Yirminci yüzyıla gelindiğinde Prusya, sonra Almanya hükümetince kurulan zorunlu askerlik blokları, I. Dünya Savaşı sırasında birçok Avrupa ülkesince benimsenerek militarizmin temeli oluşturulmuştur. Bu dönemlerde vicdani red dini boyuttan uzaklaşarak siyasi ve ideolojik bir önem davranışa dönüşmüştür<sup>41</sup>. Bu dönemde Rusya, vicdani reddin ceza alanları affetmiştir. O yıllarda, dini redciler için ikame görevler talebi karşılık bulamasa da 1918-1921 yıllarındaki olaylar sonucunda, Sovyet hükümeti, vicdani redciler için alternatif servislerde çalışma imkânı tanımıştır. Fakat 1924 yılı sonrası bu hak sınırlandırılmıştır<sup>42</sup>. Yaşanan gelişmeler doğrultusunda 1922 de Norveç, tüm vicdani red grupları için ikame sivil bir görev öngören kanun çıkarmıştır. Artık, anılan kanun ile bütün vicdani red talepleri için bir düzenleme benimsenmiştir. Bu yasaya bağlı olarak, vicdani reddin sekülerleşme sürecinde önemli gelişmeler kaydedilmeye başlanılmıştır<sup>43</sup>. Sanayi Devrimi sonrası, Avrupa’da birçok devlet tarafından dini temelli vicdani red kabul edilmiş, vicdani redciler için alternatif olarak sivil hizmetlerde çalışma hakkı tanınmıştır. Fakat alternatif sivil hizmetler zorunlu askerlik süresinden daha uzun tutulmuş, karşılığında ise daha az bir ücret ödenmiştir. Bu dönemde kilise, alternatif hizmette bulunanlarla devlet arasında uzlaştırmacı bir rol üstlenmiştir. II. Dünya Savaşı sonrası Batı toplumlarında, dini temelli vicdani red, ağırlığını kaybederek yerini seküler temelli vicdani redde bırakmıştır. Zamanla mücadele alanı askerlik yapmak zorunda bırakılan sivillerin askere gitmeme haklarını kullanabilmelerinden, askerlik mesleğini yapanların bundan vazgeçme haklarını kazanabilmelerine doğru vicdani redcilerin lehine genişlemiştir. Bu çerçevede, alternatif sivil hizmetlerin caydırıcı ağır koşullarının hafifletilmesine de bu dönemde

<sup>38</sup> LOCKE, Jonh. (1976), *A Letter Concerning Toleration*, J. Brook, Huddersfield, England, s. 61.

<sup>39</sup> Quaker Tarikatı, İngiltere’de açık ve net bir şekilde görülen tavırlarındaki tutarlılıkla günümüzdeki anlamıyla “vicdani redci” olarak açıklanabilen ilk grup olarak adlandırılmaktadır. KAFKASLI, s. 39-40.

<sup>40</sup> AYDIN, Suavi. (2008). “Toplumun Militarizasyonu: Zorunlu Askerlik Sisteminin ve Ulusal Orduların Yurttaş Yaratmadaki Rolü”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler* (iç.), der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 26.

<sup>41</sup> Anılan dönemde, orduya katılmayı yahut savaşmayı reddedenler, değişik şekillerde cezalandırılmıştır. Özellikle “İngiltere’de birçok kişi, sırf bu nedenle hapsedilmiş, Almanya’da ruh hastalıkları hastanelerine kapatılmış, Fransa’da ise 20 yıl gibi ağır hapis cezasına hükmedilmiştir. Yaşanan bu gelişmeler doğrultusunda, 1916’da Anglosakson Ülkelerinde ve Kuzey Avrupa Ülkelerinde (Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda) dini nedenlerle askerliği reddederek orduya katılmama yasal olarak kabul edilmişti. Bkz., MOSKOS/WHITECLAY, s. 11-14.

<sup>42</sup> GÜLER, Esmeray/MERAL, Bekir Fatih/CİNİSLİ, Nail Anıl. *Vicdani Retçiliğin Tarihsel Gelişim Süreci*, (Erişim) <http://www.savaskarsitlari.org>, 15.09.2015.

<sup>43</sup> GÜLER/MERAL/CİNİSLİ. *Vicdani Retçiliğin Tarihsel Gelişim Süreci*, 15.09.2015.



başlanılmıştır<sup>44</sup>. Tüm bu gelişmeler sonucu, İngiltere’de 1921 yılında WRI (War Resisters International-Uluslararası Savaş Karşıtları) örgütü kurulmuştur. Bu örgüt, dünyadaki savaş karşıtı güçlenen hareketlerin ve vicdani red itirazının kabulü için etkin rol üstlenerek, yapılanmaları ve bu tarz grupları destekleyen uluslararası bir kuruluş halini almıştır<sup>45</sup>.

Fransa’da 1793 Ağustosunda ilk toplu askere alma eylemi, 1798’de Jourdan Kanunu ile zorunlu askerlik, yasal zemine bağlanmıştır. Daha sonra genel ve zorunlu askerlik hizmetinden vazgeçilmiş, yalnızca ülkenin fakir ailelerinden seçilen profesyonel bir ordu oluşturulmuştur. Ayrıca soylulara ve orta sınıfa, kendileri yerine başkasını askere gönderme hakkı tanınmıştır. Keza, Fransa’nın anılan yıllarda uyguladığı metod, birçok ülkede uygulanmıştır. Prusya’da Eylül 1814 tarihinde “*Zorunlu Askerlik Kanunu*” kabul edilmiştir. Bu yasayla erkeklerin orduda bir yıldan üç yıla kadar hizmet süresi öngörülmüştür. Avrupa, genel ve zorunlu askerliği barış döneminde dahi gerekli görmüş, ABD ve İngiltere’de de bu sistemin kabulünden sonra, zorunlu askerlik uygulaması adeta evrensel bir hale gelmiştir<sup>46</sup>. Fakat ABD, zorunlu askerlik uygulamasını, yalnızca Amerikan İç Savaşı’nda ve 20. yüzyılın büyük savaşlarında geçici olarak uygulamış, 1969’da bu sistemi bırakmıştır. İngiltere ise, 1916 yılında uyguladığı zorunlu askerliği, 47 yıl sonra bırakarak profesyonel askerliğe geri dönmüştür. İspanya’da ise, zorunlu askerliğin kaldırılmasında ‘insumisos’ adlı grubun etkisi büyüktür<sup>47</sup>.

Bazı yazarlar askere isteyerek/gönüllü olarak gitmenin de aslında sosyo-ekonomik kaygılardan ileri geldiğini belirtmektedir. Yazar’a göre, barış hareketine dâhil olanların genelde orta kesimden, paralı askerlik yahut gönüllü askerlerin de büyük kısmının işçi ve dolayısıyla fakir zümrelerden ve göçmenlerden meydana gelmesi, bu düşüncelyi doğrular niteliktedir<sup>48</sup>.

İnsan hakları anlamında, vicdani red konusunda en somut adımların, II. Dünya Savaşı bitiminde atılmaya başlandığı görülmektedir. Vicdani reddin pozitif hukuk düzleminde yasalaşması, bu doğrultudaki en önemli gelişmedir. Bu durum ilk olarak Almanya’da yaşanmıştır. Almanya Cumhuriyeti 1949 yılında, Nazi siyasetinin tekrar güçlenmesinden endişe duyan Batılı Devletlerin de baskısıyla, vicdani red hakkını yasalaştırmıştır. Anılan Anayasanın 4/3 maddesine göre; “*Hiç kimse vicdani kararına karşı silahlı savaş hizmetine zorlanamaz.*”<sup>49</sup> II. Dünya Savaşı sonrası, vicdani red tanımı genişletilmiş ve birçok kamu kurumu ve kuruluşlarında alternatif sivil servisler oluşturulduğu görülmüştür. Zorunlu askerlik; alternatif sivil hizmetin ilk olarak 1963 yılında İngiltere’de ve 1973 yılında ABD’de uygulanışına kadar devam etmiştir<sup>50</sup>. Dolayısıyla yaşanan bu

<sup>44</sup> ESMER, s. 46.

<sup>45</sup> CANKUR, s. 44.

<sup>46</sup> ZÜRCHER, Erik Jan. (2003). *Devletin Silahlanması: Ortadoğu’da ve Orta Asya’da Zorunlu Askerlik (1775-1925)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 13-16.

<sup>47</sup> SPECK, s. 42 vd.

<sup>48</sup> ÇINAR, Özgür Heval. (2007). “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Vicdani Ret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, s. 94; SPECK, Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Ana Hatları, s. 45.

<sup>49</sup> MOSKOS/WHİTECLAY, s. 11-12.

<sup>50</sup> İngiltere’de bu aşamaya gelmesinde WRI örgütünün etkisi çok önemlidir. ABD’de ise Vietnam savaşı ve anılan dönemde etkin mücadele veren savaş karşıtı grupların rolü büyük olmuştur. 1970 de ABD Yüksek Mahkemesi konuyu biraz genişleterek “vicdani red için yalnızca dini değerlerin değil, aksine artık, seküler, felsefi ve ahlaki inançların da, önemli ve bağlayıcı olduğuna kanaat getirmiştir. Bkz., CANKUR, s. 45.

gelişmeler ışığında, dini temelli vicdani redciler dışında vicdani, etik, felsefi ve manevi ilkelere bağlılığın iddiasıyla insanların, savaşmaya ve dolayısıyla askerliğe ve militarizme karşı durdukça, vicdani redci statüsünün elde edilmesinin, yani seçici reddin yolu açılmıştır<sup>51</sup>.

### III. VİCDANİ RED NEDENLERİ

Vicdani redcileri çeşitli özellikleri bakımından alt gruplara ayırmak mümkündür. Ayırımın ilk kriteri, bireyi vicdani redci olmaya sevk eden etkenin din temelli veya kişisel ilkeler olmasıdır. Dolayısıyla ilk olarak (yapılması gereken), vicdani redcilerin red sebeplerinin saptanarak belirlenmesidir. Bu çerçevede, vicdani red nedenlerinin üç gruba ayrıldığı söylenilebilir: Bunlar dini, ahlaki ve politik nedenlere dayanarak askerlik yapmayı reddedenlerdir<sup>52</sup>. Din temelli redde; redci, görüşlerinin dayanağı dini kitaplarındaki esasları benimsemektir. Ahlâki yahut vicdani kanaatlerini esas alan redciler, askerlik hizmetine karşı redlerini etik ve içsel bir duyguya veya ilkeye bağlarken, askerliği politik düşünce kaygısıyla reddedenler ise uluslararası hukuk veya iç hukuk ile siyaset doğrultusunda belirli bir savaşa katılmayı, dolayısıyla savaşmayı reddederler<sup>53</sup>. Çağımızda ve özellikle günümüzde, dini nedenlere bağlı olarak öne sürülen vicdani red örnekleri en fazla Yehova Şahitlerinde görülür. Yehova Şahitleri, doğrudan uhrevi Saiklerle askerlik görevine karşıdır<sup>54</sup>. İslam tarihinde, vicdani reddi çağrıştıracak savaşa ve savaşmaya karşı gelen devlete millete veyahut cemiyete rastlanmamıştır. Ancak İslam'ın savaşı destekleyen bir din olduğu da söylenemez. İçerinde hümanist ilkeleri benimsemiş tarikat veya cemaat barındıran İslam dini, diğer dinler gibi savaşa ve öldürmeye karşıdır. Hiç kuşkusuz İslam dinine mensup devletler-milletler içerisinde vicdani reddi benimseyenler yoktur. Bu durum İslam tarihi ve Müslüman insanların kültürel farklılıklarıyla açıklanabilir<sup>55</sup>.

Din eksenli vicdani red, Türkiye için değerlendirildiğinde; Türkiye'nin laik bir ülke olması, bu nedenle dini temelli bir vicdani reddin kabulünü hukuki olarak zor kılmaktadır. Ayrıca, yapılacak yeni bir yasal düzenleme de sorunu çözmeye yetmeyecektir. Zira, bu konuda anayasal ilke söz konusudur. Şöyle ki: 1982 Anayasası'nın "Din ve vicdan hürriyeti" başlığını taşıyan 24. maddesinin 3. fıkrası şöyledir; "Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz". Bu maddeye göre, vatandaş olsun olmasın insanlar inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, dolayısıyla herkes dini inanç ve kanaatlerini gizleme hakkına sahiptir. Şu hâlde dini bir nedene bağlı vicdani reddi kabul etmek, kişileri dini inançlarını açıklamaya yönlendirecektir. Nitekim bu durum, Anayasa'da güvence altına alınmış olan ilkenin amacıyla da örtüşmemektedir<sup>56</sup>. Kuşkusuz insanların inandığı din veya mensubu olduğu inanış; şayet kişinin askerlik hizmetini yerine getirmeyi yasaklıyorsa, "vatan hizmeti"ni yerine getirmek isteyen vatandaşların

<sup>51</sup> MOSKOS/WHITECLAY, s. 14.

<sup>52</sup> BRÖCKLING, Ulrich. (2008). "Çarklardaki Kum? 21. Yüzyılın Başında Vicdani Ret", *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 70-71.

<sup>53</sup> ZÜRCHER, Erik Jan. (2008). "Hizmet Etmeyi Başka Biçimlerde Reddetmek: Osmanlı İmparatorluğu'nun Son Dönemlerinde Asker Kaçakçılığı", *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 59; ESMER, s. 26.

<sup>54</sup> SEMİZ, s. 19-20.

<sup>55</sup> ESMER, s. 26.

<sup>56</sup> SEMİZ, s. 21.

karşılaşacakları muhtemel menfi hadiseler söz konusudur. Şöyle ki; bu vatandaşlar, aynı inanışa ve dini hassasiyete sahip kişilerce inanç esaslarına yahut ortak dini değerlere aykırı davrandıkları bahanesiyle adeta bir sosyal grup baskısına maruz kalabilecekler ve hatta ayrımcılığa da uğramaları söz konusu olabilecektir. Doktrinde, bütün sonuçlarıyla değerlendirildiğinde, vicdani reddin, kamu düzenini sarsıcı nitelikte olduğu yönünde bir görüş de mevcuttur<sup>57</sup>.

#### IV. KADIN VİCDANİ REDCİLER

Vicdani red kategorileri incelenirken, cinsiyete dayalı bir vicdani red ayrımı yapılmadığı görülecektir. Nitekim, zorunlu askerlik yükümlülüğünün, yalnızca erkekler için geçerli olduğu düşünülerek, kadın vicdani redcilerin değerlendirmeye tutulmaması tehlikesine karşı kadınların da bu “*hak mücadelesi*” içinde bir şekilde yer aldığına değinmek durumundayız. Şöyle ki, ilk olarak erkek vicdani redciler, zorunlu askerliğe itiraz ederken, zamanla birçok redcinin eşleri de, bu uygulamanın kaldırılması için aktif inisiyatif üstlenmişlerdir<sup>58</sup>. Zamanla, eşlerini için çıktıkları bu yolda kadın vicdani redciler de ortaya çıkmaya başlamıştır. Kadınlar için zorunlu askerlik uygulaması<sup>59</sup>nın olduğu İsrail’de, kadınlar askerlik görevinin doğrudan muhatabı olarak savaşmaktan kaçınmışlar, dolayısıyla vicdani red hakkının kabul edilmesi için hukuki ve sosyal mücadele yürüterek seslerini duyurmaya çalışmışlardır. Diğer yandan, bazı ülkelerde, zorunlu askerlik hizmeti yükümlüsü olmayan, fakat militarizm karşıtı mücadele yürüten kadın vicdani redciler de bulunmaktadır<sup>60</sup>. Kadın redciler, aslında çok az sayıdadırlar. Kadın redciler daha çok, seküler anlayışın hâkim olduğu bölgelerde veya kültürel ve inanç temeline dayalı farklılıkların egemen olduğu toplumlarda görülmektedir. Altınay’a göre, zorunlu askerlik; askerlik görevi esnasında, bireyle devlet arasındaki yurttaşlık ölçütünün kriteri, böylece, askerlik yapmayan kadını ayırtıran bir uygulamadır. Bu ayırtırma sonrası, “*devlet için en yararlı ve kutsal görev*” olan askerliğe, kadınların dâhil edilmemesi, onları, erkek karşısında zayıflatarak, adeta ikinci sınıf vatandaş kategorisine düşüreceklerdir<sup>61</sup>.

#### V. VİCDANİ REDDİN UNSURLARI

Yukarıda anlatılanlar çerçevesinde, bir eylemin genel anlamda vicdani red olarak nitelendirilebilmesi için, başlıca üç temel unsurun varlığına ihtiyaç vardır. Bunlardan ilki; vicdani red açıklamasının, o ülkenin de pozitif yasalarınca düzenlenmiş olan bir yükümlülüğün reddine ilişkin olmasıdır. İkinci olarak; bu karşı gelişin veya reddin, kişisel bir nitelik taşıması, yani öznel ve bireysel itiraz ve reddi içermesidir. Üçüncüsü ise; Vicdani red açıklamasının, bireyin gerçekten

<sup>57</sup> KIRIT, Emrah/GÜNEL Reşat Volkan. (2006). *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Vicdani Ret*, Marmara Üniversitesi Yayınları, s. 86.

<sup>58</sup> Nitekim bu durum özellikle 1. Dünya Savaşı’nda kendini göstermiştir. Gerçekten de o yıllarda onlarca kadın, hem eşlerinin zorunlu olarak orduya katılmasını, hem de bu savaşın meşruluğunu tartışmışlardır. Bkz., GOODALL, *A Question Of Conscience: Conscientious Objection In The Two World Wars*, s. 54.

<sup>59</sup> İkinci Dünya Savaşı’nda Avrupa’da kadınlar da askere alınmıştır. Bu durum en yoğun İngiltere ve Sovyet Rusya’da görülür. Günümüzde kadın askerler sadece İsrail de kalmıştır. Bkz., **Women and War**, (Erişim) <http://www.iwm.org.uk/>, 18.1.2016.

<sup>60</sup> MIZRAK, s. 43.

<sup>61</sup> ALTINAY, Ayşe Gül/ BORA, Tanıl. (2003). “Ordu, Militarizm ve Milliyetçilik”, *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce: Milliyetçilik (iç.)*, C. 4, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 356-357.

de dini inanç, ahlaki kanaat, felsefi bakış ya da siyasi ve sosyolojik bir duruştan kaynaklanan derin bir baskının, dolayısıyla bu öznel değerlerin içselleştirilmesiyle oluşan vicdani sesin sonucu ortaya çıkmasıdır. Keza, bu sayılan unsurlardan birinin yokluğu, vicdani reddi veya itirazı, vicdani ve bireysel olmaktan çıkartır<sup>62</sup>. Vicdani reddin bir birey ve yurttaş hakkı olarak düzenlendiği bir ülkede, vicdani red eyleminin, yasal yükümlülüğün reddine ilişkin olması unsuru, artık söz konusu olamayacaktır. Nitekim, anılan ülkenin hukuk sistemi, belirli koşullar altında, zorunlu askerlik hizmetinin yerine getirilmemesine zaten imkân tanımaktadır<sup>63</sup>.

Vicdani reddin bahsedebilmek için; yasal karşı koyuşun bireysel bir nitelik taşıması, vicdani reddin karşı konulamayacak meşru bir gerekçesinin olması da gerekir<sup>64</sup>. Vicdani reddin en temel sorunlarından biri, karşı konulamaz ve meşru nedenlerin neler olduğunu belirlemektir. Nitekim, bu konuda bir fikir birliği yoktur; fakat genel kanaat, bu meşru ve zorlayıcı nedenlerin sınırlı olarak düşünülmemesi yönündedir. Özetle, burada temel ölçüt; derin ve karşı konulamaz, kişiyle bütünleşik bir moral, etik, dinsel, felsefi inanç gereği savaşa ve öldürmeye ve bunlara esas teşkil edebilecek hizmet ve faaliyetlere katılamamasıdır<sup>65</sup>.

