



Hukuk Fakültesi Dergisi

Inonu University Law Review

ISSN: 2146-1082

e-ISSN: 2667-5714



İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
İNÜHFD

Inonu University Law Review
InULR

Cilt: 12 – Sayı: 1
Ocak – Haziran 2021

Vol: 12 – No: 1
January – June 2021



2010 Yılından itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 Yılından itibaren HEINONLINE tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından itibaren EBSCOhost tarafından taranan dergiler arasındadır.

2018 yılından geçerli olmak üzere INDEX COPERNICUS tarafından taranan dergiler arasındadır.

2017 yılından geçerli olmak üzere INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2019 yılından geçerli olmak üzere DOAJ tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren Cardiff Index to Legal Abbreviations tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ERIHPLUS tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere WorldCat tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile Scilit tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere ile Google Scholar tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere EuroPub tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından itibaren Directory of Research Journals Indexing tarafından taranan dergiler arasındadır.

2010 yılından geçerli olmak üzere Crossref tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

2010 yılından geçerli olmak üzere Sobiad tarafından indekslenmeye başlanmıştır.

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD)

Tüm hakları saklıdır. İnÜHFD hakemli uluslararası bir dergidir. İnÜHFD'nin tamamı veya bu dergide yer alan bilimsel çalışmaların bir kısmı ya da tamamı 5846 sayılı yasanın hükümlerine göre İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığının yazılı izni olmaksızın elektronik, mekanik, fotokopi ve benzeri herhangi bir kayıt sistemiyle kopyalanamaz, çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide ileri sürülen görüşler yazarlara aittir, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni, Yayın Kurulu'nu veya Danışma Kurulu'nu bağlamaz.

Inonu University Law Review (InULR)

All rights reserved. InULR is a refereed international journal. No parts of the Inonu University Law Review reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording and otherwise without the prior written permission of the Inonu University Faculty of Law. The views expressed in the Review are those of the individual authors and are not be taken as representing the views of the Inonu University Faculty of Law, the Boards of Editors and the Boards of Advisors

Basım/Yayın Yeri: İnönü Üniversitesi

İLETİŞİM ADRESİ:

İnönü Üniversitesi, Elazığ Yolu 15. km, 44280-Malatya-Türkiye

Tel: +90 422 377 46 80 Fax : +90 422 377 46 81

www.inonu.edu.tr/hukukdergi - <http://dergipark.gov.tr/inuhfd>

e-posta : hukukdergi@inonu.edu.tr

Sahibi - Owner

Prof. Dr. Ahmet KIZILAY

Baş Editör – Editor-in-Chief

Prof. Dr. Tamer BUDAK

Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi

Editörler-Editors

Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Neslihan Akça

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları- Co-Editors

Arş. Grv. Burcu ERDİNÇ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Azim ÖNCÜ

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Grv. Aybike KARAHAN

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mizanpaj Editörü - Layout-Editors

Arş. Grv. Selin Hişim

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Yayın Kurulu - General Editors

Prof. Dr. Michael N. Schmitt

School of Law, University of Exeter, United Kingdom

Prof. Dr. Alan C. Neal

School of Law, University of Warwick, United Kingdom

Prof. Dr. Neil Boister

School of Law University of Canterbury, New Zealand

Prof. Dr. Thom Brooks

School of Law, Durham University, United Kingdom

Prof. Dr. Kathleen Elizabeth Mahoney

Faculty of Law, University of Calgary, Canada

Prof. Dr. Hakan Karan

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Jeffrey A. Van Detta

Atlanta's John Marshall Law School, USA

Prof. Dr. Jason Chuah

School of Law, City University London, United Kingdom

Prof. Dr. Jean Allain

School of Law, Queen's University, Belfast, United Kingdom.

Prof. Dr. Haluk Emiroğlu

İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zheng Sophia Tang

School of Law, Newcastle University, United Kingdom.

Prof. Dr. Maurizio Borghi

School of Law, Bournemouth University, United Kingdom.

Prof. Dr. Tomoya Obokata

School of Law, Keele University, United Kingdom.

Prof. Dr. Petra Butler

Faculty of Law, Victoria University of Wellington, New Zealand

Doç. Dr. Hayri Keser

Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bilge ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Devrim GÜNGÖR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erol ULUSOY	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
Prof. Dr. Fatih UŞAN	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. K. Emre GÖKYAYLA	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mertol CAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa FADIL YILDIRIM	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Müslüm AKINCI	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oguz Kürşat ÜNAL	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Talat CANPOLAT	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vedat BUZ	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Oğuz S. AYDOS	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. İpek SAĞLAM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Serkan AYAN	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Metin Ceylan	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Adem YELMEN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Elif ÇELİK	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan KAYIK AYDINALP	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Serdar DEMİRCİ	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Neslihan AKÇA	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ - İNÜHFD YAYIM İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide yayımlanan makaleler, Dekanlığın izni olmadan başka bir yerde yayımlanamaz.
2. Dergiye gönderilen yazıların, ilgili sayının yayımlanacağı ayın (Haziran- Aralık) ilk gününden en geç bir ay öncesine kadar aşağıda gösterilen iletişim adresine teslim edilmesi gerekir. Bu tarihten sonra gönderilen yazılar bir sonraki sayı için değerlendirilecektir.
3. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olan yazılar hakeme gönderilir, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesince düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir.
5. Yayın Kurulu, ilgili sayıda yayımlanacak makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış, kırk sayfadan uzun makaleleri derginin daha sonraki sayılarında yayımlama hakkını saklı tutar.
6. Yazıların Türkçe ve İngilizce özetinin yanı sıra, başlık ve anahtar kelimeleri de yine Türkçe ve İngilizce olarak gönderilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-mail adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazılar bilgisayarda times (times new roman), ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 10 punto, yazı aralığı 1.5 aralık şeklinde hazırlanıp, DergiPark sistemi üzerinde yer alan (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>) adresine gerekli formlar ile birlikte göndermeleri gereklidir. Ayrıca, dipnotların sayfa altında gösterilmesi derginin bütünlüğü açısından uygun olacaktır.
9. Yazının başlığı, siyah ve tümü büyük harf karakterinde olmalıdır. Başlığın hemen altında sayfa sağına yanaştırılmış olarak yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta ise, yazarın üniversitesi veya bağlı olduğu kurum ile unvanı belirtilmelidir.
Örn.: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
10. Metin içerisindeki kısaltmalarda, kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk kullanıldığında kısaltılmadan ve parantez içinde kısaltması belirtilerek kullanılmalı veya kısaltılmış isim ya da başlık karşılıkları ile kısaltmalar cetvelinde gösterilmeli; dipnotlarda kullanılan kısaltmalara ise, sadece kısaltmalar cetvelinde yer verilmelidir.
11. Metin içerisinde kullanılan yabancı kelimeler italik olarak belirtilmelidir.
12. Yargıtay kararlarına yapılacak atıflar, aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
13. Dipnotlarda, yazarın soyadı italik ve küçük harfle, ilk adı sadece baş harfi ile gösterilmeli; eser adı düz harfle yazılmalı; aynı yazara ait birden fazla esere yollamada bulunulması halinde kullanılan kısaltmalar kaynakçada gösterilmelidir. Eserlere yapılan ilk atıflar, yazarın soyadı, adının ilk harfi.; kitabın adı, yayın yeri ve tarihi, sayfa sayısı şeklinde yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yabancı yayımlara yapılan atıflarda da aynı usul izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.
14. Yazar tarafından eklendiği takdirde kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmeli, ancak yazarın ad ve soyadı kalın ve küçük harfle belirtilmeli; süreli yayınlarda yer alan eserlerin ise ilk sayfa numaraları kaynakçada gösterilmelidir. Bir yazarın birden çok eserine atıf yapılması halinde, eserlerin anılışları kaynakçada gösterilmelidir.
15. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.

PUBLICATION RULES OF INONU UNIVERSITY LAW REVIEW - InULR

1. Submissions should be accompanied by an assurance that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere previously. Articles cannot be published elsewhere without the permission of the Dean's Office.
2. All articles should be submitted 20 days prior to the first day of the month which the new issue is publishes (December - June). The articles sent after declared time will be considered for the next issue.
3. After the article is received, the editorial board will decide whether or not to send it back to the author to make necessary changes in accordance with the Journal's publication rules before the review procedure.
4. Submissions which are considered appropriate by the editorial board will be sent out for review. On the basis of the review reports, the author may be invited to revise and resubmit the article on the basis of the comments made by reviewers.
5. The articles, which pass review procedure and are more than 40 pages, may be publish in the next issue by the Editorial Board due to the workload.
6. Each article should include a summary, title and key words which are written in Turkish and English.
7. Each author must provide their educational profile such as their degrees, related intuition, contact information and e-mail address.
8. Citations should conform to APA style or Oxford Referencing Style (parenthesis or footnote).
9. The article should be written with 1.5 spaced and font type Times New Roman, font size 12 for main text, font size 10 for footnotes. The articles may also be sent to the editorial board via (<http://dergipark.gov.tr/journal/1237/submission/start>). The footnotes in the article should be given at the bottom of the page.
10. The title of the article should be capitalized and hyperlinked. Name of the author must be shown at the right bottom of the title with a footnote, which should state the university or the intuition of the author.

Example: Inonu University, School of Law

11. All the abbreviations in the text should be spelt out on first use with the abbreviation given immediately following in parentheses or the abbreviations should be shown on abbreviation list. The abbreviations which are used in footnotes must be shown only on abbreviation list.
12. All foreign words in the text must be written in italic font.
13. Turkish Supreme Court cases must be cited as follow:
Yarg. 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990.
14. Each author accepted that no royalty will be paid.