## VI. TÜRKİYE’DE VİCDANİ RED

Türk toplum yapısının askerliğe ilişkin dinamikleri yüceltmesi ve toplumun militarizm eleştirisi, vicdani reddin hukuki boyutlarıyla birlikte ilerlemektedir. Şu hâlde, Türk kültürü, toplum yapısı ve kamuoyu içerisinde bir değerlendirme yapılırken, askerlikle ilgili argümanlar dikkatle incelenmelidir<sup>66</sup>. Türkiye’nin uluslararası hukuktan doğan ve ayrıca AB’nin bir ön şart koştuğu vicdani red hakkını, henüz neden kabul etmediğini anlamak için; genel olarak Türk toplumu için askerliğin<sup>67</sup> önemini, dolayısıyla millet nezdinde ordunun yerini kısa da olsa irdelemek gerekmektedir.

### 1. Türkiye’de Vicdani Reddin Ortaya Çıkış Nedeni ve Tarihsel Gelişimi

Türkiye’de vicdani red konusundaki tartışmalarda, problemin kapsamını, sadece yazılı yasaların çizmediği, Türk siyasal kültüründe ve toplum yapısında askerlik ödevine yüklenen önemin de etkilisi görülmelidir. Bu bağlamda, Türkiye genelinde erkek çocuklara toplumsal cinsiyet rolleri, aileler ve toplum tarafından biçilirken, aslan oğlum askere gidecek komutan olacak, en büyük asker bizim asker gibi askerliği öven öne çıkarıcı deyimler belirleyicidir. Türkiye’de, askerlik yükümlüsü

<sup>62</sup> ANAYURT, Ömer. (2007). “Avrupa’da Vicdani Ret Sorunu: İstemden Normatif Düzleme”, *Mülkiye Dergisi*, C. 31, S. 254, s. 152.

<sup>63</sup> HERR, See William H., (1974). *A Thoreau: Civil Disobedient?* Ethics, C. 85, S. 1, s. 87.

<sup>64</sup> ANAYURT, s. 154.

<sup>65</sup> HERR, *A Thoreau: Civil Disobedient?* s. 84.

<sup>66</sup> BOZATAY, Şeniz Anbarlı. (2011), “Türkiye’de Vicdani Ret Tartışmalarının Toplumsal ve Hukuki Boyutları”, *ÇKÜİBFD*, C. 1, S. 1, s. 151.

<sup>67</sup> Bkz., İNSEL, Ahmet. (2009). “Bir Toplumsal Sınıf Olarak Türk Silahlı Kuvvetleri”, *Bir Zümre, Bir Parti Türkiye’de Ordu (iç.)*, der., Ahmet İnsel, Ali Bayramoğlu, Birikim Yayınları, 4. Basım, İstanbul; PARLAR, Suat. (2005). *Silahlı Bürokrasinin Ekonomik Politikası*, Mephisto Basım, İstanbul; ŞEN, Serdar. (2005). *Silahlı Kuvvetler ve Modernizm*, Nokta Kitap, İstanbul; ÖZDEMİR, Hikmet. (1989), *Rejim ve Asker*, Afa Press, İstanbul; GÖKTAŞ Hıdır/GÜLBAY, Metin. (2004). *Kışladan Anayasaya Ordu Siyasi Kültürde TSK’nın Yeri*, Metis Yayınları, İstanbul; BORA, Tanıl. (2006). “Anti-militarizm, Ordu/Askeriye Eleştirisi ve Orduların Demokratik Gözetimi”, *Birikim Dergisi*, S. 207, s. 22-26.

genceler, her Türk asker doğar algısıyla ve psikolojisiyle etkiye maruz bırakılmaktadır. Dolayısıyla Türk genci, askerliğe yerel ama etkili bir tören ve yönlendirme ile hazırlanarak uğurlanmaktadır. Zorunlu askerliğin yapılacağı ordu, “*peygamber ocağı*” olarak değerlendirilirken, aslında gerek mekân gerekse hizmetin kendisi kutsal hale getirilmektedir. Türkiye’nin bazı yörelerinde *hâlâ* askerlik görevini yapmayana kız verilmemesi, bazı yörelerde askere gidenler için düğün benzeri coşkulu eğlencelerin düzenlenmesi gibi geleneklerle, bu kurum farklı kanallarla *yüceltilmektedir*<sup>68</sup>.

Osmanlı İmparatorluğu’nun özellikle son dönemlerinin Kıta Avrupa’sı devletleriyle bir mukayesesi yapıldığında, aslında nüfusun önemli bir oranı, zorunlu askerlik hizmetinden muaf idiler. Fakat bu, vicdani reddin kaynaklanmıyordu. Şöyle ki; askerlik yapmakla yükümlü olmayan bu kitle, 1909’a kadar, Müslüman olmayanlardan ve Müslüman nüfusun belirli zümrelerinden teşekkül ediyordu<sup>69</sup>. Müslüman olmayan vatandaşlardan ise, askerlik hizmetinden muaf olma karşılığında, bir muafiyet vergisi (bedel) alınıyordu. Dolayısıyla, ABD’deki ve Avrupa’daki gibi vicdani red hareketini ortaya çıkaran akımlar, Osmanlı İmparatorluğu’nda oluşmamıştı<sup>70</sup>. Hem İslam inancı hem Türk kültürü, aile ve toplum yapısı olarak, bu tarz düşünce ve hareketlere uzak bir değerler ikliminden geldiği için, Türkiye’de, vicdani red düşüncesi, erken dönemlerde pek fazla gelişmemiştir<sup>71</sup>.

## 2. Türkiye’deki İlk Vicdani Redciler

Türkçe’ye, 1990 yılında, ulusal yayın olan Sokak dergisi ve Güneş Gazetesi yayınıyla giren “vicdani red” kelimesi, Vedat Zincir ve Tayfun Gönül adlı kişilerin redci olduklarını beyan etmeleri ile gündemde yerini almıştır. Bu kişiler, 1992’de bağlantılı oldukları antimilitarist gruplarla beraber Savaş Karşıtları Derneği’ni kurmuşlardır. Dolayısıyla, bu sivil toplum örgütünün icraatlarıyla, vicdani red, askerlik vb. konu ve kavramlar keza yayınlar toplumda dikkatleri çekecek kadar etkili olmuştur<sup>72</sup>. Doğaldır ki, bu isimde bir derneğin kuruluyor olması gerek kamuoyunun gerekse devletin konuya dikkatini çekmiş, “*gerekli müdahaleler!*” kısa sürede yapılmış ve dernek kapatılmıştır. Ancak bu dernek, daha sonra “İzmir Savaş Karşıtları Derneği” ismiyle yeniden kurulmuştur<sup>73</sup>. Türkiye’de 1993 yılında, vicdani red alanında çalışma sürdüren 6 kişi, vicdani red beyanında bulunmuş, ayrıca bu kişiler, uluslararası gözlemci ve katılımcıların olduğu geniş kapsamlı Uluslararası Vicdani Redciler Toplantısı (ICOM) düzenlemişlerdir. Nitekim, anılan dernek, yalnızca Türkiye sınırlarında değil, uluslararası toplumla da savaş karşıtı hareketle etkileşime geçerek faaliyet alanını genişletmiştir. Fakat vicdani reddin Türkiye gündeminde yer edinerek yayılması, İzmir Savaş Karşıtları Derneği Başkanı Ülke’nin, 7 Ekim 1996 da 765 Sayılı

<sup>68</sup> BOZATAY, s. 155-156.

<sup>69</sup> Bu zümre grubundakiler; İstanbul, Mekke ve Medine’de yaşayan Müslümanlar, ayrıca, hacılar, din görevlileri ve dini okullardaki öğrencilerdir. Bkz., ZÜRCHER, Hizmet Etmeyi Başka Biçimlerde Reddetmek: Osmanlı İmparatorluğu’nun Son Dönemlerinde Asker Kaçakçılığı, s. 60.

<sup>70</sup> ZÜRCHER, Erik Jan. (1998). “The Ottoman Conscription System 1844-1914”, *International Review of Social History*, C. 43, S. 3, s. 441-443.

<sup>71</sup> ZÜRCHER, (2008). s. 60-61.

<sup>72</sup> ÜSTERCİ, Coşkun/YORULMAZ, Uğur. (2008). “Türkiye’de Vicdani Red”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler* (iç.), der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 218.

<sup>73</sup> CANKUR, s. 50.

Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinde düzenlenen “*halkı askerlikten soğutma*” suçunu işlediği iddiasıyla, Askeri Ceza Kanunu'nun 58. maddesine istinaden “*milli mukavemeti kırma*” suçunu işlediği gerekçesiyle tutuklanması sonrası olmuştur. Ülke, tutuklanması üzerine, AİHM'e, Türkiye aleyhine dava açmış, açtığı davayı kazanmasından sonra basında ve toplumda dikkatleri çekmeyi başarmıştır. Ülke, her Türk'ün asker doğmadığı tezini savunmuş ve Irak savaşı başladığında, “*ölmeyeceğiz, öldürmeyeceğiz, kimsenin askeri olmayacağız*” şeklindeki açıklamalarından dolayı, “*emre itaatsizlik*” ve “*halkı askerlikten soğutmak*” suçlarından yargılanmıştır<sup>74</sup>. Mehmet Tarhan ise 27 Ekim 2001'de İnsan Hakları Derneği'nde yapılan bir basın toplantısında zorunlu askerlik görevini reddettiğini hatta total vicdani redci olduğunu açıklamıştır<sup>75</sup>. Osman Murat Ülke'nin, sonu belirsiz askeri birlik, mahkeme ve hapisane kısır döngüsünde başına gelenler, vicdani redci olmayı düşünen pek çok kişinin geriye çekilmesine yol açmıştır<sup>76</sup>. Ancak belirtilmelidir ki; Türkiye'deki vicdani redci sayısı ve red eylemleri, aslında çok az sayıdadır. Buna rağmen, uluslararası savaş karşıtları dernekleri ve vicdani redci gruplar, bu konuda Türkiye'de sanki binlerce vicdani redci varmış gibi bir baskı kurma ve kamuoyu oluşturma gayretindedirler.

Vicdani red hakkında, bu konuyla ilgili olarak Birleşmiş Milletler ve Avrupa kurumlarının hazırladıkları belgeler, Türkiye Cumhuriyeti gibi, henüz vicdani reddi tanımayan, birliğe adaylık yolunda ilerleyen ülkelere, açık ve net yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirmektedir. Özellikle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Bayatyan, Erçep, Fethi Demirtaş, Sevda ve Tarhan gibi davalarda verdiği yakın tarihli kararlardan itibaren, Avrupa'da bu konuda bir kıstas oluşmuştur<sup>77</sup>. Dolayısıyla, vicdani reddi pozitif yasalarında kabul etmeyen Türkiye gibi ülkelerin, artık bu kriterleri taşımayarak Avrupa Birliği'nin dışında kalması, o ülkeleri zor durumda bırakacaktır<sup>78</sup>. Oysaki Türkiye, aleyhine açılan ve aleyhine karar verilen bu davalara rağmen, henüz vicdani red hakkını tanımamıştır. Keza, vicdani redciler için zorunlu askerlik yerine, alternatif sivil hizmet imkânı da sunulmamıştır<sup>79</sup>. Ayrıca, Türkiye'deki vicdani redciler ve onları destekleyenler için bu kanaatlerinden dolayı 10 yıla kadar hapis cezası söz konusu olabilmektedir<sup>80</sup>. Türkiye'de,

<sup>74</sup> CANKUR, s. 49.

<sup>75</sup> EREN, s. 105.

<sup>76</sup> ÜSTERCİ/YORULMAZ, s. 223.

<sup>77</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bayatyan-Ermenistan'ın, Başvuru no: 23459/03, 07.07.2011; Erçep-Türkiye'nin ise; Başvuru no: 43965/04, 22.11.2011; Fethi Demirtaş-Türkiye ise; Başvuru no: 42730/05, 12.06.2012; Tarhan-Türkiye, Başvuru no: 9078/06, 17.07. 2012'dir.

<sup>78</sup> ÇINAR, (2007). s. 101.

<sup>79</sup> Türkiye, Azerbaycan ve Norveç'te alternatif hizmet yoktur. Fakat ilginç olan, Azerbaycan'ın, Anayasası'nda vicdani red hakkını açıkça dile getirmesidir. Azerbaycan Anayasa'sı 76. Madde bkz., ÇINAR, Özgür Heval. (2008). “Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış”, der. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci), *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimleri içinde*, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 237. Belirtmek gerektir ki; aslında Norveç, vicdani reddi 1922'den beri tanımaktadır. Fakat alternatif sivil hizmet 2011 yılında idari masrafların yüksek olmasından dolayı kaldırılmıştır. Bkz., Çınar, Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış, s. 243-244; BRETT, Derek. (2013). “Annual Report: Conscientious Objection to Military Service in Europe 2013”, *Avrupa Vicdani Red Bürosu*, Brüksel, s. 45-47.

<sup>80</sup> Türkiye'de bilinen vicdani redci sayısı en son 312 kişidir ki, bunlardan 112'si kadın redcidir. Savaş Karşıtları, “Türkiye'de Vicdani Reddini Açıklayanlar”, *Savaş Karşıtları*, İstanbul, (Erişim) <http://www.savaskarsitlar.org/arsiv.asp?ArsivTipID=2>, 23.10.2015; ve Vicdani Red Derneği, “Tarih Sırasına Göre Vicdani Redciler”, *Vicdani Red Derneği*, İstanbul, (Erişim) <http://vicdaniret.org/tarsirasina-gore/> adreslerinden ulaşılabilir, 23.10.2015.

vicdani red hakkına ilişkin hiçbir iç hukuk hükmü olmadığı için, redciler, AİHM'nin “sivil ölüm”<sup>81</sup> olarak ifade edilen sürece maruz bırakıldıklarını iddia etmekte ve onların bu konudaki umutsuz, fakat eylemli bekleyişleri sürmektedir.

Can'a göre; sorunun ağırlığı normatif olmaktan çok algısalıdır. Asker, rejimin koruyucusudur. Askerlikten kaçanlar, anayasal düzenin koruyucusu olan silahlı kuvvetleri de zayıflatmaktadır. Türkiye'de ise rejim muhaliflerinin meşruiyetleri yoktur. Bu algıların yalnızca toplumun önemli bir kesimine egemen olmadığı, -bazı kritik tepkilere bakılırsa- devlet algısının temel aygıtını oluşturduğu söylenebilir. Bu açıdan hukuk uygulayıcılarının bu algılardan bağımsız oluşunu ileri sürmek pek de gerçekçi değildir<sup>82</sup>. Zira Türkiye'de, vicdani redciler içerisinde birçok siyasi görüşe mensup vatandaşlar yer alsa da çoğunluğunu (toplumun genelinde algısal olarak) “anarşist” (olarak kabul edilen) ve total red tavrını benimseyenler oluşturmaktadır. Uzun'a göre, Türkiye'de vicdani redcilik, sıra dışı düzeyde, anarşizmin etkisi altında taraftar bulma gayretine girerek gelişmektedir<sup>83</sup>. Bununla birlikte antimilitarist eleştiri, hepsinin ortak paydasıdır<sup>84</sup>.

AİHM'in, Murat Ülke ve Türkiye kararında belirtildiği gibi, Türkiye, *hâlâ* vicdani redcilere yönelik yasal bir rejime sahip değildir. Kararın üzerinden uzunca bir zaman geçmiş olmasına karşın, Türkiye tarafından henüz bu yönde somut bir adım atılmamıştır. Ancak, AİHM'in verdiği kararların denetim organı olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 5 Haziran 2007 tarihli toplantısının ardından yapılan açıklamada; Türkiye'nin, vicdani ve dini nedenlerle askerlik yapmayı reddedenlerin, birden çok yargılanmasını ve cezalandırılmasını önleyecek, yeni bir askerlik yasası üzerinde çalışmakta olduğu belirtilmiştir<sup>85</sup>. Ayrıca Bakanlar Komitesi'nin bu açıklamasında, konunun 15-17 Ekim 2007'de yapılacak toplantıda tekrar ele alınacağı ifade edilmiştir<sup>86</sup>. Nitekim, Türkiye, AB tarafından, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi, dolayısıyla vicdani red konusunda yasal bir düzenleme yapması için uyarılmaktadır. Keza AB, üye devletlerin, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 10/2. maddesi uyarınca vicdani red hakkını tanımamasını şart koşmaktadır<sup>87</sup>. Her ne kadar Türkiye hâlihazırda AB Müktesebatına uyum için bazı reformlar

<sup>81</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “sivil ölüm” ifadesini ilk kez Ülke-Türkiye, Başvuru no: 39437/98, 24 Ocak 2006 (pr. 62) kararında kullanmıştır. Sonrasında mahkeme bu terimi, Ercep-Türkiye (pr. 80) ve Fethi Demirtaş-Türkiye (pr. 107) kararlarında da kullanmıştır.

<sup>82</sup> CAN, Osman. (2008). “Vicdani Red ve Anayasa”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 299-300.

<sup>83</sup> UZUN, Begüm. “Türkiye’de Vicdani Red (1)?”, (3.8.2006), (Erişim) <http://www.savaskarsitleri.org/arsiv.asp>, 08.09.2015.

<sup>84</sup> ÜÇPINAR, Hülya. (2008). “Türkiye’de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 327.

<sup>85</sup> Fakat bu konuda gerek kamuoyunda gerekse toplumun diğer kesimlerine ve akademik camiaya yansımış bir bilgi henüz mevcut değildir.

<sup>86</sup> ÜSTERCİ/YORULMAZ, s. 229; bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., ÜÇPINAR, Türkiye’de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları, s. 329-337.

<sup>87</sup> Avrupa Komisyonu, (14 Kasım 2009). “2009 Türkiye Düzenli İlerleme Raporu”, SEC (2009) 1334/3, S. 10 ve Avrupa Komisyonu, (9 Kasım 2010), “2010 Türkiye Düzenli İlerleme Raporu”, SEC (2010) 1327, S. 24.



yapmış durumda<sup>88</sup> ise de Türkiye’de vicdani red hakkının tanınması, AB’ye üyelik açısından bir ön koşul olduğu için, mevcut durum Türkiye’yi adeta “sıkıştırmaktadır”.

### 3. Askerlik Ödevinin Türk Hukuku’nda Düzenlenişi

#### a. Türkiye’de Askerlik Algısı

Türkiye, Avrupa Birliği’ne üyelik için uzun yıllar mücadele etmekte ve son yıllarda tam üyelik için kısmen de olsa yoğunlaşan müzakere sürecinden geçmektedir. Fakat Türkiye için hatta birçok millet ve devlet için askerlik, yalnızca birkaç ay silahlı eğitim almak veyahut temel eğitim alarak olası savaşa hazırlıklı olmak değil, millet olmanın, gereği iyi bir vatandaş olmanın sonucu ve kuşkusuz sorumlu bir yurttaşlık olgusu olarak kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Keza, “*askerliğin Türk Milleti’nin hasletlerinden biri olduğu*” düşüncesi, Türk toplumunca çok özümsemiş ve yaygın olarak bu şekilde kabul görmüştür<sup>90</sup>. Türk toplumu için askerlik<sup>91</sup>, erkek olmanın ve sorumlu vatandaşlığın bir gereği olarak nitelendirilmektedir. Kaldı ki, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin kuruluşunda asker kökenli kişiler önemli rol almışlardır. Ayrıca, Türkiye’de üç askeri “*darbe*” yapılmış, ordu kendisine sadece ülkeyi iç ve dış düşmanlara karşı koruma görevi vermeyip, Türk Ulusu’nun baştan aşağı koruyup kollanmasında kendisinin önemli bir aktör olduğunu düşündürmüştür. Bu bağlamda, askeriye ve askerlik hizmetinin Türk toplumu üzerinde ne denli önemli olduğu daha iyi anlaşılmaktadır<sup>92</sup>. Bir ülkedeki ordunun çok güçlü ve etkin olması, dolayısıyla gözle görülür biçimde egemenliği, o ülkenin “*militarist*” olarak nitelenmesine neden olmaktadır. Howard, militarizmi, “*askeri alt kültür değerlerinin toplumun egemen değerleri olarak algılanması*” şeklinde açıklamaktadır<sup>93</sup>. Militarizm: Gerek savaş gerekse sulh dönemlerinde olsun, militarist ilke ve yöntemlerin, toplumun tüm alanlarında (örneğin Hukuki, sosyal, kültürel, ekonomik ve siyasi) etkili biçimde tezahürüdür. Keza, militarizm fikrinde vatanseverlik, askerlik hizmeti ile adeta birleşmiştir<sup>94</sup>. Türkiye’de genç erkekler için askerlik hizmeti yahut Anayasa’da ifade edildiği haliyle “*vatan hizmeti*”, toplum hayatını her daim etkileyen bir kavramdır. Askerliğini yapmamış olanlar, halen bir takım çevrelerde “*korkak, sorumsuz veya henüz adam olamamış*” olarak nitelendirilmektedir. Çünkü, “*askerliğin Türk Milleti’nin hasletlerinden biri*

<sup>88</sup> ÇINAR, Özgür Heval. (2014). *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Red Ve Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, s. 212.

<sup>89</sup> ÇINAR, (2007). s. 101.

<sup>90</sup> İstanbul Bilgi Üniversitesi AB Enstitüsü ve Konda Tarafından yapılan bir araştırmada, görüşülen 2.775 kişiden %73,5’i, “Türkler asker millettir” görüşüne katılmıştır. Aynı araştırma ayrıca, görüşülenlerin %81’inin Türkiye’de vicdani red hakkından yana olmadığını da göstermiştir. (İstanbul Bilgi Üniversitesi AB Enstitüsü ve Konda, “Türkiye’de Silahlı Kuvvetler ve Toplum: Anket Sonuçları”, *TÜBİTAK Araştırma Projesi*, İstanbul, 25 Kasım 2011, (Erişim) <http://eu.bilgi.edu.tr/images/picrutes/baskilacakversiyon.pdf> 19.08.2015. Bu kavram konusunda daha fazla bilgi için bkz. Hüseyin Kıvrıkoğlu, “Sunuş”, *2000’li Yıllara Giren Türk Ordusu* (iç.), der., ÖZEL, Mehmet. (1999). Ankara Ticaret Odası ve T.C. Kültür Bakanlığı, Ankara, s. 11-13.

<sup>91</sup> Türk toplumunda askerlik algısı için bkz., ÇETİN, Nagihan. (2018). “Türk Töresinde Askerliğin Yeri ve Türkiye’de Askerliğe Bakış Açısında Meydana Gelen Değişmeler”, *Haliç Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.1: s. 161-175.

<sup>92</sup> ÇINAR, (2007). s. 101.

<sup>93</sup> HOWARD, Michael. (1978). *War and the Nation State*, Clarendon Press, Oxford, s. 109.

<sup>94</sup> PARLA, Taha. “Vicdani Red”, *Radikal* 2, 30 Ekim 2005, (Erişim) [http://www.radikal.com.tr/ek\\_haber.php?ek=r2&haberno=5211](http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=5211), 11.08.2017; VAGTS, Alfred. (1959), *A History of Militarism Civilian and Military*, The Free Press, New York; N. Turse, *The Complex How the Military Invades Our Everyday Lives*, Faber and Fabr, London, 2008.



*olduğu*” düşüncesi, Türkiye toplumunca çok kabullenilmiş bir olgudur<sup>95</sup>. Zira askerlik hizmeti; Türk Milleti’nin, vatani, bayrağı, egemenliği ve milleti için üstlendiği kutsal bir görevdir. Son tahlilde askerlik, kimlik ve statü kazanabilmenin, erkek olarak sosyalleşip toplumca kabul görmenin önemli bir evresidir<sup>96</sup>. Şu hâlde, militarist temelli bir kültürün önemli bir eşliğini oluşturan askerlik hizmetinin toplumsal meşrutiyetinin, nasıl ve hangi yollarla kurulduğunu anlamak gerekir<sup>97</sup>. Bunlara değinirken, vicdani red hakkının tanınmamasının tarihsel, toplumsal ve kültürel sebepleri ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla, zorunlu askerlik hizmetinde, neden hâlâ böylesine diretildiği sorusuna da bir cevap bulunmuş olacaktır<sup>98</sup>.

## **b. Zorunlu Askerlik Hizmetinin Anayasal ve Yasal Boyutu**

### **aa. Anayasal Bağlamda Zorunlu Askerlik Hizmeti**

1982 Anayasası döneminde ve hâlihazırda Türkiye’de, vicdani redde ilişkin herhangi bir anayasal veya yasal pozitif hukuk normu yoktur. Türkiye’de vicdani red, bir hak olarak düzenlenmemiş ancak vicdani red için de doğrudan bir suç tipi ya da ceza mevcut değildir. Bugün, gelinen noktada ise; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin vicdani red kararının ortaya çıkmasıyla birlikte, her ne kadar yetkili mercilerin suskunluğu devam etse de, geri dönülmez bir noktaya gelmiş bulunuyoruz. Artık, kamuoyunca da gündeme geldiği ve bilindiği gibi, Anayasa’nın Türkiye’de askerlik görevini düzenlediği iddia edilemez<sup>99</sup>. Zira Anayasa’nın lafzi ve amaçsal yorumundan, zorunlu askerlik görevinden ya da bir şekilde Anayasa’nın benimsendiğinden dolayısıyla askerliğin Anayasal dayanağının varlığından bahsedilemeyeceği açıktır. Nitekim 1982 Anayasası’nın “*Vatan hizmeti*” kenar başlıklı 72. maddesinde, “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir*”<sup>100</sup> ifadesi açıktır. Dolayısıyla, cari olan 1982 Anayasası’nın 72. maddesinin zorunlu saydığı sadece “*vatan hizmeti*”dir. Keza bu hizmetin/yükümlülüğün vatandaşlarca nasıl ifa edileceği maddede düzenlenmiştir. Şu hâlde, askerlik görevinin nasıl ifa edileceği tahdidi olarak birkaç seçenekle düzenlenmiştir: Birincisi; Türk Silahlı kuvvetlerde, ikincisi; Kamu kesiminde yerine getirme ve nihayet üçüncüsü veya getirilmiş sayılma halidir. Bu kategoriler ise Anayasa’nın askerlik ödevi için sadece silahlı kuvvetlerde değil farklı seçeneklerde olduğunu ifade etmektedir. Şüphesiz devletin, vatandaşlara ikame bir hizmet seçeneği tanımaması, Anayasa’nın lafzına da aykırılık teşkil etmektedir. Can’a göre ve fikrimizce

<sup>95</sup> İstanbul Bilgi Üniversitesi AB Enstitüsü ve Konda Tarafından yapılan bir araştırmada, görüşülen 2.775 kişiden %73,5’i, “Türkler asker millettir” görüşüne katılmıştır. Aynı araştırma ayrıca, görüşülenlerin %81’inin Türkiye’de vicdani red hakkından yana olmadığını da göstermiştir. (İstanbul Bilgi Üniversitesi AB Enstitüsü ve Konda, “Türkiye’de Silahlı Kuvvetler ve Toplum: Anket Sonuçları”, *TÜBİTAK Araştırma Projesi*, İstanbul, 25 Kasım 2011, (Erişim) <http://eu.bilgi.edu.tr/images/picrutes/baskilacakversiyon.pdf>, 19.08.2015. Bu kavram konusunda daha fazla bilgi için bkz. KIVRIKOĞLU, Hüseyin. (1999). “Sunuş”, *2000’li Yıllara Girerken Türk Ordusu (iç.)*, der., ÖZEL, Mehmet. Ankara Ticaret Odası ve T.C. Kültür Bakanlığı, Ankara, s. 11-13.

<sup>96</sup> ÇETİN, s. 163-165; ÇINAR, (2014). s. 216.

<sup>97</sup> UZUN, “Türkiye’de Vicdani Red”, E.T. 08.09.2015.

<sup>98</sup> ÇINAR, (2014). s. 217.

<sup>99</sup> CAN, (2008). s. 292.

<sup>100</sup> TOK, s. 118-119.

de; vatan hizmeti, zorunlu değil aksine alternatifleri olan/öngörülen bir görevdir ve bu da tartışmasızdır<sup>101</sup>.

1961 Anayasası ise; 60. maddesinde, bu durumu, “vatan hizmeti” kenar başlığı ile “Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir”, şeklinde düzenlemiştir. Nitekim, 1961 Anayasası bu hükmü ile vatani görevin ifa şeklini sadece “askerlik hizmeti” ile sınırlamıştır. Bu nedenle, anılan Anayasa’da zorunlu askerlik hizmeti yerine, ikame herhangi bir kamu hizmeti seçeneği yoktur. Fakat anılan yasa, 29.09.1971 tarihinde 1488 Sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Bu çerçevedeki değişik 60. Maddeye göre, “Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödevin, Silahlı Kuvvetlerde veya kamu hizmetlerinde ne şekilde yerine getirileceği kanunla düzenlenir.” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, 1971 yılındaki düzenleme sonucu vatani görevin “Silahlı Kuvvetlerde” veya “kamu hizmetlerinde” ikame bir şekilde yapılabilmesinin önü açılmıştır<sup>102</sup>.

Yukarıda açıklanan çerçevede, 1982 Anayasası 1961 Anayasası’ndan daha demokratik (en azından bu konuda) ve çözüm odaklı bir adım içermektedir. Şöyle ki: Anayasası’nın 72. Maddesi askerlik görevi için doğrudan “veya yerine getirilmiş sayılacağı” ibaresine yer vererek kanunla düzenlenir hükmüne yer vermiştir. Bu hüküm ise gayet açık ve anlaşılır bir hüküm ve ifadedir. Zira devletle veya silahlı kuvvetlerle hiçbir bağ veya bağlantıya girmeden, sivil ikame bir kamu görevi de yapmaksızın askerlik ödevinin ifa edilmiş olabileceğini düzenlemektedir. Tabii olarak, bu konu için ek bir düzenleme gerekir. Keza, 1982 Anayasası yapılırken, aslında 1961 Anayasası’nın 60. maddesi korunmaya çalışılmış. Fakat küçük bir değişiklik yapılmıştır. 1961 Anayasası’nın 60. maddesindeki “ne şekilde yerine getirileceği” ifadesi yerine “ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı” ibaresi kullanılmıştır<sup>103</sup>. Aslında bu yasal düzenlemeyle yurt dışında yaşayan gurbetçilerimizin yurtdışında oturma hakkına sahip olan askerlik yükümlüsü kişilerin, bir miktar para ödeyerek sadece 2 ay bir zorunlu askeri eğitim sonrasında, zorunlu askerlik görevini ifa etmiş olacakları benimsenmişti. Bu kapsamda, bu ve benzer durumlar için yine mağduriyetlerin önüne geçmek adına askerlik ödevinin yerine getirilmiş sayılacağı durumların gelecekte, kanunla düzenlenmesinin önünü açmak ve kanun koyucuya bu yönde ışık tutarak yol göstermek için maddede gerekli değişiklik yapılmıştır<sup>104</sup>. Bu bağlamda; Türkiye’de, askerlik ödevi, 1982 Anayasası’nda ikame hizmeti de içine alacak şekilde alternatifli olarak ifa edileceği düzenlenmiştir. Keza, vicdani düşünce veya vicdani saik, Anayasa’da, sınırlandırılmamış ve engellenmemiştir. (Zaten böyle olması da gerekirdi) Hukuk devletlerinde vicdana hiçbir müdahale yapılamaz. Kuşkusuz vicdan en temel bir haktır. Keza Anayasa’da da düzenlenerek teminat altına alınmıştır. Ayrıca, Anayasa’nın 15. maddesinde, savaş, seferberlik ve sıkıyönetim hallerinde dahi<sup>105</sup> bu çekirdek haklara dokunulamayacağı düzenlenmiştir<sup>106</sup>.

<sup>101</sup> CAN, (2008). s. 303.

<sup>102</sup> EREN, s. 107.

<sup>103</sup> CAN, (2008). s. 304;

<sup>104</sup> EREN, s. 107-108.

<sup>105</sup> Savaş, Sıkıyönetim gibi adeta ülkenin yaşam savaşı verdiği bir dönemde dahi bu alanlara müdahale edilemeyeceği güvence altına alınmıştır.

<sup>106</sup> CAN, (2008). s. 306.

Bir diğer açıdan; 1111 Sayılı Askerlik Kanunu, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin geçerli olmadığı bir dönemin ürünüdür. Şöyle ki; 1927 yılında yapılan bir düzenleme olan bu yasanın, Anayasa'ya uygun olduğu karinesi çok zayıftır. Çünkü, anılan yasa 1982 Anayasası döneminde çıkarılmamıştır. Keza, bu Anayasa'ya uygun davranmakla yükümlü bir yasama organı tarafından da çıkarılmamış, aksine Türkiye'nin o günkü “*özel şartları*” doğrultusunda hazırlanmıştır. Kuşkusuz, alternatifli hizmet olanağı sunan mevcut Anayasa, yürürlüğe girdikten sonra, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı bugüne kadar ileri sürülmemiştir. Ayrıca, bu yasa, Anayasa'nın kapsamını da daraltarak sözüne de aykırılık teşkil etmektedir. Anayasa'nın tanıdığı bir olanağın, yine de Anayasa'da öngörülen zorunluluklar olmaksızın daraltılması, en yalın haliyle, Anayasa'nın lafzına da aykırıdır. Hâlbuki, Anayasa'da daraltma yönünde bir zorunluluk değil, aksine genişletme ve alternatifleri yaşama geçirme konusunda 24. ve 15. madde direktifleri yasa koyucuyu tartışmasız bağlamaktadır. Son tahlilde, hiçbir gereklilik ve zorunluluk, insanların temel haklarından ve onurundan daha üstün değildir. İnsan onuruna dokunacak kadar değerli hiçbir kural ve ilke ya da ülke yararı olamaz. Nitekim, Anayasa'nın 15. maddesi, ülkenin varlık mücadelesinin dahi, vicdani kanaate dokunulma konusunda bir meşruiyet dayanağını sunamayacağını açıkça vurgulamaktadır<sup>107</sup>.

Ayrıca, askerlik gibi kutsal, onurlu, milli ve kamusal bir hizmetin, zorunluluk kaydına bağlanması bir çelişki taşımaktadır. Üstelik, kamu görevine kişi vicdani tercihiyle girmektedir (en azından girmelidir). Fakat, Türkiye'de askerlik hizmeti, zorunludur ve bu hizmette kimsenin vicdani kanaati de düşüncesi de sorulmamaktadır. Hiç şüphesiz asker de vicdani kanaatine aykırı bir görevde çalıştırılmaz. Askerler de insan onuruna yahut vicdani kanaatlerine aykırı bir emri yerine getirmeye zorlanamaz. Nitekim vicdani red olanağı bulunan Almanya'da, Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin, 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda; bir askerin, vicdani red hakkını kullanmasa dahi vicdani kanaat özgürlüğüne sahip olabileceği kabul edilmiştir<sup>108</sup>.

Eren'e göre; anılan kanunda yapılan değişikliğin izahı, sorunu açıklığa kavuşturmaktadır. Dolayısıyla, askerlik görevi veya “*ikame bir görev*” olarak değiştirmek, yasa koyucunun *takdirinde* ve *tekelindedir*. Hakeza, Yazar'a göre, parlamenterin takdirinde olan bu durumun, parlamenterlerce kullanılmaması gerekir. Yazar'a göre Türkiye'de zorunlu askerlik uygulamasının da Anayasaya aykırı bir yanı bulunmamaktadır. Nitekim Yazar'a göre burada, parlamenterlere verilmiş bir emredici hüküm yoktur, yalnızca seçenek vardır<sup>109</sup>. Dolayısıyla, bu yetkiyi kullanıp kullanmamak yasama organına aittir. Bizim de benimsemiş olduğumuz, Can'ın değerlendirmelerine göre, 1982 Anayasası, Türkiye'de vicdani reddin, hak olarak tanınmasının önünde herhangi bir engel olarak değerlendirilemez. Nitekim, Anayasa'nın 72. maddesinde yer alan; “*Bu hizmetin silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir*” ibaresi, esasında zorunlu askerlik hizmeti yerine, alternatif sivil hizmetin önünü açmaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'nın açık hükmünden, askerlik görevinin anayasal bir şart yahut zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılamaz. Zira Anayasa'nın 72. maddesinin vatandaşları zorunlu tuttuğu şey

<sup>107</sup> GÖKSU Ranâ. (2017). Yargılanan Vicdanî Ret Hakkı, *TBB Dergisi*, S. 129, s. 45-46; CAN, (2008). s. 307.

<sup>108</sup> CAN, (2008). s. 308.

<sup>109</sup> EREN, s. 108.

“vatan hizmeti”dir. Fakat vatan hizmeti/görevinden ne anlaşılacağı, madde içerisinde açıklanmamaktadır<sup>110</sup>.

Buna karşın, 1982 Anayasası’nın 90. maddesine göre; temel hak ve hürriyetlerle ilgili bir konuda uluslararası sözleşme hükümlerinin Türkiye’nin yasal mevzuatındaki düzenlemeler çelişmesi durumunda Anayasa’nın ilgili maddesi gereği kanun veya iç hukuk mevzuatı uygulanmaz. Bu durumda, uluslararası sözleşme hükmü, uygulanacaktır. 1982 Anayasası’na göre bu hüküm Türk makamlarını (siyasi, idari, askeri ve yargı mercilerini) bağlar. Dolayısıyla, bu hükümlere göre Türkiye’nin yasal düzleminde bir kanun vb. olmasa dahi Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının vicdani red haklarının olduğunu iddia etmek, pozitif hukukumuzla göre tabiidir<sup>111</sup>.

Can’a göre; vicdani reddin 1982 Anayasası’nda açıkça bir hak şeklinde yer almamış olması, onu öngörülen bir olanak olmaktan çıkarmamakta, dolayısıyla Anayasa’nın dolaylı olarak düzenledi bir hakkın, yine aynı Anayasa’nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılığını iddia etmek pek tutarlı bir değerlendirme değildir<sup>112</sup>. Eminağaoğlu’na göre; 1982 Anayasası’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi; vicdani redciler için zorunlu askerlik hizmetinin söz konusu olmaması karşısında zorunlu askerlik yapan ve yapmayı kabul eden kişiler açısından anılan maddeye aykırı olarak yorumlanamaz. Nitekim Anayasa’nın 14. maddesi, Anayasa’nın hiçbir hükmünün yine Anayasa da güvence altına alınan özgürlüklerin Anayasa’nın verdiği ölçüyü aşacak şekilde sınırlandırılmasını sağlayacak şekilde değerlendirilemez<sup>113</sup> hükmüne yer vermektedir. Bu tespitler ışığında, genel olarak şu sonuçlara varmak mümkündür: 1982 Anayasası doğrudan vicdani reddi bir hak olarak düzenlememiş ancak redde de engel olmamıştır. Türkiye’de zorunlu askerlik görevinin olması, Türkiye de vicdani reddin bir insan hakkı olarak tanınmasına engel de değildir<sup>114</sup>.