İÇİNDEKİLER/ CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

- HAYVANIN KÖTÜ MUAMELELERE KARŞI CEZA HUKUKU VASITASIYLA KORUNMASI HALİNDE MAĞDURUN TESPİTİ**
DETERMINATION OF THE VICTIM WHEN THE ANIMAL IS PROTECTED FROM CRUEL TREATMENT BY MEANS OF CRIMINAL LAW 1-16
Eylem BAŞ
- BERAAT SONRASI İKRAR (CMK m. 314/1-c)**
CONFESSION AFTER ACQUITTAL (CPC art. 314/1-c) 17-32
Özgün ÖZYÜKSEL
- EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE DEĞER ARTIŞINA KATILMA**
THE PARTICIPATION IN INCREASED VALUE IN THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY 33-47
Ayşe Merve BELGE
- TÜRK ANAYASACILIĞININ DÜNÜ VE BUGÜNÜ**
PAST AND PRESENT OF TURKISH CONSTITUTIONALISM 48-65
Ömer KESKİNSOY, Semih KAYA
- KÜLTÜREL VARLIKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK KURALLARI KAPSAMINDA, ERMENİSTAN VE AZERBAIJAN ARASINDAKİ ÇATIŞMALARDA ZARAR GÖREN KÜLTÜREL VARLIKLARDAN DOLAYI SORUMLULUK**
INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RULES ON THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE, ARMENIA AND AZERBAIJAN CONFLICTS AND THE DAMAGED CULTURAL HERITAGE DUE TO THESE CONFLICTS 66-84
Mustafa ERÇAKICA
- YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI GEREKEN BİR HÜKÜM OLARAK OLAĞANÜSTÜ DURUMLARDA VE PEK ÖNEMLİ BİR SEBEPLE EVLENMEYE İZİN VERİLMESİ (TMK m. 124/II)**
AS A PROVISION TO BE REPEALED THAT THE PERMISSION TO MARRIAGE UNDER EXTRAORDINARY CIRCUMSTANCES AND VERY IMPORTANT REASONS (CC Art. 124) 85-99
Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU
- EXAMINING THE ROLE OF OUTREACH WORK IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: THE CASE OF ICTY**
ULUSLARARASI CEZA YARGISINDA ERİŞİMİN ROLÜNÜN İNCELENMESİ: ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ÖRNEĞİ 100-114
Ebru DEMİR
- DÜNYADAKİ ÖRNEKLER İŞİĞİNDA YATIRIM YOLUYLA VATANDAŞLIK UYGULAMASINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ**
A CRITICAL REVIEW OF THE APPLICATION OF CITIZENSHIP BY INVESTMENT IN LIGHT OF THE EXAMPLES IN THE WORLD 115-132
Talat KAYA
- KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNUNDA ETKİN PİŞMANLIK UYGULAMASI: YASAL GELİŞMELER İŞİĞİNDA ANALİTİK BİR İNCELEME**
ACTIVE REPENTANCE WITHIN THE CONTEXT OF THE LAW AGAINST SMUGGLING: AN ANALITICAL RESEARCH IN THE LIGHT OF RECENT LEGAL DEVELOPMENTS 133-147
Ceyda ÜMİT
- ULUSLARARASI HUKUK SAVAŞ HALİNDE: TRUMP YÖNETİMİNİN ULUSLARARASI HUKUK YAKLAŞIMI ÜZERİNE BİR İNCELEME**
INTERNATIONAL LAW IS AT WAR: A STUDY OF THE TRUMP ADMINISTRATION'S APPROACH TO INTERNATIONAL LAW 148-164
Şahin Eray KIRDIM
- MARTHA C. NUSSBAUM'UN DUYGU TEORİSİNDEN HAREKETLE YARGILAMADA EMPATİ VE SEMPATİ KAVRAMLARININ ROLÜ**
THE ROLE OF EMPATHY AND SYMPATHY IN JUDGMENT WITH REFERENCE TO MARTHA C. NUSSBAUM'S THEORY OF EMOTION 165-181
Aydın Furkan KAYNAK

ROMA HUKUKUNDA DEVLETİN MİRASÇILIĞI <i>STATE INHERITANCE IN ROMAN LAW</i> Buse AKSARAY ERKMAN	182-192
ETHEREUM ve AKILLI SÖZLEŞMELER <i>ETHEREUM AND THE SMART CONTRACTS</i> Mete TEVETOĞLU	193-208
ASGARİ ADALET KAVRAMLAŞTIRMASI ÜZERİNE: ADALETİN ASGARİ İLKELERİ <i>ON THE MINIMUM CONCEPTION OF JUSTICE: THE MINIMUM PRINCIPLES OF JUSTICE</i> Sururi AKTAŞ	209-225
İDARENİN SÖZLEŞME AKDETME USULÜ <i>PROCEDURE OF CONCLUDING A CONTRACT OF THE ADMINISTRATION</i> Sırrı DÜĞER, Yeliz Neslihan AKIN	226-243
PAYLI MÜLKİYET VE MİRAS ORTAKLIĞININ SONA ERMESİNDE TAHKİMİN VEYA ARABULUCULUĞUN CAİZ OLUP OLMADIĞI <i>WHETHER ARBITRATION OR MEDIATION IS LAWFULL UPON TERMINATION OF COMMON OWNERSHIP AND COMMUNITY OF HEIRS</i> Önder TOPAL	244-257
ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA ÜÇÜNCÜ DÜNYA YAKLAŞIMLARI <i>THIRD WAY APPROACHES TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW</i> Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU, Esmâ Yağmur SÖNMEZ	258-270
ARTHUR SCHOPENHAUER'İN HUKUK VE CEZA ADALETİ ANLAYIŞI <i>ARTHUR SCHOPENHAUER'S LAW AND CRIMINAL-JUSTICE IDEAS</i> Pirali Çağrı ŞENSOY	271-286
CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDEKİ BAKAN YARDIMCISI İLE ÖNCEKİ SİSTEMDEKİ BAKAN YARDIMCISI VE MÜSTEŞARIN KIYASLANMASI <i>COMPARISON OF THE DEPUTY MINISTER IN THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM AND THE DEPUTY MINISTER AND THE UNDERSECRETARY IN FORMER SYSTEM</i> Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI	287-303
DOLANDIRICILIK SUÇUNUN SUSMAK SURETİYLE İŞLENMESİ SORUNSALI <i>THE PROBLEMATIC OF WHETHER FRAUD CAN BE COMMITTED BY SILENCE</i> Güneş OKUYUCU ERGÜN	304-312
MEDENİ USÛL HUKUKUNDA HÜKMÜN TAMAMLANMASI (HMK m. 305/A) <i>COMPLETION OF JUDGEMENT IN CIVIL PROCEDURE LAW</i> Derya BELGİN GÜNEŞ	313-328
ORGAN VE DOKU NAKLİ KANUNU ÖZELİNDE KORNEA KAVRAMI ÜZERİNDEN "CESET ÜZERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPMAYAN DOKU" İBARESİNE HUKUKSAL VE TIBBİ YAKLAŞIM <i>A MEDICAL AND LEGAL APPROACH TO THE PHRASE "TISSUE WHOSE REMOVAL DOES NOT ALTER THE APPEARANCE OF THE BODY" OVER THE CONCEPT OF THE CORNEA, SPECIFICALLY PERTAINING TO THE LAW ON TRANSPLANTATION OF ORGANS AND TISSUES</i> Ertunç MEGA, Özlem YENERER ÇAKMUT	329-345
COVID-19 HASTALIĞININ SOSYAL SİGORTALAR HUKUKU VE BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞ KAZASI VE/VEYA MESLEK HASTALIĞI NİTELİĞİ <i>QUALIFICATION OF COVID-19 AS OCCUPATIONAL ACCIDENT AND/OR OCCUPATIONAL DISEASE IN SOCIAL SECURITY AND EMPLOYMENT LAW</i> Gaye BAYCIK, Çağla ERDOĞAN	346-362
ANONİM ŞİRKETLERİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABININ HUKUKİ SONUÇLARI <i>LEGAL CONSEQUENCES OF JOINT STOCK COMPANIES' ACQUISITION OF THEIR OWN SHARES</i> Murat Can ATAKAN	363-379
TASARIM HUKUKUNDA BİLGİLENMİŞ KULLANICI KAVRAMI <i>THE CONCEPT OF INFORMED USER IN DESIGN LAW</i> Nihal KOŞER	380-393

CEZA HUKUKU BİLİMLERİ KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ
AN OVERVIEW OF THE CONCEPT OF PENAL LAW SCIENCES
Semih YUMAK

394-411

ULUSLARARASI HUKUKTA İHBARCILIK KAVRAMI VE İHBARCILARIN KORUNMASI
THE CONCEPT OF WHISTLEBLOWING AND PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS IN
INTERNATIONAL LAW
Gökçe KONYALI

412-428

OTOBİYOGRAFİ / AUTOBIOGRAPHY


Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ
Hüseyin Hatemi

429-437

HAYVANIN KÖTÜ MUAMELELERE KARŞI CEZA HUKUKU VASITASIYLA KORUNMASI HALİNDE MAĞDURUN TESPİTİ

DETERMINATION OF THE VICTIM WHEN THE ANIMAL IS PROTECTED FROM CRUEL
TREATMENT BY MEANS OF CRIMINAL LAW

Eylem BAŞ*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.823249> 

Makale Bilgi

Gönderilme: 08/11/2020
Kabul: 22/01/2021

Anahtar Kelimeler

Hayvan,
Ceza Hukuku,
Mağdur.

Özet

İnsanlar tarafından hayvanlara karşı kötü muamelelerde bulunduğu ilişkin haberlerin son zamanlarda giderek artan bir şekilde gündeme geldiği görülmektedir. Bu durum toplumda tepkilere neden olmakta ve hayvanlara karşı kötü muamelelerde bulunan kimselerin cezalandırılmaları istenmektedir. Zira şu anki mevzuata göre hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin bazıları şartları varsa “malvarlığına karşı suçlar” kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle hem 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu’nda (HKK) hem de 5237 Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) değişikliklerin yapılması öngörülmektedir. Böylece hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin suç olarak düzenlenerek cezalandırılması istenmektedir. HKK’da hayvanlara karşı gerçekleştirilen pek çok kötü muamele ceza hukuku anlamında suç olarak öngörülmesi de karşılığında idari yaptırımın öngörülmesi kabahat olarak düzenlenmektedir. Ceza hukukunun son araç olma niteliği bakımından doğru bir tercih yapıldığı söylenebilirse de hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin önlenmesi bakımından gereken yeterliliğin sağlanamadığını söylemek mümkündür. Bu çalışmada hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin suç olarak öngörülmesi halinde bu suçun mağduru belirlenmeye çalışılmaktadır. Bu kapsamda suç genel teorisinde mağdur kavramına ilişkin doktrindeki görüşler incelenerek malvarlığına karşı suçlar ayrı tutulmak kaydıyla bu suçun mağdurunun hayvan olmadığı, toplum olduğu sonucuna varılmaktadır.