### b. Türkiye’de Zorunlu Askerlik Hizmetinin Yasallık Durumu

Türkiye’de, pozitif yasa kapsamında vicdani reddi ele alan, doğrudan ya da dolaylı herhangi bir norm yoktur. Vicdani red için eski tarihli bir Bakanlar Kurulu kararında redcilerle bağımsızlıktan bahsedilebilir. Şöyle ki anılan karar 1993 yılında yayımlanan bir karardır. Buna göre; “*askerlik hizmetini yapmış sayılma*” durumunu düzenlenmiştir. Bakanlar Kurulu’nun 05.07.1993 tarihindeki (93/4613 Sayılı) kararı, aslında birden fazla tabiiyetli vatandaşların askerlik yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılmalarına dair esaslara ilişkindir<sup>115</sup>. Bu kararın, konumuz açısından önemli olan yanı, beşinci maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemedir. “*Askerlik yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılması*” başlıklı maddenin ilk fıkrasına göre:

*“Yurt dışında doğmak ve ikamet etmek veya kanuni rüşt yaşından önce, ikamet etmek amacıyla yabancı bir ülkeye gitmek suretiyle bulunduğu ülke vatandaşlığını 38 yaşını*

<sup>110</sup> CAN, (2008). s. 302; GÖKSU, s. 46-47.

<sup>111</sup> GÖKSU, s. 48-49.

<sup>112</sup> CAN, Osman. “*Vicdani Ret, Anayasal Bir Hak mı?*”, (Erişim) <http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?Arsiv-TipID=1&ArsivAnaID=27466>, 17.09.2017.

<sup>113</sup> EMİNAĞAOĞLU, Ömer Faruk. “*Özgürlük ve Vatan Hizmeti*”, *Radikal*, 22.08.2017.

<sup>114</sup> ALTUNDIŞ, Mehmet. (2012). “*Avrupa Konseyi ve AİHM Kararlarına Göre Türk Hukukunda Vicdani Red Hakkı*”, *Yasama Dergisi*, S. 20, s. 170.

<sup>115</sup> 25.7.1993 tarih ve 21648 Sayılı Resmi Gazete.

*tamamladıkları yılın sonuna kadar kazananlardan, tabiiyetinde buldukları yabancı ülkede askerlik yaptığını belgeleyenler, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılırlar.”*

Maddenin ikinci fıkrasında ise, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlarına tanınmayan “*vicdani redci*” olma hakkı, çifte vatandaşlığı olanlara tanınmaktadır. Fıkraya göre:

*“Buldukları ülke mevzuatı gereği ihtiyaç fazlası oldukları veya inançları nedeniyle askerlik yapmak istemediklerinden sivil kurum ve kuruluşlarda hizmet yapmak suretiyle askerlik hizmetini tamamlayanlar da bu durumlarını belgelemek kaydıyla askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılırlar.”*

Bakanlar Kurulu Kararına göre; vicdani redcilik, sadece iki veya daha fazla ülke vatandaşlığı olanların için geçerli olduğu, iç hukukumuzda böyle düzenlemenin veya uygulamanın olmadığı ifadesinin hatalı olduğu belirtilmelidir<sup>116</sup>. Bu nedenle, çifte vatandaşlığı olanlara tanınan bu durum, Anayasa’nın 10. Maddesine aykırılık teşkil etmektedir. 21.06.1927 gün ve 1111 Sayılı Askerlik Kanunu’nun birinci maddesine göre<sup>117</sup>, “*Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmağa mecburdur.*” Görüleceği üzere, 1982 Anayasası’nca “*vatan hizmeti*” olarak ifade edilen, parlamentoya ikame görev için adeta “*yasal boşluk*” bırakan Anayasa’nın aksine alt bir norm olan ve üzerinden iki farklı anayasa gören çok sayıda Anayasa değişikliği olduğu halde yaklaşık bir asırlık Askerlik Kanunu, Türkiye’de askerliğin zorunlu olduğu hükmünü düzenlemektedir. Dolayısıyla, şayet 1111 Sayılı Askerlik Kanunu’nun değiştirilirse yaşanan büyük sorun çözülmüş olacaktır. Zorunlu askerlik görevini yapmamış binlerce vatandaş bu durumdan mağdurdur. Haklarında çeşitli davalar açılmakta ve bir kişi cezalandırılmaktadır. Devletin yaşanan mağduriyetlere çözüm bulması ise demokratik ülkeden beklenen bir davranıştır ve haktır<sup>118</sup>.

### c. Türkiye’de Zorunlu Askerlik Uygulaması Karşısında Çıkarılan Bedelli Askerlik

Türkiye’de bedelli askerlik; Osmanlı döneminden bugüne bazı dönemlerde zorunlu askerliğe alternatif olarak “süre kısalması karşılığı nakit bedel ödenmesi” şartıyla hayata geçirilmiştir. Bedelli askerliğin uygulanmasındaki esas gerekçeler; ordunun ve devletin maddi ihtiyaçları ile vatandaşların zorunlu askerlik nedeniyle işlerini kaybetmemeleri olarak temellendirilmiştir Osmanlı dönemindeki ücretli askerlik için düzenleme, Yeniçeri Ocağı’nın kapatılması sonrasında rastlamaktadır. “Bedel-i şahsi” olarak adlandırılan bu ilk bedelli askerlik uygulaması, vatandaşın zorunlu olan askerlik hizmetini yapmamak için hazineye bedel ödemesini şeklinde değil, ancak yerine ikame olarak bir başka vatandaşın asker olması biçiminde gerçekleşmiştir. Anılan yıllarda uzun bir süre olan (4-5 yıl) vatani görev için tebaa, kurayla belirlenmekteydi. Kurada adı çıkan yükümlü, yerine belli şartları taşıyan bir başkasını askere göndererek bu yükümlülükten kurtulmaktaydı. Bu şartlar ise şöyle belirlenmişti: Askerlik görevini bir başkası adına üstlenecek bir

<sup>116</sup> SEVİNÇ, s. 305.

<sup>117</sup> 12-17.7.1927 tarih 631-035 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>118</sup> SEVİNÇ, s. 306.

tebaa ise; genç, beyaz (siyah köleler kabul edilmiyordu), sağlıklı keza ruhsal sağlık sorunu olmayan, yüz kızartıcı suç işlememiş ve çevresinde kötü bir kişi olarak tanınmaması gerekiyordu<sup>119</sup>.

Osmanlı'da da bedel ödemek suretiyle zorunlu askerlik görevinden bağışık olunabilmekteydi. Şöyle ki 1870'de çıkarılan “*Tenkisat-ı Cedide-i Askeriyeye Tevfikân Tanzim olunan Kura Kanunname-i Hümayunu*” adlı dönemin kanunuyla, “*nakdi bedelli*” uygulaması ile bedelli askerlik sistemi başlamış oldu. Anılan Kanun'a göre, “*bedel-i şahsi*” ayarlayamayan (yani yerlerine ikame bir vatandaş bulamayanlar için), dönemin parasına göre bir bedel ödeyerek, 3 aylık bir askeri temel eğitim alanlar, uzun bir görev olan zorunlu askerlikten kurtulmuşlardı. Bu düzenleme/sistem, dönemsel değişikliklerle I. Ve II. Meşrutiyet yıllarında da sürmüştür<sup>120</sup>.

1111 Sayılı Askerlik Kanunu'na göre; ihtiyaç halinde ve gerekli şartların oluşması durumunda, temel askerlik görevini müteakip, yükümlülerin askerlik hizmetlerini kamu kurum ve kuruluşlarında yerine getirmesi veya bedel ödeyerek askerlik hizmetinden muaf tutulması mümkündür. Bedelli askerlik, Askerlik Kanunu'ndaki bu hükme istinaden, 3358, 3802 ve 4459 Sayılı kanuni düzenlemelerle Askerlik Kanunu'nun geçici 20, 33 ve 37'nci maddeleri çerçevesinde; Türkiye Cumhuriyeti'nin son 30 yıllık döneminde, farklı gerekçelerle 6 kez hayata geçirilmiştir. Bu dönemdeki ilk bedelli askerlik uygulaması 1987 yılında, dönemin başbakanı Turgut Özal tarafından uygulanmıştır<sup>121</sup>. Bedelli uygulaması, daha sonra 1992, 1999, 2011, 2014 ve 2018 yıllarında hayata geçirilmiştir. İlk beş bedelli uygulamasından toplam 398.731 kişi yararlanmıştır. Bedelli askerlik için bedellendirmeler, 1987, 1992 ve 1999<sup>122</sup> yıllarında döviz üzerinden yapılırken, 2011 ve 2014'te Türk lirası üzerinden yapılmıştır. Keza zorunlu askerlik görevinden bedeli ödeyerek muaf olmak her dönemde değişiklik göstermiştir. Hükümetler bedelli askerlik uygulaması esnasında çıkarılacak bedellinin gerekçesini ve elde edilecek gelirinde nerede kullanılacağını açıklamışlardır. Şöyle ki; 1987'de çıkarılan bedelli askerlik uygulamasında amacın “*biriken kaçak, saklı, bakaya konumundaki problemlili yükümlülerin eritilmesi*” olduğu açıklanmıştır. Bu dönemde, bedelli askerlikten toplam 18 bin 433 kişi yararlanmış ve toplamda 100 milyon Alman markı gelir elde edilmiştir. 1992 yılında yine “*biriken kaçak, saklı, bakaya konumundaki problemlili yükümlülerin eritilmesi*” amacıyla bedelli askerlik uygulanmıştır. Bu dönemde, bedelli askerlikten 35 bin 111 kişi yararlanmış ve toplamda 168 milyon Alman markı gelir elde edilmiştir. 1999 yılında ise, Marmara Depremi sonrası, “*sıkıntıya düşen ekonomiye katkı ve deprem mağduru vatandaşlara askerlik kolaylığı sağlama*” gerekçesiyle hayata geçirilen bedelli askerlikten 72 bin 290 kişi yararlanmış<sup>123</sup>.

2011 yılındaki bedelli askerlik, AK Parti İktidarı'nın ilk bedelli askerlik uygulamasıdır. Yine, “*biriken kaçak, saklı ve bakaya konumundaki problemlili yükümlülerin eritilmesi ve şehit-gazi ailelerine destek*” amacıyla çıkarıldığı açıklanan bedelli askerlik uygulamasından 70 bin 179 kişi

<sup>119</sup> “Geçmişten Günümüze Türkiye'nin Bedelli Askerlik Tarihi”, *CNN Türk*, 17.07.2018, (Erişim) <https://www.cnnturk.com/turkiye/gecmisten-gunumuze-turkiyenin-bedelli-askerlik-tarihi>, 17.10.2018.

<sup>120</sup> “Geçmişten Günümüze Türkiye'nin Bedelli Askerlik Tarihi”, E.T. 17.10.2018.

<sup>121</sup> “Geçmişten Günümüze Türkiye'nin Bedelli Askerlik Tarihi”, E.T. 17.10.2018.

<sup>122</sup> 1999'daki bedelli askerlik uygulamasındaki bedellendirmelerde farkı uygulama yapılmıştır. O dönemde 1.1 milyar mark gelir elde edildi.

<sup>123</sup> “Geçmişten Bugüne Bedelli Askerlik Tarihi”, *Sabah*, 02.12.2014. (Erişim), <https://www.sabah.com.tr/galeri/turkiye/gecmisten-bugune-bedelli-tarihi>, 19.10.2018.

yararlanmıştı. Bu dönemki bedelli askerlikten 2,2 milyar TL gelir elde edilmiştir. 2014 yılında, AK Parti İktidarı iktidar dönemlerinde, ikinci kez bedelli askerlik uygulamıştır. Amaç TSK'nın savunma teknolojisi ihtiyaçlarını gidermek ve yine; *“biriken, kaçak, saklı ve bakaya konumundaki problemlili yükümlülerin eritilmesi ve savunma sanayiine kaynak sağlamak”* olarak açıklanmıştır. Bu dönemde çıkarılan bedelli askerlikten 203 bin 905 kişi yararlanmış, bu uygulama ile devlet hazinesine toplamda 3 milyar 671 milyon 100 bin TL gelir elde edilmiştir. 2018 yılında yine AK Parti İktidarı, iktidar döneminde 3. kez bedelli askerlik uygulamıştır. Gerekçe olarak *“Ülkede son yıllarda yoklama kaçakları ile bakaya sayılarının gittikçe artması, bu konuda oluşan birikmenin önüne geçilmesine yönelik geniş toplum kesimlerinden talepler dile getirilmesi”* şeklinde açıklanmıştır. Yurt dışında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için ise; bedelli askerlik, yurt dışında 3 yıl veya daha fazla çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları bin Avro döviz ödemesi karşılığında zorunlu vatan hizmetini yerine getirmiş sayılmaları esasını benimsenmiştir. Uygulamanın eşitlik ilkesini ihlal edip etmediği tartışılabilir da Anayasa Mahkemesi tarafından bu durumun *“ihlal olmadığına”* karar verilmiştir<sup>124</sup>. Hiç kuşkusuz; 1111 sayılı Askerlik Kanunu'na göre bu durum yasaldir. Zira anılan Kanun'a göre; *“ihtiyaç halinde ve gerekli şartların oluşması durumunda, temel askerlik görevini müteakip, yükümlülerin askerlik hizmetlerini kamu kurum ve kuruluşlarında yerine getirmesi veya bedel ödeyerek askerlik hizmetinden muaf tutulması mümkün”* dır.

Özet olarak nüfus artışı ve Türkiye'de yaşanan bazı toplumsal değişim ve hareketlenmelerin de etkisiyle, Milli bir görevle ilgili olan bu yasanın, bazı noktalardan değiştirilmesi veya netleştirilmesi gerektiği ortadadır. Nitekim Türkiye'deki zorunlu askerlik yükümlüsü vatandaşların sayısı da her geçen artış göstermektedir. Aslında yükümlü asker sayısı ordu için beklentisinin ve ihtiyacın üstündedir. Şayet bu vatandaşların tamamının askere alınması, Devlet bütçesi açısından büyük ekonomik yüklerle de neden olmaktadır. Türkiye'de, askerlik dönemindeki erkek gençlerin bilgi birikiminden, teknik ve teknolojik donanımından faydalanılması kamu bütçesi ve ülke menfaati için yerinde olacaktır<sup>125</sup>. Türkiye, bu sayede mevcut genç insan gücünden en verimli şekilde yararlanabilecektir. Keza, Anayasa'nın 72. maddesinde, kenar başlığı da dâhil, yapılan değişiklik, bu gerekçeye dayanmakta ve devlete, *“vatan hizmet”ini, “askerlik”* veya *“başka kamu hizmetleri”* şeklinde yerine getirme imkânını ihtiyaca göre kullanma yetkisi açıkça verilmektedir<sup>126</sup>.

## SONUÇ

Türkiye'de vicdani redcilik, ahlaki ve vicdani gerekçelerle savaş karşıtlığı temelinde ele alınması gereken bir hareket, talep ve hak olmaktan çıkarak temel hak ve özgürlüklerin sorunsallaştırıldığı bir alan haline aldığı değerlendirilmektedir. Keza bu süreçte vicdani red, bir yurttaşlık hakkı temelinde ele alınmalıdır. 7 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ilan edilmiştir. Bu Şart, vicdani red hakkını açıkça düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün bir parçası olarak tanıyan ilk uluslararası insan hakları belgesidir. Anılan bu belge; *“vicdani reddin uygulanmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca”* vicdani reddi bir insan hakkı olarak görmektedir. Bu Şarta göre; vicdani reddi kabul etmeyen ya da ulusal yasalarınca suç kapsamında değerlendiren AB Üye Devletleri, Temel Haklar Sözleşmesi'ni ihlal etmiş kabul edileceği

<sup>124</sup> “Geçmişten Bugüne Bedelli Tarihi”, E.T. 19.10.2018

<sup>125</sup> EREN, s. 108.

<sup>126</sup> KUZU, Burhan. (1999). *Türk Anayasal Metinleri ve İlgili Mevzuat*, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 106.

benimsenmiştir. ABD ve Avrupa Konseyi üye devletlerinin tamamı (Türkiye haricinde) vicdani reddi, inanç özgürlüğü bağlamında ele almaktadır. Bu bakış açısında, uluslararası kurum ve kuruluşların etkin rolü yadsınamaz bir gerçektir.

Türkiye, bölgesel ve uluslararası hukuk rejimlerini kabul etmiş; insan haklarına saygılı ve demokratik bir ülkedir. Ancak Türkiye’de henüz vicdani red konusu gerektiği gibi tartışılmamış ve anlaşılammıştır. Bu bağlamda, Türkiye’de, vicdani reddin temel hak ve hürriyetlerin özgürlüğü açısından tesisi ve kazandırılması, bireysel hak anlamında da Türkiye’nin önünü açacağı düşünülmektedir. 1982 Anayasası’nın askerlik hizmetinin temelini oluşturan 72. maddesi ve gerekçesi değerlendirildiğinde, aslında Türkiye’de, zorunlu olan hizmetin vatan hizmeti olduğu, dolayısıyla zorunlu askerlik hizmetinin olmadığıdır. Bu çerçevede, sadece alternatif sivil hizmet düzenlemesiyle birlikte yaşanan sorunların çözülebileceği ve vicdani reddin bir hak olarak tanınmasının önünde anayasal bir engel bulunmadığı değerlendirilmektedir. 1982 Anayasası’nın bu açık hükmüne karşın, bazı yasalarda düzenlemeler yapılarak vatan hizmetinin ancak Silahlı Kuvvetlerde askerlik yapılarak yerine getirileceği hükmü, temel hakları daraltan bir düzenlemedir. Anılan bu tür kanunlar, uluslararası hukuk ile de çelişmektedir. O nedenle, bu durum, Türkiye’yi açmazla düşürmektedir. Şu hâlde temel hak ve özgürlükler bağlamında, uluslararası hukukça kabul edilen düzenlemeler, iç hukukumuzun parçası olarak normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde olan 1982 Anayasası’nın 90. maddesinin son fıkrası uygulanarak bu sorunlar çözülebilir. Dolayısıyla, vicdani reddi tanımayan yasalar yerine, AİHS ve MSHS’nin ve AİHM veya BM İnsan Hakları Komitesi’nin kararlarının esas alınması önem taşımaktadır. Vicdani reddin bir hak olarak düzenlendiği uluslararası hukuk normları incelendiğinde; İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi’nin (İHEB) düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ilgili 18. maddesi ve buna yakın düzenlemeleri içeren Medeni Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin (MSHUS) 18. maddesi, ayrıca; Afrika İnsan ve Halkları Hakları Şartı (AİHHŞ) m. 8, İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi (İHAS) m. 12 ve belki de en önemlisi; AİHS’nin 9. maddesindeki düzenlemeler öne çıkmaktadır.

AİHS’ye taraf olan ve vicdani reddi iç hukuklarında tanımayan devletler, AİHM’nin Bayatyan/Ermenistan Kararı sonrası vicdani redle ilgili iç hukuklarında gerekli değişiklikleri yaparak vicdani reddi bir hak olarak tanımışlardır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vicdan red konusunda Türkiye aleyhine dört temel nedenle bazı kararlar vermiştir: Bunlar; vicdani reddin henüz yasalarda düzenlenmemiş olması, vicdani redçiler için alternatif hizmet seçeneği sunulmamış olması, vicdani red kriterinin tespiti için Türkiye’de herhangi bir organın olmayışı ve son olarak vicdani redçilerin aynı konudan birden çok adli soruşturmalara/kovuşturmalara maruz bırakılarak cezaya mahkûm edilmeleridir.

Son tahlilde; vicdani red, ilk olarak, pozitif hukukta düzenlenmelidir. Veyahut en azından profesyonel orduya geçilerek zorunlu askerlik uygulamasına son verilmelidir. Bu kapsamdaki normun uluslararası standartlardan uzak olmaması gerekmektedir. Vicdani redde ilişkin olası yasal düzenleme suiistimali önleyici fakat mağduriyetleri de giderici nitelikte ve ölçüde olması gerekir.



## KAYNAKÇA

- AJANGİZ, Rafael. *Conscientious Objection in Spain*, (Erişim) zentralstelle-kdv.de/z.php?ID=235, 29.05.2017.
- ALTUNDİŞ, Mehmet. “Avrupa Konseyi ve AİHM Kararlarına Göre Türk Hukukunda Vicdani Red Hakkı”, *Yasama Dergisi*, S. 20, 2012, s. 143-174.
- ALTINAY, Ayşe Gül/ TANIL, Bora. “Ordu, Militarizm ve Milliyetçilik”, *Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce: Milliyetçilik (iç.)*, C. 4, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2003, s. 140-154.
- ANAYURT, Ömer. “Avrupa’da Vicdani Ret Sorunu: İstemden Normatif Düzleme”, *Mülkiye Dergisi*, C. 31, S. 254, 2007, s.164-168.
- ASLAN, Orhan. (2008). *Sivil İtaatsizlik Bağlamında Vicdani Ret Türkiye Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- AYDIN, Suavi. (2008). “Toplumun Militarizasyonu: Zorunlu Askerlik Sisteminin ve Ulusal Orduların Yurttaş Yaratmadaki Rolü”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Üsterci Coşkun, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 25-49.
- Avrupa Komisyonu, (14 Kasım 2009), “2009 Türkiye Düzenli İlerleme Raporu”, SEC (2009) 1334/3, S. 10 ve Avrupa Komisyonu, (9 Kasım 2010), “2010 Türkiye Düzenli İlerleme Raporu”, SEC (2010) 1327, S. 24.
- BRÖCKLING, Ulrich. (2008). “Çarklardaki Kum? 21. Yüzyılın Başında Vicdani Ret”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 69-79.
- BOZATAY, Şeniz Anbarlı. “Türkiye’de Vicdani Ret Tartışmalarının Toplumsal ve Hukuki Boyutları”, *ÇKÜİBFD*, C. 1, S. 1, Güz 2011, s. 151-172.
- CAN, Osman. (2008). “Vicdani Red ve Anayasa”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 291-313.
- CAN, Osman. “Vicdani Ret, Anayasal Bir Hak mı?”, (Erişim) <http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?Arsiv-TipID=1&ArsivAnaID=27466>, 17.09.2017.
- CANKUR, A. Serra. (2009). *Demokratikleşme Sürecinde Vicdani Red: Türkiye Örneği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- CİNİSLİ, Meral Güler. *Vicdani Retçiliğin Tarihsel Gelişim Süreci*, (Erişim) <http://www.savaskarsitlari.org>, 15.09.2015.

- ÇETİN, Nagihan. (2018). “Türk Töresinde Askerliğin Yeri ve Türkiye’de Askerliğe Bakış Açısında Meydana Gelen Değişmeler”, *Haliç Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.1: s. 161-175.
- ÇINAR, Özgür Heval. (2014). *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Red Ve Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- ÇINAR, Özgür Heval. (2008). “Avrupa Konseyi Ülkelerinden Vicdani Red Hakkına Genel Bir Bakış”, der. Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci), *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimleri çinde*, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 235-247.
- ÇINAR, Özgür Heval. (2007). “Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Vicdani Ret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, s. 94-108.
- EREN, Abdurrahman. (2006). “Türk Hukukunda Vicdani Red”, *AÜSBFD*, S. 61/3.
- EMİNAĞAOĞLU, Ömer Faruk. “Özgürlük ve Vatan Hizmeti”, *Radikal*, 22.08.2005.
- ESMER, Barış. (2012). *Türkiye’de ve Dünyada Vicdani Ret*, Propaganda Yayınları, İstanbul.
- GÜRÇAN, Ertuğrul Cenk. (2007). “Zorunlu Askerlik Hizmeti Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı (mı)?”, *AÜSBFD*, S. 62, Ankara.
- GÜLER, Esmeray/ MERAL, Bekir Fatih. Nail Anıl Cinisli, *Vicdani Retçiliğin Tarihsel Gelişim Süreci*, (Erişim) <http://www.savaskarsitlari.org>, 15.09.2015.
- GÖKSU Ranâ. (2017). Yargılanan Vicdanî Ret Hakkı, *TBB Dergisi*, S. 129, s. 37-62.
- KAFKASLI, Zehra. (2006). “Her Şey Vatan İçin (!)”, *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 3, Mart
- KARDAŞ, Ümit. (2006). “Modern Devlet, Ordu ve Vicdani Ret İtirazı”, *Birikim Dergisi*, S. 207, S. 36-41.
- KASIMOĞLU, Alper. “Türk Hukuku’nda ve Mukayeseli Hukukta Vicdani Ret”, *Yalova Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 6, Nisan- Ekim 2013.
- KAYA, Ersin “Vicdani Ret Uygulaması ve Türkiye”, *Stratejik Araştırmalar Dergisi*, Eylül 2006, s. 35-43.
- KIRIT, Emrah/ GÜNEL, Reşat Volkan. (2006). *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Vicdani Ret*, Marmara Üniversitesi Yayınları.
- KIVRIKOĞLU, Hüseyin. “Sunuş”, *2000’li Yıllara Girerken Türk Ordusu (iç.)*, der., Mehmet Özel, Ankara Ticaret Odası ve T.C. Kültür Bakanlığı, Ankara.
- KUZU, Burhan. (1999). *Türk Anayasal Metinleri ve İlgili Mevzuat*, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- LOCKE, Jonh. (1976). *A Letter Concerning Toleration*, J. Brook, Huddersfield, England.

- MAJOR, Marie France. (1992). “Conscientious Objection and International Law: A Human Right?”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 24.
- MERTON, Thomas, (2001). *Gandhi ve Şiddet Dışı Direniş*, çev. Seda Çiftçi, Kaknüs Yayınları, İstanbul.
- MIZRAK, Dilan. (2008). *Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- MOSKOS, C. Charles/CHAMBERS, Whiteclay John. *The Secularization of Conscience*, The New Conscientious Objection: From Sacred to Secular Resistance, New York: Oxford University Press, 1993.
- PARLA, Taha. (2008). “Vicdani Reddin Felsefi Gerekçeleri”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul.
- PARLA, Taha. “Vicdani Red”, *Radikal* 2, 30 Ekim 2005, (Erişim) [http://www.radikal.com.tr/ek\\_haber.php?ek=r2&haberno=5211](http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=5211), 11.08.2017.
- TOKER, Nilgün. (2008). “Vicdani Red, Sivil İtaatsizlik ve Antimilitarizm: İtaat Etmeme ve Direnme”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Y., İstanbul, s. 79-95.
- TOK, Hıdır. (2009). *Bir Eylem ve Toplumsal Hareket Yöntemi Olarak Anti Militarizm ve Vicdani Red*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- SEMİZ, Yasemin. (2010). *Türk Hukuku’nda ve Karşılaştırmalı Hukukta Vicdani Ret*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- SEVİNÇ, Murat. “Türkiye’de ve Batı Demokrasilerinde Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği”, *AÜSBFD*, S. 61/1, Ocak-Mart 2006, Ankara, s. 297-322.
- SPECK, Andres. “Dünyada Çağdaş Red ve Red Hareketlerinin Ana Hatları: Savaş Karşıtı Uluslararası Hareket İçinde Red”, *Birikim Dergisi*, S. 207, Temmuz 2006, s. 42-55.
- UZUN, Begüm. “Türkiye’de Vicdani Ret (1)?”, (3.8.2006), (Erişim) <http://www.savaskarsitleri.org/arsiv.asp>, 08.09.2015.
- ÜÇPINAR, Hülya. (2008). “Türkiye’de Vicdani Reddin Suç ve Ceza Konusu Olması ve Sonuçları”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 313-337.
- ÜSTERCİ, Coşkun. (2008). Uğur Yorulmaz, “Türkiye’de Vicdani Red”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red, Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 217-237.

ZÜRCHER, Erik Jan. (2008). “Hizmet Etmeyi Başka Biçimlerde Reddetmek: Osmanlı İmparatorluğu’nun Son Dönemlerinde Asker Kaçakçılığı”, *Çarklardaki Kum: Vicdani Red Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler (iç.)*, der., Özgür Heval Çınar, Coşkun Üsterci, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 59-69.

ZÜRCHER, Erik Jan. (2003). *Devletin Silahlanması: Ortadoğu’da ve Orta Asya’da Zorunlu Askerlik (1775-1925)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.

ZÜRCHER, Erik Jan. (1998). “The Ottoman Conscription System 1844-1914”, *International Review of Social History*, Vol. 43, No. 3, pp. 437-449.

“Geçmişten günümüze Türkiye’nin bedelli askerlik tarihi”, *CNN Türk*, 17.07.2018, (Erişim) <https://www.cnnturk.com/turkiye/gecmisten-gunumuze-turkiyenin-bedelli-askerlik-tarihi>, 17.10.2018.

“Geçmişten Bugüne Bedelli Tarihi”, *Sabah*, 02.12.2014. (Erişim) <https://www.sabah.com.tr/galeri/turkiye/gecmisten-bugune-bedelli-tarihi>, 19.10.2018.

## CEZA MAHKEMESİ KARARLARINDA MEŞRU SAVUNMA VE ZORUNLULUK HÂLİNİN HUKUK MAHKEMESİ KARARLARINA ETKİSİ<sup>#</sup>

Özge Ceren YAVUZ<sup>\*</sup>

### Özet

Kişiler, hukuka aykırı fiillerinden sorumludur. Hukuka aykırı fiil, borçlar hukuku bağlamında tazminat sorumluluğu gerektiren haksız fiilin unsurlarından biridir. Ceza hukuku bağlamında ise suçun unsurlarından biri hukuka aykırılık olmaktadır. Bu itibarla hukuka aykırı fiiller, diğer gerekli unsurları da taşıdığı takdirde, ceza hukukunda suç, borçlar hukukunda ise haksız fiil teşkil edebilmektedir. Ancak fiili hukuka uygun kılan nedenlerin varlığı halinde, kişi bundan sorumlu tutulmamaktadır. Hukuka uygunluk nedenleri ise hukuk düzeninin bütününden kaynaklanabilmektedir. Öte yandan, hukuka aykırı fiil işleyen kişilerin kusuru da sorumluluk bağlamında önem arz etmektedir.

Haksız fiil ve/veya suç teşkil eden fiili işleyen kişinin ceza ve hukuk mahkemeleri aracılığıyla sorumluluğuna gidildiği hâllerde ceza mahkemesinin vermiş olduğu kararın hukuk mahkemesine etkisi konusunda Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi gündeme gelmektedir. Bu çalışmada, bir fiile ilişkin olarak ceza mahkemesinin vermiş olduğu kararın hukuk mahkemesine ne şekilde etki edeceği meşru savunma ve zorunluluk hâlleri özelinde değerlendirilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Meşru Savunma, Zorunluluk Hâli, Ceza Mahkemesi, Hukuk Mahkemesi, Sorumluluk

## EFFECTS OF CRIMINAL COURTS' DECISIONS ON SELF-DEFENSE AND NECESSITY ON CIVIL COURTS' DECISIONS

### Abstract

Individuals are liable from their unlawful acts. Within the scope of law of obligation, unlawful act is one of the elements of tort that requires compensation. Unlawfulness is, also, one of the elements of crime within the scope of penal law. Because of that, unlawful acts may constitute crime in penal law and tort in law of obligations. However, individuals are not liable from their acts in the presence of the justification. On the other hand, fault is also a key element for the liability of individuals who contradicts against law.

<sup>#</sup> **Yayın Kuruluna Geliş Tarihi:** 24.11.2018

**Kabul Tarihi:** 25.12.2018

<sup>\*</sup> Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ocyavuz@konya.edu.tr,  
ORCID ID: 0000-0002-0139-3999

Article 74 of Turkish Code of Obligations will be applied in the case criminal court decisions affect civil court decisions when the individual whose act constitutes tort and/or crime . In this article, how criminal courts decision about an act, affects civil courts decision will be discussed especially in the scope of self-defense and necessity.

**Keywords:** Self-defense, Necessity, Criminal Court, Civil Court, Liability

## GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu(TCK)'nun 25. maddesinde meşru savunma ve zorunluluk hâline birlikte yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, birinci fıkrada bir hukuka uygunluk nedeni olarak meşru savunma düzenlenirken ikinci fıkrada ise kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak zorunluluk (zaruret, ıztırar) hâli düzenlenmiştir. Buna göre, meşru savunma ve zorunluluk hâlinde işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmeyeceği öngörülmüştür. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK)'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendi, isnat edilen suçun sanık tarafından işlenmesine karşın olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde sanık hakkında beraat kararı verileceğine hükmetmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendi, isnat edilen suçun zorunluluk hâli etkisiyle işlenmesi hâlinde sanık hakkında, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceğini düzenlemektedir. Bu itibarla ceza hukukunda, meşru savunma bir hukuka uygunluk nedeni ve zorunluluk hâli ise kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak telakki edilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu(TBK)'nun “Hukuka aykırılığı kaldıran hâller” başlıklı 63. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise zarar verenin fiilinin haklı savunma vasfında olması ve zorunluluk hâllerinde fiil hukuka aykırı sayılmamaktadır. Ayrıca TBK'nın 64. maddesinin birinci fıkrası uyarınca haklı savunmada bulunan kişi saldıranın şahsına veya mallarına vermiş olduğu zarardan sorumlu tutulamamaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise bir kişinin açık veya yakın bir zarar tehlikesinden kendisini ya da başkasını korumak için üçüncü kişinin mallarına zarar vermesi hâlinde, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkimin hakkaniyete göre belirleyeceği öngörülmektedir.

Görüldüğü üzere, ceza hukuku ve borçlar hukuku mevzuatlarında meşru savunma ve zorunluluk hâllerine ilişkin birtakım terminolojik farklılıklar bulunmaktadır. TCK'da hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenen “meşru savunma”, TBK'da “haklı savunma” olarak düzenlenmiş ve “hukuka aykırılığı kaldıran hâller”den sayılmıştır. Zorunluluk hâli ise, TCK'da “kusurluluğu ortadan kaldıran bir hâl” olarak düzenlenmiş ve zorunluluk hâlinde suç işleyen kişinin fiili suç sayılmaya devam edilerek bu fiil hukuka uygun görülmemiştir. Fakat içinde bulunulan zorunluluk hâli dolayısıyla kişinin irade yeteneğinin etkilendiğinden yola çıkılarak mazur görülmesi neticesinde hakkında cezaya hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu itibarla ceza hukukunda kusurluluk bağlamında, zorunluluk hâlinde kişinin algılama yeteneğinde bir etki meydana gelmese de irade yeteneğinin etkilendiğinden dolayı kişi kusursuz addedilmekte ve zorunluluk hâli, ceza hukukunda bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülmemektedir<sup>1</sup>. Buna karşın TBK'da ise

<sup>1</sup> Zorunluluk hâlinin hukuki niteliği hakkında doktrinde ileri sürülen görüşlere yeri geldiğinde değinilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulu(CGK.), 2012/8-1551 Esas(E.) 2013/64 Karar(K.)

zorunluluk hali, “hukuka aykırılığı kaldıran hâller”den sayılmıştır. Ancak fiil, hukuka uygun olsa da TBK m. 64/2 ile tazminat sorumluluğu kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere TCK ve TBK’da kullanılan terminoloji aynı değildir ve bu durum kanunların yazım tekniklerindeki farklılıktan ileri gelmektedir. Örnek olarak, TBK’da “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller” ifadesine yer verilmiş olsa da, bu ifade için doktrinde “hukuka uygunluk nedenleri” kavramını kullanan yazarlar da bulunmaktadır<sup>2</sup>. Bu itibarla şunu söylemek gerekir ki, aslında aynı anlamı karşılayan kavramlar farklı terimlerle ifade edilebilmektedir. Buna mukabil, bu iki kanunda kullanılan aynı terimlerin muhtevası farklı da olabilmektedir. Örnek olarak, “kusur” kavramını ele almak gerekirse ceza hukukunda sübjektif kusur kavramı geçerli iken sorumluluk hukukunda objektif kusur kavramı geçerlidir<sup>3</sup>. Bu sebeple çalışmada, terimler arasındaki ilişkiyi ortaya koymak adına onların kavramsal açıklamalarını karşılaştırarak bir inceleme yapılacaktır. Sonrasında, ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesi kararlarına etkisinin incelenmesi suretiyle, ceza mahkemesi hâkiminin verdiği meşru savunma ve zorunluluk hâlinin tespitini içeren kararların hukuk mahkemesi hâkimini bağlayıp bağlamadığı sorunu ele alınacaktır.

Ceza mahkemesi kararlarının, hukuk mahkemesi hâkimini bağlayıp bağlamadığı, bağlıyorsa ne şekilde bağladığının belirlenmesi açısından TBK’nın 74. maddesi hükmü bir düzenleme içermektedir. Bu maddenin ilk fıkrası, hukuk mahkemesi hâkiminin, zarar verenin kusurunun bulunup bulunmadığı, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle ve ceza mahkemesi hâkiminin verdiği beraat kararıyla bağlı olmadığını belirtmiştir. Keza aynı maddenin sonraki fıkrası ise, ceza mahkemesi hâkiminin kusurun değerlendirilmesi ve zararın belirlenmesine ilişkin kararlarının da hukuk mahkemesi hâkimini bağlamayacağını ifade etmiştir. Bu düzenleme, doktrinde bir görüşe göre hukuk hâkiminin, ceza hukuku kurallarıyla ve ceza hâkiminin kararlarıyla bağlı olmadığı yönünde değerlendirilmektedir<sup>4</sup>. Bir görüşe göre de, bağımsızlık prensibini öngören 74. madde, mutlak değil

---

sayılı 19.2.2013 tarihli kararında şu açıklamalarda bulunarak zorunluluk hâlini kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak nitelendirmiştir:

*“...zorunluluk hali 765 sayılı TCK’nda bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte iken, 5237 sayılı TCK’nda kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden olarak sayılmış olup, dolayısıyla 5237 sayılı TCK uygulamasında, zorunluluk halinde suç işleyen kişi hakkında ‘beraat’ değil, TCK’nun 25/2. maddesi uyarınca ‘ceza verilmesine yer olmadığı’ kararı verilmelidir. Bu husus, 5271 sayılı CMK’nun 223/3-b maddesinden de açıkça anlaşılmaktadır...”*

Kanaatimizce de, TCK’nın 25. maddesinin gerekçesi ile CMK’nın 223. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi hükmü karşısında zorunluluk hâlini “kusurluluğu ortadan kaldıran bir neden” olarak değerlendirmek gerekmektedir.

<sup>2</sup> Bkz. EREN, Fikret. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Ankara, s. 627.