Article Info

Received: 08/11/2020
Accepted: 22/01/2021

Keywords

Animal,
Criminal Law,
Victim.

Abstract

Recently, increasing news on the agenda about human-induced cruel treatments against animals has observed. This situation caused reactions in society. These reactions focused on the need for punishments for people who treat cruelly against animals. At this point, amendments have demanded to be made in both the Law on Animal Protection Numbered 5199 (AP) and the Law on Turkish Penal Numbered 5237 (TP). In this way, punishment for cruel treatments to animals as a crime has aimed. According to the current legislation, some of the cruel treatments against animals have been regulated within the scope of crimes against property. Many of the cruel treatments against animals have been regulated as administrative offences in the AP. This situation could be considered as the right choice in terms of the principle of ultima ratio. On the other hand, it is also possible to say that the required competence could not be achieved in terms of preventing cruel treatment against animals. This study discusses who could be the victim where the act of cruel treatment against animals has regulated as a crime. In this context, when the opinions in the doctrine regarding the concept of the victim in the general crime theory have examined, it has concluded that the victim is not the animal but the society, on the condition that crimes against property have excluded.

I. GİRİŞ

İnsanlar tarafından hayvanlara karşı kötü muamelelerde bulunulduğuna ilişkin haberlerin son zamanlarda giderek artan bir şekilde gündeme gelmesi, toplumda tepkilere neden olmakta ve bununla mücadele gereksinimi kanun koyucuyu etkilemektedir. Bu kapsamda hem HKK'da¹ hem de TCK'da² değişikliklerin yapılması öngörülmektedir³. Böylece hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin suç olarak düzenlenerek cezalandırılması istenmektedir.

Bir fiilin suç olarak öngörülüp öngörülmemesi tarihsel açıdan görecelik arz etmektedir. Zira sahip olunan medeniyet seviyesi, toplumun özellikleri dikkate alındığında zamana ve yere göre değişiklik göstermektedir. Yine örf, adet ve ahlakın gelişmesi de bir etken olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda daha evvel toplumun vicdanını rahatsız etmeyen bazı fiillere karşı ceza yaptırımıyla tepki gösterilmek istenmektedir ki bunlar arasında önemli bir örneği hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muameleler oluşturmaktadır⁴.

HKK'da ve TCK'da gerçekleştirilmek istenen değişikliklerle “şey” olarak görülen hayvanın artık olması gerektiği üzere “can” olarak görülmeye başlandığını söylemek mümkündür. Ancak bu çalışmada gerçekleştirilmek istenen söz konusu değişiklikler tek tek incelenmemektedir. Suç olarak öngörülmesi istenen bu düzenlemelerin mağduru, öncelikle hayvanın hukuki statüsü, ardından suç genel teorisinde mağdur kavramına ilişkin doktrindeki görüşler üzerinde durulmak suretiyle incelenmektedir.

II. HAYVANIN HUKUKİ STATÜSÜ

Hayvanın hukuki statüsünü belirlemek adına “kişi” kavramının üzerinde durmakta fayda vardır. “Kişi”nin Latincedeki karşılığı olan “persona” kelimesine⁵ bakıldığında eskiden tiyatroya oyuncunun rolünü icra ederken taktığı “maske”yi ifade ettiği görülmektedir⁶. Rol yapmayı ifade eden söz konusu kelime, daha sonra hayatta oynanan rolü ifade etmek için kullanılmaya başlanmıştır⁷. Hukuk alanında kişilerin hukuk sahnesinde oynadıkları rol anlatılmaktadır. Bir anlamda hukuk tarafından verilen karakter maskesidir⁸.

Hukuk, toplumsal ilişkileri düzenleyerek kişiler arasındaki hak ve yükümlülükleri belirler. Söz konusu hak ve yükümlülüklerin süjesiyse kişilerdir⁹. Bu bakımdan kişi, hukuk tarafından gerçekleştirilen bir kurgudur, soyuttur¹⁰, doğal değil, yasal bir meseledir¹¹.

Hukukta kişiden bahsedildiğinde akla gelen ilk varlık, gerçek kişi, yani insandır¹². İnsanla biyolojik ve fiziki bir varlık ifade edilmekteyken, kişiyle insanın hukuksal yönü anlatılmak istenmektedir¹³. Çağdaş hukuk düzenleri bakımından her insan, kişidir¹⁴. Geçmiş dönemlere bakıldığında örneğin eski Roma hukukunda olduğu üzere¹⁵ her insanın kişi olmadığı görülmektedir¹⁶. İnsanın sömürülmesiyle birlikte köleleştirilmesiyle, hak ehliyetine sahip olan ve olmayan insanları ayırabilmek adına kişi kavramına ihtiyaç duyulmuştur¹⁷. Eski Roma hukukunda insanlar özgür olanlar ve köleler şeklinde ikiye ayrılmakta¹⁸, özgürler hakların süjesini; kölelerse hakların objesini oluşturmaktaydı¹⁹.

¹ RG: 1.7.2004; 25509.

² RG: 12.10.2004; 25611.

³ Söz konusu kanun teklifleri için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3139.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3033.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2257.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1302.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1098.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1097.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0947.pdf>;

<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0795.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0815.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0825.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0831.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0446.pdf>;

<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0015.pdf>; <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0360.pdf> (Erişim: 8.11.2020)

⁴ TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, 1.Bası, Ankara 1970, s.296-297.

⁵ TÜRK HUKUK LÜGATI, Türk Hukuk Kurumu, 3.Bası, Ankara 1991, s.307.

⁶ GÜRKAN, Ülker: “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara 1995, s.42.

⁷ İMRE, Zahit: Medeni Hukuka Giriş, 3.Bası, İstanbul 1980, s.347.

⁸ FISCHER LESCANO, Andreas: “Natur als Rechtspersonen”, Zeitschrift für Umweltrecht, 2018(5)4, s.208.

⁹ KELSEN, Hans: General Theory of Law and State, (Çev: Anders Wedberg), Cambridge 1949, s.68.

¹⁰ BYDLINSKI, Franz: “Die “Person” im Recht”, Festschrift Peter Doralt zum 65. Geburtstag, Wien 2004, s.78.

¹¹ STUCKI, Saskia: “Rechtstheoretische Reflexionen zur Begründung eines tierlichen Rechtssubjekts”, Animal Law – Tier und Recht Developments and Perspectives in the 21st Century Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, Zürich 2012, s.152.

¹² WALINE, Marcel: “Törel Kişilik Kuramı”, (Çev: Hamide Uzbank), AÜHF, 2, 1945, s.306.

¹³ TÜRK HUKUK LÜGATI, s.307.

¹⁴ DÖRNER, Heiner: Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Baden-Baden 2019, BGB § 1, Rn.1; GUTZWILLER, Max: “Das Recht der Verbandspersonen”, Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel 1967, s.430.

¹⁵ HAUSHEER, Heinz/AEBI MÜLLER, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, s.264-265.

¹⁶ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, C.I, Umumi Esaslar, 6.Bası, İstanbul 1959, s.254.

¹⁷ BYDLINSKI, s.79.

¹⁸ KOSHAKER, Paul/AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s.76.

¹⁹ ATAAY, Aytakin: Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş–Hakiki Şahıslar, 2.Bası, İstanbul 1969, s.18; UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş–Kaynaklar–Umumi Mefhumlar–Hakların Himayesi, İstanbul 1982, s.361.

Her insan kişiyken, her kişi insan değildir²⁰. Günümüzde, “kişi” kavramının, bazı özellikleri bulunan kişi ve mal topluluklarını da ifade ettiği görülmektedir. Hukuk düzenince bir varlığın kişi olarak kabul edilmesi mümkün olduğu gibi söz konusu varlığın hakkın konusu yapılması da mümkündür. Bu, kanun koyucunun takdirindedir²¹. Hak sahipliği, bir niteliği ve imtiyazı ifade eder. Kanun koyucu, “kişi” kavramının içeriğini, kendi etik görüşü ve kanun koyma politikası içinde hareket ederek hangi varlığa üstünlük tanımak istiyorsa, onu kişi sayarak hak sahibi olma ehliyetiyle donatmaktadır. Bu takdir hakkını kullanırken sosyal gerçeklerle gereksinimleri dikkate almaktadır²².

Kişi kavramını açıklayabilmek için medeni hukuka bakmakta yarar vardır²³. 4721 sayılı “Türk Medeni Kanunu”nun²⁴ (TMK) “Birinci Kitabı”nda “Kişiler Hukuku” düzenlenmiş olup, “Birinci Kısım” “Gerçek Kişiler”, “İkinci Kısım”ysa “Tüzel Kişiler” başlığını taşımaktadır. Böylece gerçek ve tüzel olmak üzere iki tür kişinin varlığı kabul edilmektedir. Yani hayvan, kişi değildir.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, hayvan, hukukun süjesi değil, objesidir²⁵. Ancak hukuk düzenince korunan önemli bir objedir. Zira (bazı ülkelerdeki istisnai düzenlemeler dışında) yasal sistem içinde hayvanlara “kişi” olma vasfı verilmemiştir²⁶. Hukukun objesiyle, hukukun süjesinin üzerinde egemenlik kurabildiği şey anlatılmak istenmektedir²⁷. Ancak “süje”, kelime anlamı olarak “konu”, dilbilgisi alanında “özne” anlamına geldiğinden²⁸, kişiyi ifade etmemektedir. Esasında karışıklıklara yol açmaması nedeniyle “süje” kavramının kullanılmaması ya da kullanılıyorsa da bundan “kişi”nin anlaşılması yerindedir.

Hayvanların korunması, gelecek kuşaklara sağlıklı bir şekilde aktarılması gereklidir²⁹. Lakin hayvanın “obje” olarak görülmesi, toplumun hayvanlara karşı beslediği duyguyla örtüşmemektedir. Hatta günümüzde sadece hayvanlarla sınırlı kalınmayarak çevreye de bazı hakların tanınması önerilmektedir³⁰. Bu kapsamda “kişi” olmayan, ancak “şey” de olmayan, kendine özgü, ama yine de hukukun objesi olmaya devam eden “üçüncü bir kategori” olarak görülmektedir. Nitekim “İsviçre Medeni Kanunu”na 2003 yılında eklenen m.641a’yla hayvanların eşya olmadığı ancak özel bir düzenleme olmadığı sürece eşyalara ilişkin hükümlere tabi olduğu belirtilmektedir³¹. Benzer düzenlemeye “Alman Medeni Kanunu”na (Al. MK) 2002 yılında eklenen m.90a’da da yer verilmektedir. Türk hukuk sisteminde de benzer bir düzenlemeye yer verilmesi gelecek için izlenebilecek yerinde bir tercih olarak kabul edilmelidir³². Hayvanın eşya olmadığına ilişkin mevzuattaki söz konusu hükümler, hayvanın aynı hakkın konusunu oluşturmasını değiştirmemektedir. Nitekim Al. MK. m.903/2’de “*hayvanın sahibinin, yetkilerini kullanırken hayvanların korunmasına ilişkin özel kurallara uymak zorunda*” olduğu belirtilmektedir. Esasında bu, hayvanın kanun koyucu tarafından özel bir koruma altına alınmak istenmesinden başka bir şey değildir³³.

Hayvanın eşya olduğunun kabul edilmemesi halinde eşyaya ilişkin hükümler hayvanlara eşya oldukları için değil, ancak eşya gibi sayıldıkları için uygulanmaktadır³⁴. Klasik eşya sınıflandırmasının yanında kendine özgü kuralları bulunan yeni bir eşya türünün oluşturulduğu, zira hayvanların “yaratık” olarak dikkate alınması nedeniyle özel eşyalar olduğu da ifade edilmektedir³⁵. Türk hukuk sistemindeyse hayvanların eşya sayılmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından³⁶, söz konusu tartışmaların pratikte

²⁰ KELSEN, s.96.

²¹ VON THUR, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1.Bası, Leibzig 1910, s.370-371.

²² DURAL, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 3.Bası, İstanbul 1987, s.3-6.

²³ HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 6.Bası, İstanbul 2016, s.21.

²⁴ RG: 8.12.2001; 24607

²⁵ WIELING, Hans Josef: Sachenrecht, Band 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2.Bası, Berlin Heidelberg 2006, s.56.

²⁶ WILHELM, Jan: Sachenrecht, 4.Bası, Göttingen 2010, s.30. Latin Amerika’da örneğin Kolombiya’da mahkemeler hayvanların kişi olduğunu ve haklarının bulunduğunu kabul etmektedir. Yine 2016 yılında Arjantin’de “Mendoza Mahkemesi”, “şempanze”nin “kişi” olduğuna hükmetmiştir. Bkz. FISCHER LESCANO, s.206.

²⁷ ZERRES, Thomas: Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7.Bası, Berlin Heidelberg 2013, s.33.

²⁸ TÜRKÇE SÖZLÜK, Türk Dil Kurumu, 11.Bası, Ankara 2011, s.2178.

²⁹ BYDLINSKI, s.81.

³⁰ Örneğin 2017 yılında Hindistan’da “Uttarkand Yüksek Mahkemesi”, “Ganj Nehri”nin kişi olduğunu kabul ederek haklarının bulunduğu hükmetmiştir. Bkz. FISCHER LESCANO, s.205.

³¹ STUCKI, s.145-146.

³² OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku (Eşya), 20.Bası, İstanbul 2017, s.10, dp.32.

³³ WIELING, s.56.

³⁴ Bir anlamda hayvanın eşya niteliği, yalnızca hayvanları koruma amacıyla bağdaştırılmış ölçüde kabul edilmek istenmektedir. Bu kapsamda eşya kavramının esnek, işlevsel ve tarihsel süreç içinde göreceli bir kavram olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Bkz. SEROZAN, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, 2.Bası, Ankara 2007, s.72.

³⁵ WILHELM, s.30.

³⁶ SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 1.Bası, Ankara 2013, s.9.

bir anlamı kalmamaktadır³⁷. Doktrindeki hâkim görüş, hayvanların eşya niteliğinde olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir³⁸. Örneğin hayvan, ceza hukukunda “eşya müsadere”nin konusu edilmektedir³⁹.

Bugün Avrupa'daki tüm ülkeler tarafından her ne kadar birlik arz etmese de hayvanların korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁰. 15 Ekim 1978'de Paris “UNESCO” (BM Eğitim Bilim ve Kültür Örgütü) merkezinde ilan edilen “Hayvan Hakları Evrensel Bildirisi”nde tüm hayvanların “var olma hakkı” öngörülmüştür. HKK m.4/1-a ise “*bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir*” şeklindedir. HKK'da hayvanların “yaşama hakkı”nın bulunduğu hükme bağlanması karşısında artık hayvanların “eşya” olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir⁴¹. Ayrıca doğada kişi kavramının bulunmadığı ve bu kapsamda kişi kavramının bir kurgunun ürünü olduğu düşünüldüğünde, hayvanların da kişi olarak kabul edilmesinin çelişki olarak değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır⁴².

Hayvanların “yaşama hakkı” bakımından ve yaşam hakkıyla sınırlı olacak şekilde bağımsız bir hak ehliyetinin olduğunun kabul edilmesi önerilmektedir. Ayrıca hayvanlara malvarlığı hakları bakımından hak ehliyeti tanınması yerine, gerçek ve tüzel kişilere, örneğin kişinin öldükten sonra arkasında bıraktığı hayvanına ölüncüye değin iyi bakılması koşuluyla kazandırmalar yapılması da tavsiye edilmektedir⁴³. Cenin, nasıl korunuyor ve bir anlamda yaşama hakkı cenine tanınıyorsa ve medeni hukukta sınırlı bir hak ehliyetine sahipse aynı durumun hayvanlar bakımından da geçerli olması savunulmaktadır. Cenine tanınan bu sınırlı hak ehliyeti nasıl ki annenin yaşama hakkı karşısında zorunluluk durumu nedeniyle korunmuyorsa, hayvanlara da bağımsız bir yaşama hakkının ve sınırlı hak ehliyeti tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu kabul, insan hayatıyla karşılaştırıldığında insan hayatının üstün tutulmasını engellemeyecek ancak hayvan üzerinde deney, avcılık gibi fiilleri engelleyecektir⁴⁴. Ancak hayvanlara bazı hakların tanınması esasında onların kişi olarak kabulü amacıyla değil, bazı hayvan “hakları”nın ihlal edilmesinin önüne geçilmesi amacıyla. Yani amaç, hayvanın korunmasıdır.

Günümüzde insanların kişi statüsünü zaman içinde elde ettikleri, örneğin kölelerin, kadınların başlarda kişi olarak kabul edilmedikleri, bunun doğal bir kabulün değil, tarih boyunca gerçekleştirilen bir mücadelenin ürünü olduğu belirtilmektedir. Irka ve cinsiyete dayalı kırımları artık türlerin kırılmasının takip edeceği bunusa hayvanları artık obje olmaktan çıkarak stüje haline getireceği söylenmektedir⁴⁵. Lakin bugüne kadar gerçekleşen kırımların aynı tür içinde gerçekleştiği unutulmamalıdır.

Bir diğer örnekse milletlerarası hukuktan verilmektedir. Milletlerarası hukukta önceleri stüjeler devletken, bireyler obje olarak görülmüştür. Zaman içinde insan haklarının uluslararası hukuka girmesiyle birlikte insanın objeliği, özellikle korunmasını gerektiren durumlar karşısında göreceli hale gelmiştir. İnsanın milletlerarası hukuk alanındaki bu konumuyla, hayvanın ulusal hukuk karşısındaki konumunun paralellik arz ettiği belirtilmektedir. Nitekim uluslararası hukukun stüjeleri arasında yer alan uluslararası kuruluşlar da insanın korunması düşüncesiyle kabul edilmiştir⁴⁶.

Hayvanların hukukun stüjesi haline getirilmesi beraberinde insanların örneğin hayvan eti yiyip yiyemeyeceği, böcekleri öldürüp öldüremeyeceği yahut yine insanlık için gerekli olan bilimsel araştırmaların hayvanlar üzerinde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği gibi pek çok problemi beraberinde getirmektedir⁴⁷. Örneğin “Alman Hayvan Koruma Kanunu”nun 17. paragrafında tüm hayvanların değil, bir omurgalının⁴⁸ makul bir sebep bulunmaksızın öldürülmesine ya da kötü muamele sonucu ciddi şekilde acı çekmesine ya da hastalanmasına yahut uzun süren veya tekrarlayan şekilde acı çekmesine ya da hastalanmasına neden olunması suç olarak öngörülmektedir. Burada makul sebep kavramı normatif ve insanın korunmasına ilişkin menfaatler bakımından nesnel olarak değerlendirilmektedir. Bu kapsamda

³⁷ ORAL, Tuğçe: “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu”, TAAD, Yıl:5, (16), 2014, s.321-322.

³⁸ Yargıtay, 7.CD., 26.2.2014, E.2013/13751, K.2014/3034. www.kazanci.com (Erişim: 30.06.2020)

³⁹ Yargıtay 7.CD., 12.10.2015, E.2014/18899, K.2015/19944. www.kazanci.com (Erişim: 30.06.2020)

⁴⁰ MICHEL, Margot: “Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen”, Animal Law – Tier und Recht Developments and Perspectives in the 21st Century Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, Zürich 2012, s.594.

⁴¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.10.

⁴² STUCKI, s.153.

⁴³ HATEMİ, Hüseyin/OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), 1.Bası, İstanbul 2014, s.9-10.

⁴⁴ Yaşam hakkının anayasada gerçekleştirilen bir değişikliklikle hayvanlara da tanınması gerektiği yönünde bkz. SUNGURBEY, İsmet, Hayvan Hakları, İstanbul 1992, s.75-76.

⁴⁵ STUCKI, s.148-149.

⁴⁶ STUCKI, s.151.

⁴⁷ RICHTER, Dagmar: “Recht Des Tieres und Menschliche Interessen”, Menschen Rechts Magazin, (2), 2015, s.97.