<sup>3</sup> EREN, s. 853.

<sup>4</sup> Eren, söz konusu düzenlemede her ne kadar sadece beraat kararı zikredilmiş olsa da mahkûmiyet kararlarında da hukuk mahkemesi hâkiminin bu kararla bağlı olmadığı ve haksız fiilin tüm unsurlarını sorumluluk hukuku açısından yeniden inceleyebileceği görüşündedir. Ancak aynı zamanda hukuk mahkemesi hâkiminin, ceza mahkemesi kararından ayrılmak istediği zaman bunu gerekçelerini göstermek zorunda olduğunu, aksi takdirde gerekçesiz ayrılmanın usul hukuku yönünden bozma sebebi sayılacağını da belirtmiştir, EREN, s. 852.

nispî bir nitelik taşımaktadır<sup>5</sup>. Buna benzer şekilde, ceza ve hukuk davaları konu, taraf, amaç, ispat aracı ve uygulanan yargılama usulü itibarıyla farklı olduğu için kural olarak ceza ve hukuk mahkemesi kararlarının birbirini bağlayıcı nitelikte olmadığı ifade edilmiştir<sup>6</sup>. Bu kuralın çeşitli istisnaları mevcuttur. Ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemelerinde kesin hüküm ve/veya kesin delil teşkil edebilmektedir. İşte ceza mahkemesi kararlarında meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde verilecek beraat (CMK m. 223/2-d) ve zorunluluk hâlinin varlığı dolayısıyla verilecek kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı (CMK m. 223/3-b) kararlarının, bağımsızlık prensibini öngören TBK m. 74 karşısında hukuk mahkemesinde görülen haksız fiilden doğan tazminat davalarında ne şekilde etkili olacağına ortaya konulması, bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır.

## **I. Meşru Savunma Kavramı ve Ceza Mahkemesi Kararlarında Meşru Savunmanın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi**

### **A. Ceza Hukukunda Meşru Savunma Ve Borçlar Hukukundaki Karşılığı**

Meşru savunmanın düzenlendiği TCK m. 25/1'e göre, *gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez. Ceza hukukunda meşru savunma, söz konusu maddenin gerekçesinde de vurgulandığı üzere, mahiyeti itibarıyla bir hukuka uygunluk nedenidir. Meşru savunmada bulunan kişinin fiili, meşru addedilerek hukuka uygun görüldüğü için haksızlık oluşturmamaktadır. TCK'daki tanımından yola çıkarak bir fiilin meşru savunma olarak kabul edilebilmesi için birtakım şartları gerçekleştirilmesi gerektiği görülmektedir.*

İlk olarak, meşru savunmadan bahsedebilmek için bir saldırının mevcudiyeti veya bir saldırının gerçekleşmesi ya da tekrarının kesin olması gereklidir. Bunun yanında, saldırının sahip olması gereken birtakım nitelikler de bulunmaktadır. Saldırı, insan davranışından kaynaklanan objektif olarak haksız bir saldırı olmalıdır, diğer bir ifadeyle hukuk düzeni tarafından tasvip edilmeyen bir saldırı olmalıdır. Saldırının haksız olması gerektiğinin madde metninde ayrıca vurgulandığı görülmektedir. Bu durumun, meşru savunmada bulunan kişinin amacı açısından önemli olduğu ifade edilmektedir; meşru savunmada bulunan kişi saldırının haksız olduğunun bilincinde olmalı ve savunma hareketlerini saldırıyı defetmek amacıyla gerçekleştirmelidir<sup>7</sup>. Ayrıca saldırı, meşru savunmada bulunana veya başkasına ait bir hakka yönelmiş olmalıdır. Saldırının yönelik olduğu hak herhangi bir hak olabilir, TCK'da bu açıdan herhangi bir sınırlama söz konusu olmamaktadır. Nitekim TCK m. 25'in gerekçesinde de meşru savunma kurumunun, sosyal gereklere aykırı düşecek derecede ve anlamsızca dar tutulmasının önüne geçilmek istenildiği

<sup>5</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeni Borçlar Kanunu'na Göre Genişletilmiş 20. Bası, Ankara, s.466; KAPANCI, Kadir Berk, "Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, Yıl: 2016, s. 516.

<sup>6</sup> KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder. (2014). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.669.

<sup>7</sup> ÖZGENÇ, İzzet. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2. Bası, Ankara (2005), s. 371.



belirtilerek her türlü hakka yönelik haksız saldırılara karşı meşru savunmanın kabul edildiği ifade edilmiştir.

765 sayılı Eski TCK'nın meşru savunmayı genel olarak düzenleyen 49. maddesinin<sup>8</sup> ikinci bendinde malvarlığına yönelik saldırılar açısından meşru savunma kabul edilmemişti<sup>9</sup>. Eski TCK'da, "nefse" veya "ırza" yönelik saldırılara karşı meşru savunma kabul edilmişti; ancak hem doktrinde<sup>10</sup> hem de Yargıtay uygulamalarında "nefis" ve "ırz" ifadeleri geniş yorumlanarak kişilik haklarına yönelik bütün saldırılara karşı meşru savunma kabul edilmekteydi<sup>11</sup>. Bunun yanında, meşru savunma açısından özel bir düzenleme olan Eski TCK m. 461'de<sup>12</sup> malvarlığına karşı saldırılar açısından meşru savunma belli şartlar altında kabul edilmişti. Bu itibarla, 5237 sayılı

<sup>8</sup> 765 sayılı Eski TCK'nın 49. maddesi hükmü şu şekilde idi:  
"Madde 49 - 1- Kanunun bir hükmünü veya salahiyettar bir merciden verilip infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle,  
2 - Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filihal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle,  
3 - Gerek nefisini ve gerek başkasını vukuuna bilerek mahal vermediği ve başka türlü tahaffüz imkanında olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeden muhafaza etmek zaruretinin bais olduğu mecburiyetle, işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilemez.  
Bir numaralı bentte gösterilen halde merciinden sadır olan emir hilafı kanun olduğu takdirde neticesinden hasil olan cürme müterettip ceza emri veren amire hükmolunur."

<sup>9</sup> ÖZGENÇ(2005), s. 373.

<sup>10</sup> Bu görüşteki yazarlardan DÖNMEZER/ERMAN, bu iki ifadenin dar şekilde yorumlanması hâlinde hayata, vücut bütünlüğüne ve cinsel ilişki şeklindeki ırza yönelik saldırılar açısından meşru savunmanın kabul edileceği ve bu hâllerin dışında kalan saldırıları uzaklaştırma hakkının tanınmayacağı sonucunun doğacağını belirterek "nefis" ve "ırz" ifadelerinin geniş anlamda yorumlanması zorunluluğunun bulunduğunu ifade etmiştir; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir. (1994). *Nazarî Ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt: II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul, no. 805, s. 111.

<sup>11</sup> ÖZGENÇ(2005), s. 372-373.

<sup>12</sup> 765 sayılı Eski TCK'nın 461. madde hükmü şu şekilde idi:  
"Madde 461 - Yukarıdaki iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:

1 - 495, 496, 497, 499 uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbu garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek,

2 - Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müstemilatına merdiven kurup çıkanları veya duvarını delenleri veya kapısını kiranları veyahut işbu mebani ve müstemilatına ateş koyanları; - bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müstemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartlarıyla - içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve hafvi ciddi mevcut olduğu takdirde defetmekdir.

Ancak bu maddenin bir numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaada ifrada gidilmiş ve hane ve sükna müstemilatına merdiven kırmak, kapı kırmak, duvar delmek fiillerinin faillerini defî için iki numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış olduğu halde asıl fiille mürettep ceza, ağır hapis hapse tahvil olunmak üzere üçte birden yarısına kadar indirilir."

Söz konusu madde hükmü "özel hukuka uygunluk sebebi" olarak nitelendirilmekte idi:

Yargıtay CGK., 23.11.1999, 1-271/287: "...Süreklilik gösteren Yargısal kararlar ile öğretide de belirtildiği gibi TCY.nin 461. maddesinde özel hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. Anılan madde iki ayrı hukuka uygunluk sebebinin içermektedir. Bunlardan birincisi yağma ve adam kaldırma fiillerine karşı yapılan yasal savunma diğeri ise içerde oturan bir binaya belirli şekillerde yapılan saldırılara karşı başvuru yasal savunmadır..."

TCK’da meşru savunmanın uygulama alanının genişletildiği görülmekte ve bunun doktrinde yerinde bir düzenleme olarak karşılandığı ifade edilmektedir<sup>13</sup>.

İkinci olarak, meşru savunmadan bahsedebilmek için, saldırıya karşı yapılan savunmanın TCK m.25/1’de öngörülen sınırlar dâhilinde yapılmış olması gerekmektedir. Yapılan savunmanın tehlikeyi defetmek için zorunlu olması ve saldırı ile orantılı olması şarttır. Savunma sadece saldırıyı uzaklaştırmak amacıyla ve saldırana karşı yapıldığında, diğer bir ifadeyle yalnızca saldırının hakkını ihlal ettiği meşru bir savunma olmakta ve hukuka uygunluk niteliği taşımaktadır<sup>14</sup>.

Borçlar hukukunda ise, meşru savunma yine bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak TBK “haklı savunma” ifadesini kullanmaktadır. Hâl böyle olsa da, aslında ifade edilen TCK’daki meşru savunmadan farklı değildir. TBK m. 64/1’e göre *haklı savunmada bulunan, saldırının şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz*. Meşru savunmada bulunanın fiili, hukuka aykırı olma niteliği taşımadığı için meşru savunma hâlinde verilen zarar tazmin edilememektir.

818 sayılı Eski Borçlar Kanunu m. 52/1’de de benzer şekilde “*Meşru müdafaa hâlinde mütecavizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez.*” hükmü yer almaktaydı. Ayrıca doktrinde, meşru savunmadan bahsedebilmek için kişinin şahsına veya malına karşı bir saldırı olması, bu saldırının savunma yapıldığı anda var olması ve hukuka aykırı olması, saldırının şahsına veya malına karşı bir savunmanın yapılması, savunmanın saldırı ile ölçülü olması ve uygun araçlarla yapılması şartları aranmaktaydı<sup>15</sup>.

TBK’da “haklı savunma” hâlinde verilen zarardan savunmada bulunanın sorumlu tutulamayacağı hükme bağlanmış olsa da “haklı savunma”nın tanımı yapılmamıştır. Doktrinde yapılan tanımına göre, kişinin, gerek kendisinin gerekse başkasının kişiliğine veya malvarlığına yönelik gerçekleştirilen hukuka aykırı ve mevcut bir saldırıyı defetmek amacıyla, saldırıda bulunana karşı saldırıda bulunması, haklı savunma olarak ifade edilmiştir<sup>16</sup>. Bir fiilin, “haklı savunma” olarak kabul edilebilmesi için; savunanın veya üçüncü bir kişinin malına veya şahsına yönelik bir saldırının olması ya da bir saldırının hemen başlamak üzere bulunması, saldırının hukuka aykırı olması, savunma yapılırken saldırının devam ediyor olması, savunmanın saldırana karşı yapılması, saldırının onunla orantılı bir savunma ile ortadan kaldırılması ve savunmanın saldırıyı önleme amacıyla sınırlı kalması şartlarının gerçekleşmesi aranmaktadır<sup>17</sup>. Bu itibarla, meşru savunmaya verilen anlam açısından ceza hukuku ile borçlar hukuku disiplinleri arasında yürürlükteki mevzuatlarımız bağlamında bir farklılık bulunmadığı söylenebilmektedir.

<sup>13</sup> DEMİRBAŞ, Timur. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara, s. 295.

<sup>14</sup> KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan. (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, 2017, s. 280.

<sup>15</sup> BAŞTUĞ, İrfan. (1984). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Manisa, s. 242.

<sup>16</sup> VON TUHR/PETER, §46, IV, 5, s. 421’den nakleden OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 13. Bası, Cilt: II, İstanbul, no. 81, s. 28.

<sup>17</sup> Bu konuda bkz. REİSOĞLU, Sefa. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, İstanbul; ANTALYA, O. Gökhan. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: I, 1. Baskı, İstanbul, s. 444-445; KILIÇOĞLU, s. 280-281.

Meşru savunmayı genel olarak ele alan 765 sayılı Eski TCK'nın 49. maddesinin ikinci bendi hükmünde malvarlığına yönelik saldırılara karşı meşru savunmanın kabul edilmemiş olması, iki disiplin arasında bir farklılık teşkil etmekteydi. Nitekim malvarlığına yönelik saldırıları defetmek amacıyla gerçekleştirilen fiillerin, TCK'da meşru savunma olarak kabul edilip edilmemesinin bir sorun olarak gündeme geldiği ifade edilmiştir<sup>18</sup>. Ancak sonuç itibarıyla, 5237 sayılı Yeni TCK'da meşru savunmanın gerçekleşmesi için saldırının yönelik olduğu hakka ilişkin bir sınırlama yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu açıdan bir sorun kalmamaktadır. Bu bağlamda hem ceza hukuku anlamında hem de borçlar hukuku anlamında, malvarlığına yönelik saldırılarda da, tıpkı herhangi bir hakka yönelen diğer saldırılarda olduğu gibi, meşru savunma söz konusu olabilmektedir ve bu durumlarda gerçekleştirilen fiil hukuka uygun kabul edilerek meşru savunmada bulunan sorumlu tutulamamaktadır.

Sonuç itibarıyla, meşru savunmada bulunanın fiili, hukuk düzeni tarafından tasvip edilerek meşru kabul edilmektedir ve cezai sorumluluk gerektirmemektedir. Aynı zamanda, meşru savunmada bulunan kişi, TBK'nın. 63. ve 64. maddeleri gereği, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamamaktadır. Nitekim bir fiilin hukuka uygun kabul edilmesi onun hukuk düzeni tarafından tasvip edildiğini ortaya koymaktadır ve böyle bir fiile bağlı olarak başka bir hukuk dalında sorumluluk kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Zira hukuka aykırılık, fiil ile bütün hukuk düzeni arasındaki çelişkiyi ifade etmekte ve dolayısıyla bir fiilin hukuka aykırılığı o fiilin bütün hukuk sistemine aykırı olduğu anlamına gelmektedir<sup>19</sup>.

## **B. Ceza Mahkemesi Kararlarında Meşru Savunmanın Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi**

Kanuni tipte öngörülen suçun unsurları maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsurlarından oluşmaktadır. Meşru savunmanın varlığı nedeniyle savunmada bulunan kişinin fiili hukuka uygun hâle gelmekte ve suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmemektedir. Dolayısıyla savunmada bulunan kişinin fiili, unsurları tamamlanmadığı için suç teşkil etmemektedir. CMK m. 223/2-d, bu kişi hakkında, isnat edilen fiilin kendisi tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması sebebiyle beraat kararı verileceğine hükmetmektedir.

Ceza mahkemesi kararının konusu olan fiille ilgili olarak, hukuk mahkemesinde haksız fiilden doğan tazminat sorumluluğuna yönelik dava açılmış olabilir. Meşru savunmanın varlığı hâlinde, ceza mahkemesinin CMK'nın 223. maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendine dayanarak vermiş olduğu beraat kararının hukuk mahkemesinde açılmış olan bu davaya ne şekilde etki edeceğinin incelenmesi için haksız fiilin unsurlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu şekilde yapacağımız değerlendirmede hukuk mahkemesi hâkiminin haksız fiilin unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir ederken, ceza mahkemesi hâkiminin olayda meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin bulunması nedeniyle verdiği beraat kararıyla ne şekilde ve ne kadar bağlı olduğu görülecektir.

<sup>18</sup> ÖZGENÇ(2005), s. 373.

<sup>19</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 263; AKBULUT, Berrin. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, s. 404; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker. (2016). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, s. 288.

TBK'nın haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen 49. maddesinin birinci fıkrası, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille başkasına zarar verenin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Bu itibarla haksız fiilin unsurlarını fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı oluşturmaktadır.

TBK m.74/1, hukuk mahkemesi hâkiminin, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla ve ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağı olmadığını belirterek bağımsızlık prensibini düzenlemiştir. Beraat kararları için, görüldüğü üzere her ne kadar mutlak bir ifade ile açıklama yapılmış olsa da, bağımsızlık prensibine gerek doktrin gerek uygulamada nispi bir uygulama alanı tanınmıştır<sup>20</sup>.

Bu açıklamalardan sonra, ceza mahkemesi hâkiminin meşru savunma nedeniyle vermiş olduğu beraat kararının (CMK m. 223/2-d) hukuk mahkemesine etkisi şu şekilde bir ayırım yapılarak incelenebilir:

1. Haksız fiilin *fiil* unsuru bakımından: Ceza mahkemesinin, meşru savunmanın varlığı nedeniyle verdiği beraat kararında, meşru savunma niteliğindeki fiilin işlendiği tespit edilmektedir. Bir vakıayı tespit eden beraat kararı, hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil etmektedir<sup>21</sup>. Yargıtay da maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi hâkimini bağladığını ifade etmektedir<sup>22</sup>. Zira ceza mahkemesi maddi olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir<sup>23</sup>. Bu itibarla, ceza mahkemesinin incelediğimiz yönde verdiği beraat kararının, varlığını tespit ettiği maddi olgular hukuk mahkemesi hâkimini bağlayıcı nitelikte olmalıdır.

2. Haksız fiilin *hukuka aykırılık* unsuru bakımından: Ceza mahkemesinin, meşru savunmanın varlığı nedeniyle verdiği beraat kararında, meşru savunmada bulunanın fiilinin hukuka uygun olduğu tespit edilmektedir. Bir fiilin, hukuka aykırı olmadığını tespit eden beraat kararı hukuk mahkemesinde kesin delil teşkil etmektedir<sup>24</sup>. Dolayısıyla ceza mahkemesinin, meşru

<sup>20</sup> KILIÇOĞLU, s. 468-469.

<sup>21</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 673.

<sup>22</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu(HGK.), **6.6.2018**, E. 2017/15-248, K. 2018/1175: “...Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına ve öğretilerdeki genel kabule göre, **maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar**. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir...”

<sup>23</sup> Yargıtay 10. Hukuk Dairesi(HD.), **13.3.2014**, E. 2013/8282, K. 2014/5707:“...818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53. (6098 sayılı TBK. md 74.) maddesi hükmü gereğince, hukuk hakimi kesinleşen ceza mahkemesi kararındaki maddi olgu ile bağlıdır. **Ceza mahkemesi kendine has usuli olanakları nedeniyle hükme esas aldığı maddi olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle, ceza mahkemesinde saptanacak maddi olayın yargısal bir kararla saptanmış olması gerçeğinin hukuk hakimini de bağlaması gerekir. Bu hal; Kamunun yargıya olan güveninin korunmasının bir gereği olduğu gibi, söz konusu Borçlar Kanununun 53. maddesinde öngörülen kuralın da doğal bir sonucudur. Nitekim bu husus, Yargıtay'ın yerleşmiş ve kökleşmiş görüşleri ile de kabul edilmiş bulunmaktadır...**”

Yargıtay 3. HD., **21.3.2018**, E. 2016/13458, K. 2018/2790: “...**Maddi olayları ve yasak eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır...**”

<sup>24</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 673.

Yargıtay 4. HD., **21.6.2016**, E. 2015/8068 K. 2016/8127: “...6098 Sayılı TBK'nın 74. maddesi (818 Sayılı BK'nın 53. maddesi) uyarınca hukuk hakimi, ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değil ise de hem ilmi,

savunmada bulunanın eyleminin hukuka aykırı olmadığını tespit ederek verdiği beraat kararı, hukuk mahkemesini hâkimini bu açıdan bağlayıcı nitelikte olmalıdır.

3. Haksız fiilin *kusur* unsuru bakımından: TBK m.74/1'e göre, daha önce de değindiğimiz gibi, hukuk mahkemesi hâkimi zarar verenin kusurunun olup olmadığı hakkında karar verirken ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla bağlı değildir. Kaldı ki ceza hukukunda ve borçlar hukukunda "kusur" kavramı aynı değildir. Dolayısıyla gerek beraat kararı gerekse mahkûmiyet kararı kusurun takdiri bakımından hukuk mahkemesi hâkimini bağlamamaktadır, diğer bir ifadeyle kesin delil teşkil etmemektedir<sup>25</sup>. Bu sebeple, meşru savunma nedeniyle ceza mahkemesinin verdiği beraat kararının kusurun değerlendirilmesi açısından hukuk mahkemesine etkisi bulunmamaktadır.

4. Haksız fiilin *zarar* unsuru bakımından: TBK m.74/2'ye göre, ceza hâkiminin zararın belirlenmesine ilişkin kararı hukuk hâkimini bağlamamaktadır. Zarar, haksız fiilin unsurlarından biri olmasına karşın suçun unsurlarından birisi olmamaktadır. Bir suçun işlenmesiyle ya suçun konusuna zarar verilebilmekte ya da suçun konusu tehlikeye maruz bırakılabilmektedir<sup>26</sup>. Bu şekilde, suçun konusunun üzerindeki etkinin yoğunluğuna, konunun harekettten etkilenişine göre suçlar, zarar suçları ve tehlike suçları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>27</sup>. Meşru savunmada bulunan kişinin haksız bir saldırıya karşı savunmaya geçtiği düşünüldüğünde, haksız saldırıyı gerçekleştirene ait bir değer ihlal edileceğinden zarar söz konusu olacaktır. Ancak bir zarar meydana gelmiş olsa da, ceza hâkiminin incelediğimiz yönde vermiş olduğu beraat kararı, zararın belirlenmesi açısından hukuk hâkimini bağlayıcı nitelikte olmamaktadır.

5. Haksız fiilin *nedensellik bağı* unsuru bakımından: Hukuk mahkemesi hâkimi, tıpkı *kusur* ve *zararda* olduğu gibi, nedensellik bağına ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı olmaksızın belirleyecektir<sup>28</sup>. Yargıtay da ceza mahkemesi tarafından verilen beraat kararlarının nedensellik bağına tespiti açısından hukuk mahkemesi hâkimini bağlamayacağını kabul etmektedir<sup>29</sup>. Kanaatimizce de ceza mahkemesinin meşru savunma nedeniyle verdiği beraat kararı, hukuk mahkemesinde haksız fiil anlamında nedensellik bağına tespiti açısından kesin delil teşkil etmeyecektir.

---

*hem de kökleşmiş yargı kararlarında ceza mahkemesince belirlenen maddi olgunun hukuk hakimini bağlayacağı kabul edilmektedir. Dava konusu olaya gelince, ceza mahkemesince davalı ...'in eyleminin hukuka aykırı sayılamayacağı, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu gerekçesiyle beraatine karar verilmiştir, bu bir olgu tespiti olup hukuk hakimini bağlar..."*

<sup>25</sup> KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 673.

<sup>26</sup> ÖZGENÇ, İzzet. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Ankara, s. 214.

<sup>27</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s.118; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 237; DEMİRBAŞ, s. 250; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Göden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara, s. 286.

<sup>28</sup> ATALI, Murat. (2017). *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (Editörler: PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/KORKMAZ, Hülya Taş), Cilt: III, 15. Bası, İstanbul, s. 2075.

<sup>29</sup> Yargıtay HGK. **13.5.2015**, E. 2013/4-2152, K. 2015/1340; Yargıtay HGK., **3.4.2013**, E. 2012/19-873, K. 2013/433; Yargıtay 3. HD., **21.3.2018**, E. 2016/13458, K. 2018/2790; Yargıtay 3. HD., **14.11.2013**, E. 2013/11717, K. 2013/15989.

## II. Zorunluluk Hâli Kavramı Ve Ceza Mahkemesi Kararlarında Zorunluluk Hâlinin Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi

### A. Ceza Hukukunda Zorunluluk Hâli Ve Borçlar Hukukundaki Karşılığı

Bir kişinin işlediği fiilden dolayı kınanabilmesi için, kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir; kusur yeteneği ise, işlenen fiilin haksızlık teşkil ettiğini algılayabilme ile hareketlerini bu doğrultuda yönlendirebilme yeteneğidir<sup>30</sup>. Dolayısıyla algılama ve irade yetenekleri kusurun unsurlarını oluştururken, TCK'da öngörülen kusurluluğu etkileyen nedenlerden bir kısmı algılama, bir kısmı ise irade yeteneği üzerinde gerçekleşmektedir<sup>31</sup>. Zorunluluk hâlinde ise, kişinin irade yeteneği etkilenmektedir. Bu bağlamda zorunluluk hâlindeki kişi, algılama yeteneğini haizdir ve fakat içinde bulunduğu zorunluluk hâli neticesinde hareketlerini iradi olarak yönlendirememektedir. Dolayısıyla bu durumdaki kişinin fiili, haksızlığın unsurlarının gerçekleşmiş bulunması sebebiyle haksızlık teşkil etme niteliğini haizdir. Ancak kişi içinde bulunduğu zorunluluk hâlinin dolaylı irade yeteneğinin etkilenmesi sebebiyle kusurlu telakki edilmeyecek ve işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulamayacaktır.

Zorunluluk hâlinin düzenlendiği genel hüküm niteliğindeki TCK'nın 25/2'ye göre, *gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez*. Bununla beraber, birtakım suçlar bakımından zorunluluk hâli ayrıca özel olarak düzenlenmiştir<sup>32</sup>.

Doktrinde kimi görüşler zorunluluk hâlini niteliği itibarıyla bir hukuka uygunluk nedeni olarak<sup>33</sup>, kimi görüşler kusurluluğu etkileyen bir neden (mazeret sebebi) olarak<sup>34</sup> görürken kimi görüşler ise zorunluluk hâlinin somut olayın özelliklerine göre kusurluluğu kaldıran hâl veya hukuka uygunluk sebebi olabileceği görüşündedir<sup>35</sup>. 756 sayılı TCK'da ise zorunluluk hâli bir hukuka uygunluk nedeni olarak telakki edilmekteydi. Ancak gerek 5237 sayılı TCK'nın 25. maddesinin gerekçesinden gerekse CMK'nın 223/3'ten anlaşılacağı üzere zorunluluk hâli,

<sup>30</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 309; AKBULUT, s. 467.

<sup>31</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 309, 313.

<sup>32</sup> Örneğin TCK m. 92, 147, 303. Bu tür suçlarda ilgili özel düzenlemedeki koşulların gerçekleşmiş olması aranacaktır.

<sup>33</sup> Bu yönde bkz. SOYASLAN, Doğan. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Ankara, s. 376-375; TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk. (2018). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Ankara, s.170.

<sup>34</sup> Bu yönde bkz. ÖZGENÇ(2018), s. 425; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 341; AKBULUT, s. 493; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 491.

<sup>35</sup> Bu yönde bkz. DEMİRBAŞ, s. 301-302. ÖZEN de, TCK m. 25/2'de düzenlenen zorunluk hâlinin, hem hukuka uygunluk nedeninin hem de kusurluluğu ortadan kaldıran hâlin özelliklerini taşıdığını ifade etmektedir, ÖZEN, Mustafa. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Gözden Geçirilmiş Ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara, s. 484.

Zorunluluk hâlinin hukuki niteliği ile ilgili görüşler için ayrıca bkz. ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray. (2007). "Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı 2, s. 195-222.

kusurluluğu etkileyen bir neden (mazeret sebebi) olarak düzenlenmiştir. Gerçekten, CMK m. 223/3-b gereği, zorunluluk hâlinin mevcudiyeti durumunda sanığın hakkında “kusurunun bulunmaması” dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Ayrıca, hukuk düzenin bütünlüğü prensibine dayanan görüşe göre, TBK m. 52/2 de zorunluluk hâlinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalı ve buna göre, zorunluluk hâli nedeniyle başkasına zarar veren kişinin fiilinin haksızlık teşkil ettiği kabul edilerek yaptırım öngörüldüğünden; bir fiil hukukun bir dalında hukuka uygun diğerinde hukuka aykırı olamayacağına göre TBK’nın kendisine yaptırım bağladığı bir fiili ceza hukuku bakımından hukuka uygun olarak nitelendirmek mümkün olmamalıdır<sup>36</sup>. Nitekim hukuk, uygulamada iş bölümü anlamında kolaylık sağlaması nedeniyle çeşitli disiplinlere ayrılmış olsa da bu durum hukuka aykırılık veya uygunluk bakımından farklı kıstaslar olduğu anlamına gelmemelidir<sup>37</sup>. Kaldı ki TCK ve CMK’dan yer verdiğimiz açıklamalar da zorunluluk hâlini kusurluluğu etkileyen bir neden olarak kabul edilmesini gerekli kılmaktadır<sup>38</sup>.

Bir kişinin TCK m. 25/2’de düzenlenen zorunluluk hâlinen yararlanabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Zorunluluk hâlinen bahsedebilmek için ilk olarak, bir tehlikenin gerçekleşmiş olması şartı aranmaktadır. Ayrıca bu tehlikenin de birtakım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Öncelikle, tehlikenin ağır ve muhakkak olması gerekmektedir. Tehlikenin ağırlığı her somut olayın şartlarına göre ceza mahkemesi hâkimi tarafından takdir edilecektir. Muhakkak tehlikeden maksat ise tehlikenin, ileride önlenmesi mümkün olmayan zararlı sonuçları meydana getiren bir sebep oluşturmasıdır<sup>39</sup>. Ayrıca zorunluluk durumundaki kişinin bu tehlikeye bilerek sebebiyet vermemiş olması gerekir. Bilerek tehlikeye neden olma, tehlikenin meydana geleceğini öngörme olarak açıklanmıştır; dolayısıyla doğrudan kast, olası kast ve bilinçli taksirle tehlikeye neden olan kişi zorunluluk hâlinen yararlanamazken, buna karşın basit taksirle tehlikeye neden olan kişi zorunluluk hâlinen yararlanabilir<sup>40</sup>. Bununla birlikte, TCK m. 25/2 tehlikenin bir hakka yönelik olmasını da şart koşmuştur. Dolayısıyla hayata, vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleşen tehlikelerde zorunluluk durumu söz konusu olabileceği gibi malvarlığına yönelik tehlikelerde de zorunluluk

<sup>36</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 341.

<sup>37</sup> ÖZGENÇ(2018), s. 305; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 263.

<sup>38</sup> *Soyaslan*, zorunluluk hâlini ceza hukuku açısından hukuka uygunluk sebebi olarak telakki etmekle beraber özel hukuk açısından da hukuka uygun olduğunu savunur. Bu görüşe göre, zorunluluk hâlinde günahsız bir kişi zarara maruz kaldığı için özel hukuk TBK m.52/2 ile hakkaniyet gereği tazmin öngörmüştür. Böyle bir tazmin ise zorunlu olarak söz konusu fiilin hukuka aykırı olmasını gerektirmez. Çünkü burada uğranılan zararın tazmini değil, miktarının takdiri hâkime bırakılan hakkaniyet tazmini söz konusudur. Tazmin edilen miktar zorunlu olarak verilen zarara eşit olabilir veya olmayabilir. Bunun nedeni olarak, özel hukukta zorunluluk hâlinin hukuka aykırı sayılmamış olması ileri sürülmüştür. Zorunluluk hâlinde ceza hukuku ile özel hukuk yaptırımının farklı oluş nedeni ise yazar tarafından, ceza hukuku yaptırımının cana, özel hukuk yaptırımının mala ilişkin olması şeklinde açıklanmıştır, SOYASLAN, s. 377.

Bu görüş, zorunluluk durumunda bulunan kişi tarafından verilen zarardan dolayı hem tazminata mahkûmiyetten bahsetmesi hem de bu mahkûmiyetin sebebi olan fiilin hukuka uygun olduğunu ileri sürmesi bakımından çelişkili bulunarak eleştirilmiştir, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 341.

<sup>39</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 344; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 416.

<sup>40</sup> TOROSLU/TOROSLU, s. 175; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 345; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 497-498; DEMİRBAŞ, s. 309-310; ÖZEN, s. 489.

durumu gerçekleşebilecektir<sup>41</sup>. Bu bağlamda, örneğin çalıştığı işyerini su basan bir kişi daha fazla eşyasının zarar görmesini engellemek için suyun kapatılabileceği vananın içinde bulunduğu başka bir işyerine ait odanın kapısını kırarsa zorunluluk hâlinen yararlanabilecektir. Zira tehlikenin yönelik olduğu hukuki değerlere ilişkin herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir. Bu itibarla özgürlüğe, cinsel dokunulmazlığa, şerefe, özel hayatın gizliliğine vs. yönelik tehlikelerde de zorunluluk hâli mümkün olabilmektedir<sup>42</sup>. Benzer şekilde, aynı örnekteki olayda vanayı kapatmak için kapıyı kıran kişi, üçüncü bir kişi de olabilirdi. Nitekim tehlikenin, korunmak için karşılık veren kişiye yönelik olması zorunlu olmayıp üçüncü kişiler için de zorunluluk hâlinin mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Örneğin, içini su basan işyerinin yanındaki işyerinde bulunanlar da durumdan haberdar olup vananın bulunduğu odanın kapısını kırarak olaya müdahale etselerdi yine zorunluluk durumundan yararlanmaları gerekecekti. Çünkü tehlikenin yönelik olduğu hakkın zorunluluk durumundaki kişiye ait olabileceği gibi başkasına ait olması da mümkün olmaktadır. Verdiğimiz bu iki örnek olayda da kapıyı kıran kişiler kasıtlı hareket etmişler ve TCK m. 151/1 gereği mala zarar verme suçunu işlemişlerdir. Örnek olaylarda ceza hukuku bağlamında bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı da göz önünde bulundurulunca haksızlığın unsurlarının gerçekleştiği görülecektir. Dolayısıyla bu kişinin işlemiş olduğu haksızlık ihtiva eden fiili hukuk düzeni tasvip etmemektedir. Ne var ki, malvarlığına yönelik bu tehlikeden kendi kurtulmak veya başkasını kurtarmak için gerçekleştirilen fiili işleyen kişilerin kınanabilmesi de mümkün değildir. Zira içinde bulunduğu zorunluluk hâlinen dolayı iradesi etkilenmiş kişiden hukuk düzenin tasvip ettiği şekilde hareket etmesi beklenmemektedir. Bu sebeple kişinin, kusurluluğunu etkileyen mazeret sebebi nedeniyle mazur görülmesi gerekmektedir. Böyle bir olayda hakkında ceza yargılaması yapılan kişinin CMK m. 223/3-d gereği kusurunun bulunmaması dolayısıyla hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

Zorunluluk hâlinen bahsedebilmek için ikinci olarak, tehlikeye karşı korunmanın TCK m. 25'te öngörülen sınırlar dâhilinde olması gerekmektedir. Ancak tehlikeye karşı başka surette korunmak imkânı yoksa ve tehlikenin ağırlığıyla konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunuyorsa zorunluluk hâli gündeme gelebilir.

TBK m. 64/2'ye göre ise, *kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler*. Söz konusu madde hükmü, “zorunluluk hâli” terimini kullanmamış olsa da bunu tarif etmektedir. 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda ise m. 52/2'de zorunluluk hâli düzenlenmekteydi. Metinde, *“Kendisini veya diğerini zarardan yahut derhal vukubulacak bir tehlikeden vikaye için başkasının mallarına hâlel iras eden kimsenin borçlu olduğu tazminat miktarını hakim, hakkaniyete tevfikân tayin eder.”* hükmü yer almaktaydı.

Borçlar hukuku doktrininde, zorunluluk hâlinen bahsedilebilmesi için; kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye yönelik zarar tehlikesinin bulunması, bu tehlikeyi önlemek için kişinin

<sup>41</sup> Aynı yönde bkz. TOROSLU/TOROSLU, s. 173; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 345; SOYASLAN, s. 379; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 418.

<sup>42</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 345.

<sup>43</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 419; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 497; DEMİRBAŞ, s. 312; AKBULUT, s. 496; ÖZEN, s. 488.



başkasına zarar vermesinin zorunlu olması, zararın tehlikenin yaratılması ile ilgisiz üçüncü kişiye verilmiş olması, zararın üçüncü kişinin malvarlığına verilmiş olması şartlarının gerçekleşmesi aranmaktadır<sup>44</sup>. Bu itibarla örnek olarak, bir kimsenin aniden karşısına çıkan bir otomobilin altında kalmamak için park hâlindeki başka bir otomobilin üzerine atlaması sonucunda maddi zarara sebebiyet vermesi<sup>45</sup> ya da tren korkuluklarının kapatılması nedeniyle demir yolunda mahsur kalmış olan araç sürücüsünün kazadan kaçmak için korkulukları kırması<sup>46</sup> olaylarında zorunluluk hâli söz konusudur.

Borçlar hukukunda, doktrinde “zorunluluk hâli” kavramını karşılamak için “ıztırar hâli, zaruret hâli” gibi terimler de kullanılmaktadır. Bu hâlde, fiilin borçlar hukuku anlamında hukuka uygun addedildiği belirtilmekte, ancak -meşru savunmadan farklı olarak- verilmiş olunan zararın hakkaniyet çerçevesinde tazmin edilmesi yükümlülüğü söz konusu olmakta ve hukuka uygun olan bir fiilden dolayı fedakârlığın denkleştirilmesi esasına dayanan bir sorumluluk kabul edilmektedir<sup>47</sup>. Ayrıca söz konusu tazminatın klasik anlamda bir tazminat olmayıp hâkimin takdirine bağlanmış olan hakkaniyet sorumluluğunun bir sonucu olması, TBK’nın zorunluluk hâli ile ilgili olarak hâkime tazminata hükmedebilme yetkisi vermesinin borçlar hukuku açısından fiili hukuka aykırı hale getirmeyeceği şeklinde yorumlanmaktadır<sup>48</sup>.

Görüldüğü üzere zorunluluk hâli ile ilgili olarak ceza hukuku ve borçlar hukuku açısından gerek kanuni düzenlemelerdeki ifade farklılığından gerek doktrindeki görüş farklılıklarından kaynaklanan birtakım ayrılıklar bulunmaktadır. Bunlardan birisi müessesenin hukuki niteliğine ilişkin olmaktadır. Çünkü TBK m. 63/2 zorunluluk hâlinde fiilin hukuka aykırı sayılmadığına hükmetmektedir. Ancak diğer yandan, zorunluluk hâlindeki kişi, fiilinden sorumlu tutulabilmektedir. Bir diğer mesele ise zorunluluk hâlinin sonucuna ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira ifade ettiğimiz gibi, TBK’da zorunluluk hâlinde hâkime tazminata hükmedebilme yetkisi verilmiştir. Kanaatimizce ceza hukuku ile borçlar hukuku disiplinlerinde suç veya haksız fiil teşkil eden bir fiilden sorumlu tutulabilmek için aranan şartların farklı olması ve benzeri gibi nedenlerden kaynaklanan bu durum, zorunluluk hâlinde işlenen suç teşkil eden fiili hukuka uygun hâle getirmeye yetmemektedir.