⁴⁸ Omurgalı hayvanın evcil olup olmamasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bkz. ERBS, George/KOHLHAAS, Max/STÖCKEL, Heinz/Müller-Walter, Markus H.: Strafrechtliche Nebengesetze, München 2018, § 37, Rn.10.

orantılılık ilkesine dikkat edilmektedir⁴⁹. Benzer bir düzenlemenin Türk hukuk sistemi bakımından da öngörülmesinde fayda vardır.

III. “MAĞDUR” VE “MAĞDURİYET” KAVRAMLARI

HKK m.1’de “bu Kanunun amacı”nın, “*hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak*” olduğu belirtilmektedir. Her ne kadar maddede “mağduriyet” kavramından bahsedilmişse de bu, suç genel teorisinde kendine has bir yeri bulunan “mağdur” kavramından farklıdır.

“Mağdur⁵⁰” kavramı, Türkçeye Arapçadan geçmiştir. “Zulim görmüş⁵¹, gadre, haksızlığa uğramış⁵²”, “kıyım⁵³” anlamına gelmektedir. Mağdur, “gudre”den gelen ve “gadr⁵⁴” mastarından türetilmiş olup; “gadr”, hainlik, zulüm, merhametsizlik, haksızlık, sözleşme nedeniyle vefasızlığa uğrama⁵⁵, sözleşmenin bozulması şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁶. “Mağdur etmek”, haksızlığa uğratarak zor durumda bırakmak; “mağdur olmak”, haksızlığa uğrayarak zor durumda bulunmak anlamındadır⁵⁷. Esasında olumsuz bir anlama sahiptir ve kimse mağdur olmak istemez⁵⁸. Mağdurun söz konusu olumsuz anlamı nedeniyle “ilgili kişi” şeklinde ifade edilmesi önerilmektedir⁵⁹.

“Türk Hukuk Lügati”nda mağdurun gerçekleştirilen bir suç ya da haksız fiil nedeniyle zarar gören kişi olarak tanımlandığı görülmektedir⁶⁰. Yani herhangi bir hukuk kuralının ihlali nedeniyle zarar gören kimse mağdurdur⁶¹. Bu kapsamda özel hukukta haksız fiil nedeniyle zarar gören kişi mağdur olarak nitelendirilmektedir⁶². Nitekim Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur⁶³. Ancak ne TMK’da ne de 6098

⁴⁹ MICHEL, s.616-617.

⁵⁰ İngilizcede mağduru ifade etmek için “victim” kelimesi kullanılmaktadır. Bu kelime Latince kökenli olup, kutsal ve insanlara yasak olan anlamına gelen “victima” kelimesinden gelmektedir. Bkz. LIBERMAN, *Analytic Dictionary Of English Etymology*, Minnesota 2008, s.217, 347. Bu kavrama İncil’de olduğu gibi dinde de yer verildiği ve “kurban” anlamında kullanıldığı görülmektedir. Bkz. FLETCHER, George P.: *Basic Concepts of Criminal Law*, 1.Bası, New York 1998, s.32. Zira “kurban”, Tanrıya sunulan canlı varlık anlamına gelmektedir. Bkz. SOKULLU AKINCI, Füsun/Dursun, Selman: *Viktoloji (Mağdurbilim)*, 3.Bası, İstanbul 2016, s.3. Dilbilimciler tarafından gerçekleştirilen çalışmalarda pek çok kültürde bu kavramın dini fedakârlıkla ilgili olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, masum olan olarak kabul edilmektedir. Bkz. BERGELSON, Vera: *Victims’ Rights and Victims’ Wrongs Comparative Liability in Criminal Law*, 1.Bası, California 2009, s.1. Nitekim insanlar, gönüllü veya zorunlu olarak başka bir insanı ya da hayvanı, kefareti ödemek için feda etmekte ve feda edilen şey için “kurban” ifadesi kullanılmaktadır. Mistik veya dini bir kavramı çağrıştırmaması, hukuki anlamı bakımından soruna neden olmaktadır. Zira ister istemez dini anlamını bünyesinde barındırmaktadır. Ayrıca “kurban” ifadesi, çaresizliği ve pasifliği ifade etmektedir. Almancada mağduru ifade etmek için kullanılan “opfer” kelimesi, İngilizcede olduğu gibi “kurban” anlamına da gelmektedir. Savaş döneminde halktan vatan için kendini feda etmesinin istenmesi ve kendisini feda edenlerin savaş mağduru olarak nitelendirilmesi bu kapsamda düşünülmektedir. Yine söz konusu durum pek çok romana, siyasi düşünceye konu edilerek fedakârlık ve mağdurluk kavramları popülerleştirilmektedir. Ancak her ne kadar suç mağduru için bazen “kurban” kavramı kullanılsa da teknik hukuk açısından doğru bir kavram değildir. Bkz. VON MAYENBURG, David: “Geborene Opfer”, *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 14, 2009, s.125-126. Nitekim Türk hukuk sisteminde “victim”in tam karşılığı olan “kurban” yerine “mağdur” kavramının tercih edildiği görülmekteyse de (bkz. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İNSAN HAKLARINI İNCELEME KOMİSYONU, *Mağdur Hakları İnceleme Raporu*, 24. Dönem, 4. Yasama Yılı 2014, s.69) doktrinde “kurban” kavramını kullananlar da bulunmaktadır. Bkz. ONURSAL, Sami: *Kamu Davasına Müdahale*, 1.Bası, İstanbul 1968, s.41; TANER, Tahir: *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3.Bası, İstanbul 1953, s.431; DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14.Bası, Ankara 2019, s.214.

⁵¹ AYVERDİ, İlhan: *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, C.2, 4.Bası, İstanbul 2011, s.1918.

⁵² NİŞANYAN, Sevan: *Sözlerin Soyağacı*, 3.Bası, İstanbul 2007, s.300.

⁵³ TÜRKÇE SÖZLÜK, s.1603. “Kıyım” ise haksızlık, gadir, zulüm anlamına gelmektedir. “Kıyım”, mağduru; “kıyım” ise mağduriyeti ifade etmektedir. Bkz. AÇIKGÖZOĞLU, Muhammet: *Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı*, 1.Bası, Ankara 2000, s.13.

⁵⁴ DEVELLİOĞLU, Ferit: *Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lügat*, 31.Bası, Ankara 2015, s.314.

⁵⁵ Bu kapsamda hakkını alamamış, “hıyanet görmüş”, “muhtaç” kimse olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. YELBAŞI, Cengiz: *Fransızca-İngilizce-Almanca Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 1.Bası, Ankara 2014, s.383.

⁵⁶ AKDEMİR, Süleyman: *Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1984, s.8.

⁵⁷ KANAR, Mehmet: *Osmanlı Türkçesi Sözlüğü*, C.2, 1.Bası, İstanbul 2009, s.1972.

⁵⁸ Nitekim “Cinsel Şiddetle Mücadele Demeği” tarafından, cinsel saldırıya uğrayanları ifade etmek için medyada “mağdur” ya da “kurban” yerine “hayatta kalan” kavramının kullanılması önerilmektedir. Zira aksi halde saldırıya uğrayanı zayıflatan ve mağdurlaştıran bir dilin tercih edildiği ifade edilmektedir. <http://cinselsiddetlemucadele.org/2016/06/26/kavram-tartismalari-1/> (Erişim: 30.06.2020)

⁵⁹ Hatta okullarda öğrencilerin birbirlerine “sen mağdur” diyerek birbirlerini küçümsedikleri yönünde bkz. KNORRE, Hedwig V.: *Das Erste Grosse BetrugsOpfer Buch*, 2.Bası, Berlin 2014, s.233.

⁶⁰ TÜRK HUKUK KURUMU, s.213.

⁶¹ AKDEMİR, s.10.

⁶² TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İNSAN HAKLARINI İNCELEME KOMİSYONU, s.2.

⁶³ Yargıtay 17.HD., 25.12.2018, E.2016/7145, K.2018/12793; Yargıtay 17.HD., 18.12.2018, E. 2016/3333, K.2018/12331. www.kazanci.com (Erişim: 30.06.2020)

sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda⁶⁴ mağdur kavramına yer verilmiştir. “Mağduriyet” ise mağdur olma hali için kullanılan isimdir⁶⁵.

Günümüzde mağdura yönelik akademik ve politik ilginin giderek artması⁶⁶ ve toplumu etkileyen bazı olayların sonucunda, mağdur kavramının sınırlarının genişlediği ve çeşitli mağdur sınıflandırmalarının yapıldığı görülmektedir. Bu nedenle mağdur kavramının rafine edilmesi kolay değildir⁶⁷. Suç nedeniyle mağdur olma mağduriyetin ilk akla gelen hallerinden biridir. Ancak bu kavram daha evvel bahsedildiği üzere hukuk dışında da kullanılmaktadır. Herhangi bir konuyla ilgili ortaya çıkan mağduriyete neden olan olayın sonuna “-zede” eki eklenmek suretiyle mağduriyet şekillerinden bahsetmek mümkündür. Örnek olarak depremden etkilenen kişiler için “depremezde” ifadesinin kullanılması verilebilir⁶⁸. Ancak bu kimseler her ne kadar doğal afet nedeniyle acı çekseler de ceza hukuku anlamında mağdur değillerdir. Zira devletin depremi önleme yükümlülüğünden bahsedilemezken, suç işlenmesini önlemek konusunda bir yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁹. Viktimolojideyse mağdurdan yalnızca ceza hukukunda mağdurun mu yoksa doğal afetler, yoksunluklar, hastalıklar ve kazalar neticesinde mağdur olanlarında mı anlaşılması gerektiği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Yapılan araştırmalar, suç mağduru olmayanların da kendilerini adaletsizliğin ya da keyfiliğin mağduru olarak nitelendirdiklerini göstermektedir. Hatta “Dünya Viktimoloji Topluluğu” gibi küresel ölçekteki topluluklar, kendi ülkelerinde ırkçı, cinsiyetçi, dini ya da siyasi baskıya uğrayanların, her ne kadar açıkça kabul edilmese de mağdur olduğunu kabul etmektedir. Zira bu kimseler, kendilerini diğer ulusların insanlarıyla karşılaştırdıklarında haksızlığa uğradıklarını düşünmektedirler. Ulusal bazda bu kimselerin mağdur olup olmadıklarının dikkate alınmasıysa uluslararası bağlamda insan hakları bakımından yerinde bir tercih olarak kabul görmemektedir⁷⁰.

“Mağdur” kavramının bu denli genişletilmesi, çeşitli mağdur gruplarının yaşadığı travma veya şokun yanında farklı travma türleriyle baş etmedeki benzerliklerine dayanmaktadır⁷¹. Söz konusu kategorileştirme mağdurlarla ilgili politikalar bakımından özellik arz eder. Bu politikalar oluşturulurken şoka veya travmaya neden olan olayların mağdurlarını kapsayan evrensel ya da ulusal hukukta öngörülen suçların mağdurlarına yönelik özel bir yaklaşım izlenebilir. Ara bir yaklaşımsa insanın neden olduğu tehlike veya zarardır. Yani insanın, insan yapısının veya kuruluşların neden olduğu fiilin mağdurlarından bahsedilmesi mümkündür⁷².

IV. SUÇ GENEL TEORİSİNDE “MAĞDUR” KAVRAMI

“Mağdur”, her ne kadar hukukta ve özel olarak ceza hukukunda olmasa da daha evvel belirtildiği üzere toplumun algısında geniş bir anlama sahiptir⁷³. TCK'da ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda⁷⁴ (CMK) tanımı yapılmamıştır⁷⁵. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar dikkate alındığında, sınırlarının çizilmesi önemli bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır⁷⁶. Örneğin zincirleme suç, haksız tahrik, “hapis cezasının ertelenmesi”, etkin pişmanlık hükümleri, müsadere, dava zamanaşımının başlangıcı bakımından mağdurun tespiti gereklidir. Ceza muhakemesi hukuku bakımından ceza davasına katılma ve bu hak dışında kalan muhakemenin evrelerine göre değişebilen diğer mağdur haklarının⁷⁷ kim

⁶⁴ RG: 4.2.2011; 27836.

⁶⁵ WEBSTER'S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY, Springfield, Massachusetts 2002, s.2550.

⁶⁶ EDWARDS, Ian: “An Ambiguous Participant, The Crime Victim and Criminal Justice Decision-Making”, The British Journal of Criminology, 44(6), 2006, s.967.

⁶⁷ BRIENEN, Marion Eleonora Ingeborg/HOEGEN, Ernestine Henriette: Victims of crime in 22 European criminal justice systems: The implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure, Nijmegen 2000, s.25.

⁶⁸ Mağduriyete neden olan olayın sonuna “zede” ekinin eklenmesi suretiyle sınırsız bir şekilde mağdur tiplerinin oluşturulmasının mümkün olduğu yönünde bkz. DİNLER, Veysel: “Mağduriyet Kavramına Çok Yönlü Yaklaşım”, Suç Mağdurları, Ankara 2006, s.49-50.

⁶⁹ BAYLEY, James E.: “The Concept of Victimhood”, To Be A Victim Encounters With Crime And Injustice, New York 1991, s.55-56.

⁷⁰ BAURMANN, Michael C./SCHÄDLER, Wolfram: Das Opfer nach der Straftat - seine Erwartungen und Perspektiven, Eine Befragung von Betroffenen zu Opferschutz und Opferunterstützung sowie ein Bericht über vergleichbare Untersuchungen, Wiesbaden 1999, s.23-24.

⁷¹ Nitekim batı Avrupa ülkelerinde “Mağdur Destek Hizmetleri”nin giderek doğal afet mağdurlarını da kapsama alacak şekilde hedef gruplarını genişlettiği görülmektedir. Bkz. MAĞDUR HAKLARI DAİRE BAŞKANLIĞI, Yurt Dışı İnceleme ve Çalışma Ziyareti Raporları, Ankara 2016, s.9.

⁷² AERTSEN, Ivo: “Karşılaştırmalı Avrupa Ülkeleri Mağdur Hakları Mevzuatı Türkiye’de Mağdur Haklarının ve Mağdurlara Verilen Hizmetlerin Güçlendirilmesi: Etkin Uygulamaya Doğru”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu, 30-31 Ekim Ankara 2014, s.81.

⁷³ LIU, Jessie K.: “Victimhood”, Missouri Law Review, 71(1), 2006, s.128. Nitekim teolojik, psikolojik ve hukuki açıdan farklı anlaşılmaktadır. Bkz. BAURMANN/SCHÄDLER, s.23.

⁷⁴ RG: 17.12.2004; 25673

⁷⁵ Ancak örneğin Avusturya CMK par.65'te “mağdur” ve “ilgili” kavramlarının tanımına yer verilmiştir. Kanun metni için bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/stpo/paragraf/65> (Erişim: 30.06.2020)

⁷⁶ LIU, s.115.

⁷⁷ HELLMANN, Uwe: Strafprozeßrecht, Berlin Heidelberg 1998, s.164.

tarafından kullanılacağı belirlenmesi, mağdur kavramının tanımlanarak sınırlandırılmasını gerektirir⁷⁸. Yine infaz hukuku bakımından denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kimselerin mağdura zarar verip vermeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiğinden⁷⁹ mağdurun belirlenmesi gereklidir.

“Mağdur” kavramının sınırlarını oldukça genişleten ve de daraltan anlayışlar söz konusudur. Ancak zaman içinde yerinde olarak bu kavramın kapsamını genişleten anlayışların terk edilerek, suçun hukuki konusunun ve suçun ihlal edici özelliğinin temel alınarak tanımlandığı görülmektedir. Bu yaklaşıma karşın, mevzuatta “mağdur” kavramı belli bir anlayışın eseri olarak kullanılmamaktadır⁸⁰.

TCK ve CMK dışında mevzuattaki düzenlemelere bakıldığında “mağdur”un tanımlandığı hükümlerin bulunduğu görülmektedir. Nitekim “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik”te⁸¹ “tanımlar” başlıklı m.3’te “*bu yönetmelikte geçen*” mağdur ifadesinden “*suçtan veya haksız fiilden zarar gören kişi*”nin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak söz konusu tanım “suçtan zarar gören” kavramıyla arasındaki fark gözetilmeksizin⁸² ve hatta “suçtan zarar gören” kavramından dahi geniş olup kanun koyucunun tanım yapmaktan kaçındığı bir hususun yönetmelikle tanımlanmasının yerinde bir tercih olmadığı yönünde eleştirilse de⁸³ bu tanımın yalnızca ilgili Yönetmelikte geçen mağdur ifadesi için dikkate alınacağı altı çizilmelidir. “Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği⁸⁴” m.4/1-p’deyse mağdurun “*kendisine veya birinci dereceden aile üyelerinden birine karşı işlenen suçun fiziksel, duygusal veya maddi sonuçları sebebiyle desteğe ihtiyaç duyan kişi*” şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Yine söz konusu tanımın da ilgili Yönetmelik kapsamında yer alan mağduru tanımlamak için öngörüldüğü unutulmamalıdır.

Son zamanlarda suçtan kaynaklanan mağduriyetin giderilmesi hususunda sosyal devlet ilkesi gereğince devletin aktif bir rol alarak, meydana gelen zararın kamuya dağıtılması ve devlet bütçesinden ayrılan bir fonla zararın giderilmesi yönünde çalışmalar bulunmaktadır⁸⁵. Bu kapsamda 2020 yılında yürürlüğe giren “Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁸⁶” m.2-d’de “mağdur”, “*suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Söz konusu tanımın ilgili Kararnamenin uygulanması bakımından geçerli olduğuna ve “suçtan zarar gören”i kapsamına aldığına dikkat edilmelidir. Nitekim bu tanım ceza hukukundaki “mağdur” tanımına nazaran geniştir⁸⁷. Ayrıca her ne kadar yalnızca adı geçen Kararnamenin uygulanmasıyla ilgili olsa da mevzuatta ilk kez mağdurun “gerçek kişi” olacağına ilişkin bir iradenin açıklandığı görülmektedir.

Ceza hukuku kapsamında mağdura ilişkin tanımlamalar bulunmaktadır. Örneğin bu tanımlamalardan biri kendisine karşı suç işlenen kimsenin mağdur olduğu yönündedir⁸⁸. Mağdurun suçun maddi unsurunun etkilediği kişi⁸⁹ ve bu kapsamda özel ve dar bir anlamının bulunduğu⁹⁰, fail tarafından gerçekleştirilen suçun yıkıcı etkilerini bizzat yaşayan kişi olduğu, devletin koruma yükümlülüğünün ihlali neticesinde zarara uğradığı⁹¹, ceza normuyla korunmaya çalışılanın mağdur olduğu doktrinde ileri sürülmektedir⁹².

İşlenen herhangi bir suça muhatap kılınan herkesin, mağdur olarak kabul edileceği de ileri sürülmüştür. Bu nedenle mağdur kavramının sınırlarını belirlemek adına “zarar teorisi” ortaya atılmıştır. Meydana gelen

⁷⁸ ABD’de, mağdur haklarından yararlananların belirlenebilmesi için mağdur kavramının tanımı her eyalette farklı şekilde yapılmaktadır. Bu nedenle hakların kullanımı bakımından mağdurun nisbiliğinden bahsedilmektedir. Bkz. TRULSON, Chad R.: “Victims’ Rights and Services: Eligibility, Exclusion, And Victim Worth”, Reaction Essay, 4(2), 2005, s.399, 402-403.

⁷⁹ SOKULLU AKINCI/DURŞUN, s.23-24.

⁸⁰ KATOĞLU, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFHD, 61(2), 2012, s.689.

⁸¹ RG: 1.6.2005; 25832.

⁸² KAZAKER, Gözde: Kamu Davasına Katılma, 1.Bası, Ankara 2019, s.60.

⁸³ PAMUK, Gülfem: Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, 1.Bası, İstanbul 2012, s.157.

⁸⁴ RG: 5.3.2013; 28578

⁸⁵ EDWARDS, s.967.