## **B. Ceza Mahkemesi Kararlarında Zorunluluk Hâlinin Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi**

Sanık hakkında verilen kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararının, mahkûmiyet hükmünün hukuk mahkemelerinde gösterdiği etkiye benzer bir etki meydana getirmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira fiil hukuka aykırı olmaya devam etmektedir ve fakat zorunluluk hâlindeki kişi mazur görüldüğü için hakkında cezaya hükmolünmemektedir. Burada sanığın yargılamaya konu olan eylemi işlediği ceza mahkemesi tarafından sabit görülmeyle birlikte,

<sup>44</sup> KILIÇOĞLU, s. 282-283.

<sup>45</sup> Örnek için bkz. BAŞTUĞ, s.242.

<sup>46</sup> Örnek için bkz. ANTALYA, s. 446.

<sup>47</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 31.

Ayrıntılı bilgi için bkz. ULUSAN, İhsan. (2012). *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Ve Uygulama Alanı*, 2. Bası, İstanbul.

<sup>48</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 414.

kusuru bulunmadığından dolayı sanığa ceza verilmemektedir. TBK m. 74/1'in, hukuk mahkemesi hâkiminin zarar verenin kusurlu olup olmadığı, ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumluluk ile ilgili hükümleriyle ve ceza hâkiminin verdiği beraat kararıyla bağlı olmadığı kuralını getirdiğine daha önce işaret etmiştik. Aynı maddenin ikinci fıkrasının, ceza mahkemesi hâkiminin kusurun değerlendirilmesi ile zararın belirlenmesine ilişkin kararlarının da hukuk hâkimini bağlamayacağına hükmettiğine değinmiştik. Bu konuda açıklanması gereken husus, zorunluluk hâlinin mevcudiyeti nedeniyle ceza mahkemesi hâkiminin sanık hakkında verdiği kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararının, aynı fiil nedeniyle fiili işleyen kişi hakkında yapılan hukuk yargılamasına etkisinin ne şekilde olacağıdır.

Ceza mahkemesi hâkiminin vermiş olduğu kararda maddi vakıalar ve eylemin hukuka aykırılığına yönelik tespitlerin hukuk mahkemesini bağlayıcı nitelikte olduğuna daha önce işaret etmiştik. Doktrindeki bir görüşe göre de gerek fiilin sübutu gerek faile ait olup olmadığının tespiti konusunda ceza mahkemeleri daha geniş imkânlarla sahip olduğu için maddi vakıaların tespiti konusunda hukuk mahkemesi hâkimine ceza mahkemeleri karşısında bağımsızlık tanınmamalıdır<sup>49</sup>. Dolayısıyla ceza mahkemesi hâkiminin vermiş olduğu kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararın içerdiği maddi vakıalar hukuk mahkemesi hâkimini bağlayacaktır. Ancak TBK m. 74/1 gereğince, ceza verilmesine yer olmadığı kararına dayanak teşkil eden sanığın kusurunun bulunmadığı gerekçesi hukuk mahkemesini bağlamayacak ve TBK m. 74/2'ye uygun olarak hukuk mahkemesi hâkimi, vereceği karar için kendisi yeniden bir kusur değerlendirmesi yapabilecek ve zararı tespit edebilecektir. Sonuç itibarıyla, zorunluluk hâlinde ceza mahkemesinin sanık hakkında verdiği kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararının, aynı fiil hukuk mahkemesinde tazminat sorumluluğu yönünden değerlendirilirken etkisi özetle şu şekilde olmalıdır:

1. Haksız fiilin *fiil* unsuru bakımından: Ceza mahkemesinin bu yönde vermiş olduğu kararlarda, zorunluluk hâlinde bulunan kişiye kusurunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmese de, aslında yargılamaya konu fiili işlediği tespit edilmektedir. Bu itibarla, ceza mahkemesinin yapmış olduğu bu tespitin hukuk mahkemesi hâkimini bağlaması gerekmektedir. Nitekim ceza mahkemesinin olayların varlığını tespit etmede daha geniş yetkilere sahip olduğunu meşru savunma hâlinde ceza mahkemesinin verdiği beraat kararının hukuk mahkemesine etkisini incelerken de ifade etmiştik. Yargıtay da yerleşik içtihatlarında maddi olayları saptayan ceza mahkemesi kararlarının kesin delil niteliği taşıdığını kabul etmektedir<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> KILIÇOĞLU, s. 481.

<sup>50</sup> Yargıtay HGK, **13.5.2015**, E. 2013/4-2152, K. 2015/1340: “Ceza mahkemesi kararlarının hukuk mahkemesine (davasına) etkisi, hukukumuzda mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK)'nun 53.maddesinde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun m. 74 düzenlenmiş olup; hukuk hakimi, ceza mahkemesinin kesinleşmiş kararları karşısında ilke olarak bağımsız kılınmıştır.

*Bu ilke, ceza kurallarının kamu yararı yönünden bir yasağın yaptırımını; aynı uyumsuzluğu kapsamına alan hukuk kurallarının ise, kişi ilişkilerinin Medeni Hukuk alanında düzenlenmesi ve özellikle tazmin koşullarını öngörmesi esasına dayanmaktadır.*

818 sayılı BK'nun “Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk Arasında Münasebet” başlıklı 53.maddesinde;

*‘Hakim, kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin faili temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkâmıyla bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraet*

2. Haksız fiilin *hukuka aykırılık* unsuru bakımından: Zorunluluk hâlinin varlığı sebebiyle ceza mahkemesinin verdiği ceza verilmesine yer olmadığı kararı, aynı zamanda fiilde hukuka uygunluk nedeni bulunmadığını da saptamaktadır. Hukuk düzeninin bütünlüğü prensibi gereğince, bir fiilin hukuka aykırı olması o fiilin hukuk düzeninin tümü tarafından tasvip edilmediğini ortaya koymaktadır. Hâl böyle olsa da, zorunluluk hâline ilişkin olarak gerek ceza hukuku ve borçlar hukukundaki düzenlemeler, gerek yukarıda yer verdiğimiz açıklamalar ve gerekse borçlar hukukunda zorunluluk hâli dolayısıyla hâkime tanınan tazminata hükmedebilme yetkisi, kanaatimizce ceza mahkemesinin verdiği bu yöndeki kararın, hukuk mahkemesinde kesin delil oluşturmamasına neden olmalıdır. Aksi hâlde diğer unsurların da varlığı hâlinde, fiil de hukuka aykırı kabul edilirse zorunluluk hâlindeki kişinin fiili haksız fiil teşkil edecek ve buna bağlanan sonuçlar gündeme gelecektir. Oysa bu durumdaki kişinin zararı giderim yükümlülüğünü hâkim, TBK m. 64/2 uyarınca hakkaniyete göre takdir etmelidir. Bu durum aslında ceza hukuku ve borçlar hukukunda *kusur* kavramının ifade ettiği anlamın farklı olmasından ileri gelmektedir.

3. Haksız fiilin *kusur, zarar ve nedensellik bağı* unsurları bakımından: Ceza mahkemesi hâkiminin verdiği bu yöndeki kararın, kusurun, zararın ve nedensellik bağının tespiti açısından etki etmemektedir. Ceza mahkemesi kararı, bu itibarla bir kesin delil etkisi oluşturmamaktadır. Hukuk mahkemesi hâkimi kusur, zarar ve illiyet bağına serbestçe tayin edebilmelidir. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi, ceza mahkemesi hâkiminin kusurun değerlendirilmesi ile zararın belirlenmesine ilişkin kararlarının hukuk hâkimini bağlamayacağını TBK açıkça düzenlemiştir.

## SONUÇ

Ceza hukukundaki suç kavramı ile borçlar hukukundaki haksız fiil kavramları birbirleri ile ilişkili olup, suç teşkil eden bir fiilin aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi de mümkündür ve hatta haksız fiillerin çoğu suç teşkil etmektedir<sup>51</sup>. Bu itibarla, aynı fiile ilişkin olarak ceza mahkemesinin verdiği bir kararın hukuk mahkemesinde görülen bir tazminat davasına etki etmesi kaçınılmaz olmaktadır. Ancak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden birinin varlığı hâlinde ceza mahkemesinin vereceği kararın hukuk mahkemesine ne şekilde etki edeceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira ceza hukuku ve borçlar hukuku disiplinlerindeki mevzuatların yazım tekniklerinin farklı olması, benzer kavramlara değişik anlamlar yüklenebilmesi gibi durumlardan dolayı bu konuda kavram karışıklığı doğabilmektedir.

---

*kararıyla de mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tayin hususunda dahi hukuk hakimini takyit etmez.'*

*hükmü yer almakta olup, benzer düzenlemeye 6098 sayılı TBK'nun 74.maddesinde de yer verilmiştir.*

*Bu açık hüküm karşısında ceza mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların hukuk hakimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ancak, hemen belirtilmelidir ki, gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "fiilin hukuka aykırılığı" konusu ile hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemlerin varlığını saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.01.1975 gün ve E:1971/406, K:1975/1; 23.01.1985 gün ve E:1983/10-372, K:1985/21; 27.04.2011 gün ve E:2011/17-50, K:2011/231 sayılı ilamları)."*

<sup>51</sup> Kişinin hukuka aykırı fiili üç farklı nitelik gösterebilir; hukuka aykırı fiil yalnızca haksız fiil teşkil edebilir, yalnızca suç teşkil edebilir, hem suç hem haksız fiil teşkil edebilir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 273.

Hukuk düzeni çeşitli alt disiplinlere ayrılmış olsa da aslında bir bütün teşkil etmektedir ve bu bütün kendi içinde bir tutarlılık arz ederek birbiri ile çelişmemektedir. Dolayısıyla bir fiil, hukuk düzeni tarafından ya tasvip edilmekte ya tasvip edilmemektedir. Hukukun alt disiplinlerinden birisinde hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetinden yola çıkılarak hukuka uygun kabul edilen bir fiil, başka bir alt disiplinde hukuka aykırı kabul edilerek bu fiilden dolayı fiili gerçekleştiren kişinin sorumlu tutulması hukuk düzenin bütünlüğü prensibi ile çelişmektedir. Zira hukuk düzeninin bütünlüğü prensibinin zorunlu sonucu olarak bir fiilin hukukun bir disiplininde hukuka uygun kabul edilmesine mukabil diğerinde hukuka aykırı kabul edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>52</sup>.

Ceza hukukunda suçun unsurlarından biri olarak kabul edilen hukuka aykırılık, tüm hukuk düzenin suça konu fiil hakkındaki değersizlik yargısını ifade etmekte ve bu hukuka aykırılık unsuru araştırılırken fiilin işlenmesinin hukuka aykırı olup olmadığı tüm hukuk düzeni tarafından bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır<sup>53</sup>. İşte bir fiilin hem suç hem haksız fiil teşkil etmesi durumunda, daha önce verilmiş bir ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesinde görülmekte olan tazminat davasına ne şekilde edeceği suçun ve haksız fiilin unsurları ayrı ayrı değerlendirilerek incelenmelidir. Buna göre, çalışmamızın konusu olan meşru savunma hâlinde ceza mahkemesinin vermiş olduğu beraat kararı, haksız fiilin “fiil” ve “hukuka aykırılık” unsurları bakımından kesin delil teşkil etmektedir. Zorunluluk hâli dolayısıyla ceza mahkemesinin vermiş olduğu sanığın kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı ise, haksız fiilin “fiil” unsuru bakımından kesin delil teşkil etmelidir. Ayrıca eklememiz gerekir ki, özellikle zorunluluk hâli ile ilgili olarak, ceza hukuku ve borçlar hukukundaki hükümlerin hukuk düzeninin bütünlüğü prensibine daha uygun düşecek şekilde uyumlaştırılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu itibarla TBK’da zorunluluk hâline ilişkin olarak yapılabilecek bir düzenleme ile ceza hukukunda zorunluluk hâlinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmaların da sonlanabileceğini düşünmekteyiz. Şunu da eklemek gerekir ki, maddi gerçeğin araştırılması açısından daha geniş olanaklara sahip olan ceza mahkemesinin vermiş olduğu kararların, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmesi açısından, hukuk mahkemesi hâkimini bağlayıcı nitelikte olması gerektiğine ilişkin bir hükmün mevzuatımızda yer almasının isabetli olabileceği görüşündeyiz.

## KAYNAKLAR

- AKBULUT, Berrin. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara
- ANTALYA, O. Gökhan. (2012). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: I, İstanbul.
- APAYDIN, Cengiz. (2016). *Meşru Savunma*, 1. Baskı, İstanbul

<sup>52</sup> APAYDIN, Cengiz. (2016). *Meşru Savunma*, 1. Baskı, İstanbul, s. 190.

<sup>53</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 263.

- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara
- ATALI, Murat. (2017). *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, (Editörler: PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/KORKMAZ, Hülya Taş), Cilt: III, 15. Bası, İstanbul
- BAŞTUĞ, İrfan. (1984). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Manisa
- DEMİRBAŞ, Timur. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir. (1994). *Nazarî Ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt: II, Yeniden Gözden Geçirilmiş 10. Bası, İstanbul
- EREN, Fikret. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara
- KAPANCI, Kadir Berk. (2016). “Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararlarına Etkisi (TBK m. 74)”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:7, Sayı:1, Yıl: 2016, s. 511-552
- KILIÇOĞLU, Ahmet. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeni Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Genişletilmiş 20. Bası, Ankara
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan. (2017). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı, Ankara, 2017
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder. (2014). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 25. Baskı, Ankara
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Güncellenip Genişletilmiş 13. Bası, Cilt: II, İstanbul
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/ TEPE, İlker. (2016). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray. (2007). “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı 2, s. 195-222
- ÖZEN, Mustafa. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, Gözden Geçirilmiş Ve Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara
- ÖZGENÇ, İzzet. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 14. Bası, Ankara
- ÖZGENÇ, İzzet. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2. Bası, Ankara
- REİSOĞLU, Sefa. (2014). *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, İstanbul
- SOYASLAN, Doğan. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Ankara

TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk. (2018). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Ankara

ULUSAN, İhsan. (2012). *Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Ve Uygulama Alanı*, 2. Bası, İstanbul

## NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (NEÜHFD) YAYIN İLKELERİ

Derginin yazışma adresi: konyahukukdergi@gmail.com

1. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), elektronik ortamda, yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. En az iki hakemli “kör hakemlik sistemi” uygulanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 75 kelimedenden oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve en az 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, ünvanları, 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 ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir. Hakemlerin raporlarının olumsuz olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılmaz. Hakem incelemesine göre 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 Necmettin Erbakan Üniversitesi'ne aittir.

Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez. Makaleler ile ilgili hukuki ve cezai sorumluluk yazarlara aittir.

10. Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve elektronik posta ile veya DERGİPARK üzerinden editöre gönderilmelidir (E-posta: konyahukukdergi@gmail.com). Sayfa yapısı; üst, alt, sağ ve sol 3 cm olmalıdır. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Kural olarak kaynakça ile beraber 30 sayfayı geçmemelidir (Dizgi esnasında sayfa sayısında ve yapısında değişme olabilir). Satır aralığı 1,15, paragraf sonra 10nk şeklinde olmalıdır. Paragrafların ilk satırı 1,25 cm girintili, kaynakça ise asılı 1,25 cm şeklinde olmalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır. Makalenin ilk sayfasında;

- İlk olarak makalenin Türkçe başlığı koyu ve 14 punto,
- Yazarın Adı SOYADI sağa yaslı bir şekilde, (\*) şeklinde dipnotla, akademik ünvanı, çalıştığı kurum ve mail adresi,
- Bir satır boşluk
- 12 punto koyu bir şekilde “Özet”
- 11 punto en az 75 kelime makalenin özeti
- En az 5 tane anahtar kelime
- Bir satır boşluk
- Makalenin yabancı dildeki başlığı koyu ve 14 punto
- Bir satır boşluk
- 12 punto ve koyu bir şekilde “Abstract”
- 11 punto en az 75 kelime makalenin yabancı dildeki özeti
- En az 5 tane yabancı dilde anahtar kelime
- Bir satır boşluk
- Sonra sayfa atlamadan GİRİŞ bölümüne başlanmalı, GİRİŞ ve SONUÇ başlıkları numaralandırılmamalıdır. Makalenin ana başlığı dışındaki bütün başlıklar 12 punto ve koyu olmalı bölümlendirme I/A/1/a şeklinde yapılmalıdır. Bu hususta en sondaki örnek metne bakılmalıdır.

11.Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır:

Kitaplar:

**SOYAD**, Ad, Eserin Adı italik olarak, Yayın yılı, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer.



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

Makaleler:

**SOYAD**, Ad, Makalenin başlığı tırnak içinde, Dergi adı italik olarak, Cilt, Sayı, sayfa aralıkları.

Örnek: **AYHAN**, Rıza, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, C. I, S. 2, s. 5-31.

İnternet sayfası, rapor, sözlük gibi kaynaklarda, yukarıdaki örneklere benzer şekilde hazırlanır. Bu tür kaynaklarda yazar varsa yazar belirtilir yoksa kurum adı verilebilir. Günlük gazetelerde tarih verilirken ay ve gün de eklenir.

Örnekler:

**AKBULAK**, Sevinç, *Ulusal Varlık Fonları(Sovereign Wealth Funds): Gelişmeler ve Düzenleme Çalışmaları*, 2008, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu.

**ALASKA PERMANENT FUND CORPORATION**, *Historical Timeline*, 2018, <https://apfc.org/who-we-are/history-of-the-alaska-permanent-fund/historytimeline/>, (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

**O'NEAL**, Michael, *A New Breed of SWF Without The Wealth*. *Kuwait Times*, (18.03.2017), s. 3.

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

Örnek: **OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, *Eşya Hukuku*, 2006, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.

13. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

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

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: **SOYAD**, sayfa numarası. Makaleler için: **SOYAD**, sayfa numarası.

Örnek: **KAPANI**, s.21. **AYHAN**, s.36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise; çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: **GÖZLER**, 2010, s. 43.

GÖZLER, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.

## ÖRNEK MAKALE YAPISI

### ANA BAŞLIK(14 PUNTO)

(12 Punto)Ad SOYAD\*

#### Özet(12 Punto)

11 punto en az 75 kelime özet yazılmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** En az beş tane anahtar kelime virgülle ayrılarak yazılmalıdır.(11 Punto)

### YABANCI DİLDE ANA BAŞLIK(14 PUNTO)

#### Abstract(12 Punto)

11 punto yabancı dilde en az 75 kelimelik özet yazılmalıdır.

**Keywords:** En az beş tane yabancı dilde anahtar kelime virgülle ayrılarak yazılmalıdır.(11 Punto)

## GİRİŞ

.....

### I. Birinci Alt Başlık Bölümü

.....

#### A. İkinci Alt Başlık Bölümü

.....

#### 1. Üçüncü Alt Başlık Bölümü

.....

#### 2. Üçüncü Alt Başlık Bölümü

.....

#### B. İkinci Alt Başlık Bölümü

.....

---

\* Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, \*\*\*\*\*@konya.edu.tr ORCID ID: 0000-0000-0000-0000

## **II. Birinci Alt Başlık Bölümü**

.....

### **A. İkinci Alt Başlık Bölümü**

.....

#### **1. Üçüncü Alt Başlık Bölümü**

.....

#### **2. Üçüncü Alt Başlık Bölümü**

.....

### **B. İkinci Alt Başlık Bölümü**

.....

## **SONUÇ**

.....

## **KAYNAKÇA**

**OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, *Eşya Hukuku*, 2006, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.(12 Punto ve asılı 1,25 cm olmalıdır).