⁸⁶ RG: 10.06.2020; 31151

⁸⁷ Türk Tabipleri Birliği’nin “Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı” üzerine görüş (20 Kasım 2009)’ü için bkz. http://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=f7936950-923f-11e7-b66d-1540034f819c (Erişim: 30.06.2020) Esasında bu sorunun temelinde TCK’da ve CMK’da “mağdur”un ve “suçtan zarar gören”in tanımına yer verilmemesinin yattığı yönünde bkz. KAFES, Veli: “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, AÜHFHD, 60(1), 2011, s.147-148.

⁸⁸ ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1.Bası, Ankara 2003, s.140; VIDAL Georges/MAGNOL, Joseph: Ceza Hukuku, (Çev: Şinasi Z. Devrin), Ankara 1946, s.66.

⁸⁹ YÜCEL, Mustafa Tören: Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, 4.Bası, Ankara 2007, s.38; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10.Bası, Ankara 2019, s.124.

⁹⁰ TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İNSAN HAKLARINI İNCELEME KOMİSYONU, s.4.

⁹¹ DEĞİRMENCİ, Olgun: “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBB, (77), 2008, s.76. Bu zarar fiziksel, psikolojik ya da ekonomik olabilir. Bkz. GRIFFIN, John Brian: “Participation of The Public and Victims in Criminal Justice Administration”, UNAFEI Resource Material Series No:56, Fuchu, Tokyo, Japan 2000, s.39; ASLI, Mehrdad Rayejan: “Iranian Criminal Justice System in Light of International Standards Relating to Victims”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 14(2), 2006, s.187-188.

⁹² LIU, s.119.

zararın veya tehlikenin ağırlığı, cezanın belirlenmesinde önemli bir etkidir. Herhangi bir zarara veya tehlikeye neden olmayan bir fiilin suç olarak düzenlenmesinden bahsedilemez. “Göze göz, dişe diş” veya “kisas” denilen sistemde dahi bu durumun esas alındığını söylemek mümkündür. Failin işlediği fiil nedeniyle pek çok tehlike veya zarar ortaya çıkabilir. Ancak bu teoriye göre mağdur kavramının, kast edilmeyen, öngörülemeyen veya öngörülemeyecek şekilde zarar görmüş kişileri içerecek şekilde genişletilmemesi gereklidir. Psikolojik zarar, bu kapsamda örnek olarak verilebilir, zira oldukça belirsizdir ve teorik olarak her şeyi içerebilir. Çoğu zaman zarar görmüş bir kişinin suçlunun niyetinden uzaklığıyla, ortaya çıkan zararın ciddiyeti arasında bir ilişki vardır. Örneğin, gazetede “kasten öldürme” suçuna ilişkin bir haberi okuyan, on dakika endişe duyan ve daha sonra olayı tamamen unutan bir kimse, iki nedenden ötürü mağdur statüsü için uygun değildir. İki failin ona zarar vermek niyetinin olmaması, ikincisiyse zararın önemsiz olmasıdır⁹³. Ancak bu durumda işlenen suç, üçüncü kişiler bakımından kendilerinin de bu suçun mağduru olabileceği şeklinde bir endişeye sebebiyet vermektedir⁹⁴.

Mağdurun öne çıkması esasında maddi ceza hukukuyla başlamıştır. Zira kanunda öngörülen suçların tanımının çoğunda failin fiilinin mağdur üzerindeki etkisinden bahsedilmektedir ki bu kapsamda “zarar teorisi”nden yararlandığı görülmektedir. Örneğin “kasten öldürme” suçunda mağdurun ölmesi gerekliken, mağdurun ölmemesi halinde bu suça teşebbüsten bahsedilir⁹⁵. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da mağdur bulunmaktadır⁹⁶.

Mağdur konusu oldukça geniş boyutludur. İnsan hakları, hukuk devleti, sosyal devlet bakımından da mağdura bakmak mümkündür. Bu kapsamda, mağduriyet halinde bu mağduriyetin devlet tarafından giderilmesi örnek olarak verilebilir⁹⁷. Böylece, mağdur kavramı çağdaş politika tartışmaları bakımından önem taşımaktadır. Ancak tam da bu nedenle mağdurun tanımının yapılmamasının gerektiği savunulmaktadır. Örneğin işlenen bir suç nedeniyle psikolojisi bozulan üçüncü bir kimsenin psikolojik destek gören kapsamına alınması mümkünken, faile verilecek cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaması yerinde olacaktır⁹⁸. Ancak yine de ceza hukukundaki mağdur kavramının tanımının yapılmasında fayda vardır. Bunun dışında örneğin sosyal devlet ilkesi gereğince suçtan etkilenen kişilere yardımda bulunmak isteniyorsa ve ceza hukukundaki mağdurun dışında kalan kimselerin kapsama alınması gerekiyorsa bunun için ilgili mevzuatta ayrıca “mağdur” şeklinde bir tanımlamaya gidilmemelidir. Ceza hukukundaki mağdur dahil edilmek isteniyorsa, bunun “mağdur”un yanında ayrıca gerekirse tek tek sayma yoluyla veya genel bir ifade kullanılmak suretiyle yapılması gereklidir. Aksi halde yukarıda bahsedildiği üzere mevzuatta birden fazla mağdur tanımının yer almasıyla karşı karşıya kalınmakta ve bu da uyumsuzluğa neden olmaktadır.

İşlenen bir suçun birden fazla kimseye zarar vermesi söz konusu olabilir. Bu kapsamda, failin fiilinden dolayı herhangi bir şekilde zarar gören herkesin mağdur olabileceği savunulmaktadır⁹⁹. Örneğin “hırsızlık” suçunun gerçekleşmesi halinde, yalnızca taşınır malın zilyedi değil, taşınır malın zilyedinin alacaklılarına da zarar verilir. Gerçekleştirilen suç nedeniyle çeşitli şekillerde zarara uğrayan herkesin mağdur olarak kabul edilmesiyse, mağdur kavramının kapsamının genişlemesine neden olur¹⁰⁰. Adeta birbirlerini içine alan halkalar gibi çekirdek halka örneğin “kasten öldürme” suçunda ölen, bir sonraki halka ölenin ailesi, bir sonraki halka ölen kişinin kaybından önemli ölçüde etkilenen yakın çevre, bir sonraki halkaysa söz konusu suçun haberini yapan gazeteci, haberi televizyonda izleyen izleyici, hatta failin fiili nedeniyle failin ailesi, yakın arkadaşları ve çevresinden oluşacaktır. Zira bu halkalar içinde yer alan her bir kimse, işlenen suçtan etkilenmektedir. Mağdurun geniş anlaşılması halinde tüm bu sayılan kimseler mağdur olarak kabul edilir. Mağdur” kavramını bu şekilde genişletmek “kasten öldürme” suçu neticesinde ölen kişiyle, bu kişinin yakınlarını ve hatta güvenlik kaygısıyla gece uykusu kaçan komşusunu bir tutmak anlamına gelecek ve bu durum adil olmayacağı gibi rahatsız edici bir eşdeğerliğe neden olacaktır¹⁰¹. Hemen hemen herkes herhangi bir şeyin mağduru olabilecektir¹⁰². Yine şayet herkes mağdursa artık mağdurun bulunmadığını söylemek dahi

⁹³ LIU, s.123, 125-126.

⁹⁴ BENTHAM, Jeremy: The Works of Jeremy Bentham, V.1 (Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law), 1843, s.58-59.

⁹⁵ LIU, s.115.

⁹⁶ AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, Ankara 2018, s.375.

⁹⁷ VON HIPPEL, Eike: “Staatliche Entschädigung für Verbrechenopfer”, ZRP, (1), 1971, s.5.

⁹⁸ LIU, s.175.

⁹⁹ LIU, s.146.

¹⁰⁰ KATOĞLU, 659.

¹⁰¹ LIU, s.120, 129-130.

¹⁰² BAYLEY, s.53.

mümkün hale gelecektir¹⁰³. Ancak bir suç nedeniyle mağdur olmak kendine has özellikleri olan bir deneyim olup¹⁰⁴ bu durumda ceza hukukunda mağdurdan bahsetmek gereklidir.

Suçun mağdurunu ifade etmek için suçtan doğrudan doğruya etkilenen anlamında suçun “pasif süje”si deyimine yer verilmesi¹⁰⁵ dahi, mağdurun pasifize edildiğinin bir göstergesi olarak yorumlanabilir¹⁰⁶. Zira çaresizlik ve de suçtan etkilenenlerin pasifliği ifade edilmektedir¹⁰⁷. Nitekim mağdur haklarının son yıllara değin revaçta olmaması bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁰⁸.

Suçla ihlal edilen, ceza müeyyidesiyle korunan varlık veya menfaatler maddi anlamda hukuka aykırılığı oluşturmakla beraber suçun hukuki konusunu da oluşturur. Ceza hukukunda, suçun hukuki konusundan hareketle suçun mağduru belirlenmelidir. Bu kapsamda suçun mağduru, suçun hukuki konusunun hamili yani taşıyıcısı¹⁰⁹ veya sahibidir¹¹⁰. Ancak burada mağdurla suçun özel mağduru kast edilmektedir. Nitekim doktrinde her ne kadar üzerinde birlik sağlanamamış olsa da suçun genel ve özel mağduru olmak üzere ikili bir ayırımın yapıldığı görülmektedir.

Devlet, bir suçun işlenmemesi bakımından bireyin veya genel olarak toplumun çıkarından farklı bir çıkara sahiptir. Söz konusu farklılık, cezai korumanın konusundan kaynaklanır. Zira cezai korumanın konusunu, devletin ihlal edilmeleri yalnızca ceza müeyyidesiyle mümkün sosyal bir zarara sebebiyet verdiği kabul edilen esaslı varlıkların muhafazasında veya suç olarak öngörülen fiillerin ortaya çıkardığı tehlikeye karşı toplumun savunulmasındaki menfaat oluşturur. Bu, devletin ortak hayat şartlarını garanti altına alma konusundaki menfaatidir. Bu menfaat genel bir menfaat olup, kendisine göre doğrudan doğruya korunan varlık veya menfaatlerin himayesiyle ilgilidir. Suç işlendiğinde devletin bu himayeye ilişkin menfaati zedelenmektedir¹¹¹. Nitekim gerçekleştirilen her bir suç, dolaylı da olsa devlete ait kamusal nitelikteki devletin varlığıyla, gelişmesine ve devamına¹¹² ilişkin menfaatin ihlali şeklindeki genel menfaatin ihlalidir¹¹³. Toplumsal düzene zarar veren fiillerin belirlenmesi ve cezalandırılması kamu düzeninin bir gereğidir. Hukuk düzeninin korunmasının bizatihi kendisinin hukuki konuyu¹¹⁴ mu yoksa cezai korumanın konusunu mu oluşturduğuyse doktrinde tartışmalıdır¹¹⁵. Ancak hangi görüş benimsenirse benimsensin devlet, suçun işlenmemesine ilişkin genel kamusal menfaatin sahibi¹¹⁶ veya hamilidir ve bu nedenle mağdurdur¹¹⁷. Bu nedenle her suçun biri devamlı, doğal¹¹⁸, daimî, zorunlu yani her suç için ortak olan genel¹¹⁹, diğeri ise özel yani suçtan suça değişebilen olmak üzere iki ayrı mağduru bulunmaktadır¹²⁰. Kriminologlar, viktimologlar ve hukuk teorisyenlerince mağdur, devletin muhakemedeki ve infazdaki egemenliği nedeniyle adalete katılma hakkından mahrum bırakılan, güçsüz olan taraf şeklinde tanımlanmaktaysa da mağdurun egemen devlet karşısındaki hak mücadelesi olarak görülmesi yerine mağdurun çokluğunu savunan post-modern anlayış daha yerindedir¹²¹.

¹⁰³ SYKES, Charles J.: A Nation Of Victim The Decay Of The American Character, New York 1992, s.18.

¹⁰⁴ Amerika’da oldukça kilolu bir kadın, kilosu nedeniyle sürücü koltuğuna oturamaması ve sürücü belgesinin yetkililerce elinden alınması nedeniyle bedeni bakımından ayrımcılığa uğradığını ve “mağdur” olduğunu belirterek “Oprah Winfrey Şov”a katılmışsa da (bkz. SYKES, s.8) burada ayrımcılık suçunun koşulları oluşmadığı takdirde ceza hukukunda mağdurdan bahsedilemez.

¹⁰⁵ SAATÇIOĞLU, Cemil: “Türk Ceza Kanununun Dayandığı Düşünce Temeli, Cezaların Sınıflandırılması, Suç ve Ceza Hakkında Bazı Sorunlar”, YD, 3(3-4), 1977, s.118; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, Ankara 2019, s.373; SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel), 12.Bası, Ankara 2018, s.84; YALÇIN, Türkan/KÖPRÜLÜ, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 6.Bası, Ankara 2019, s.157.

¹⁰⁶ BERGELSON, s.1.

¹⁰⁷ VON MAYENBURG, s.125.

¹⁰⁸ ÖZEK, Çetin: “Suç Mağdurunun Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar” (“Suç”), İÜHFHD, 50(1-4), 1984, s.15.

¹⁰⁹ VON MAYENBURG, s.122.

¹¹⁰ MITSCH, Wolfgang: “StGB § 77 Antragsberechtigte”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2016, Band 2, Rn.4; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Bası, Ankara 2019, s.211.

¹¹¹ EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara 1997, s.242; ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s.158.

¹¹² ÖZEK, Çetin: Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhinde Cürümler (Siyasi), 1.Bası, İstanbul 1967, s.38.

¹¹³ ERSOY, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s.68-69.

¹¹⁴ ÜNVER, s.481.

¹¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. TOROSLU, Cürümlerin, s.178-179.

¹¹⁶ ÜNVER, s.481.

¹¹⁷ KATOĞLU, s.674; TEZCAN, Durmuş: “Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması”, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, s.73.

¹¹⁸ YURTCAN, Erdener: Şahsi Dava ve Uygulaması, 3.Bası, Ankara 1989, s.54.

¹¹⁹ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 1.Bası, İstanbul 2019, s.726. Mağdur kavramı yerine devletin işlenen her bir suçun zarar göreni olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. ONURSAL, s.22.

¹²⁰ ÖZTÜRK Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19.Bası, Ankara 2019, s.200. Genel mağdur için şekli; özel mağdur içinse asli mağdur ifadelerinin de kullanıldığı yönünde bkz. TOROSLU, Cürümlerin, s.178.

¹²¹ KICHENGAST, Tyrone: The Victim in Criminal Law and Justice, 1.Bası, New York 2006, s.1.

Kuramsal düzeyde kalan söz konusu tartışmaların esasında “*pratik herhangi bir sonucu yoktur*”¹²². Her bir suç bakımından değişen özel mağdurun yanında ayrıca ortak mağdurun devlet olduğunun kabulü, adeta gölgeye varlık kazandırmak anlamına geleceği ve gereksiz kelime tekrarlarına neden olacağı için eleştirilmektedir. Nitekim ceza hukukunun teorik aşırıkları bertaraf etmesi gereklidir. Her suçun genel mağdurunun devlet olduğu kabulünün yorumcu ve uygulayıcılar bakımından önemi bulunmamaktadır¹²³. Söz konusu görüş ne kadar yerinde olsa da bu durum tüm suçlarda genel mağdurun devlet olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim cezalandırma hakkının devlete ait olması, genel mağdurun devlet olduğunun¹²⁴, bu kapsamda ceza hukukunun bir kamu hukuku dalı olarak kamunun menfaatlerini gözettiğinin bir göstergesidir¹²⁵. Böylece af, zamanaşımı gibi kurumlarının açıklanması mümkün hale gelmektedir¹²⁶. Aksinin kabulü, bahsi geçen bu hususların temelsiz kalmasına sebebiyet verir.

Özel mağdursa, hukuki konudan ve bu sayede suçun özünden hareketle sınırlandırılmalıdır. Suçun mağdurunun belirlenebilmesi için ceza normunun yorumu esnasında hukuki konunun öncelikle doğru bir şekilde belirlenmesi gereklidir¹²⁷.

V. HAYVANIN CEZA HUKUKU VASITASIYLA KORUNMASI HALİNDE MAĞDURUN TESPİTİ SORUNU

Nasil ki her suçun faili varsa, mağduru da vardır¹²⁸. Zira her suçun hukuki konusu vardır ve bu durum, suçla korunan hukuki varlık ya da menfaatin ait olduğu stüjeyi gerekli kılmaktadır¹²⁹.

Hayvanın kötü muamelelere karşı ceza hukuku vasıtasıyla korunmasıyla hangi varlık veya menfaatin korunduğu sorusunu cevaplamak kolay değildir. Örneğin bir görüşe göre, insanla hayvan arasındaki ahlaki düzen korunmaktadır. Ancak, hayvan hukuken korunan varlık veya menfaatin sahibi, yani mağdur olarak kabul edilemez¹³⁰. Al. MK m.90a’ya rağmen, ceza hukuku anlamında hayvanın eşya olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu kapsamda hayvan örneğin “hırsızlık” suçunun maddi konusu olabilmektedir¹³¹. Örneğin “mala zarar verme” suçunun düzenlendiği TCK m.151/2 bakımından suçun maddi konusu “*sahipli hayvan*”dır. Esasında ceza hukuku, hiçbir zaman nesnelere değil, nesnelere insan arasındaki ilişkileri korumaktadır¹³². Hayvanlar da bu şekilde değerlendirilmektedir¹³³. Nitekim TCK m.142/2-g’de “hırsızlık” suçunun “*büyük ve küçükbaş hayvan hakkında*” işlenmesi ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmektedir. Ancak bu hüküm bizatihi hayvanın korunmasına hizmet etmemektedir. Yine “mala zarar verme” suçu da dolaylı olarak hayvanın “canlı” olarak korunmasını sağlamaktadır, zira “mülkiyet” korunmak istenmektedir. Malikin hayvanla ilgili olarak umduğu değeri yok etmesi veya azaltması nedeniyle cezalandırma söz konusudur¹³⁴. Mağdursa hırsızlık suçunda zilyet¹³⁵, mala zarar verme suçunda maliktir¹³⁶.

Hayvan bizatihi mağdur olmasa da insanın, toplumun, devletin veya uluslararası toplumun hayvana ilişkin menfaati yahut hakkı, suçun hukuki konusunu oluşturabilir¹³⁷. Hukuk düzeninin hayvanlara karşı

¹²² KATOĞLU, s.675-676. Her normla korunmak istenen hukuki konunun sahibinin ya da taşıyıcısının sayıca bir olacağı, devletin yanında bireyin de mağdur olduğundan bahsedilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. ÜNVER, s.482.

¹²³ TOROSLU, Cürümlerin, s.177.

¹²⁴ Genel-özel mağdur ayrımını kabul etmekle birlikte genel mağdurun devlet olmayıp toplum olduğu da savunulmaktadır. Bkz. ÖZGEN, Eralp: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988, 3. Çağdaş ve demokratik ceza hukuku sistemlerinde bir fiilin suç haline getirilmesinin, devlet için değil toplum için yapıldığı belirtilmektedir. Bkz. PERŞAK, Nina: “Criminal Law, the Victim and Community: The Shades of ‘We’ and the Conceptual Involvement of Community in Contemporary Criminal Law Theory”, Criminal Law and Philosophy, January 2014, 8(1), s.209. Toplumun genel mağdur olamayacağı esasında burada toplumu oluşturan herkesin (bkz. ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, Ankara 2018, s.314) bir başka deyişle toplumu oluşturan her bir bireyin genel mağdur olduğu da doktrinde ileri sürülmektedir. Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 1.Bası, Ankara 2005, s.227.

¹²⁵ DÖNMEZER, Sulhi: “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.184.

¹²⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki: “5237 Sayılı Kanunun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen ‘Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda Da Bu Fıkra Hükümü Uygulanır’ Hükümü Hakkında”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.861.

¹²⁷ KATOĞLU, s.661.

¹²⁸ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13.Bası, Ankara 2017, s.208; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, Ankara 2019, s.114; YÜCEL, Mustafa Tören: Suç ve Ceza Anatomisi, Ankara 1973, s.134.

¹²⁹ TOROSLU, Cürümlerin, s.200.

¹³⁰ PFOHL, Michael: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6, München 2018, TierSchG § 17, Rn.1-6; KÖNİ, Burhanettin: Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 1956-1957, s.75.

¹³¹ BOCK, Dennis: Strafrecht Besonderer Teil 2, 1.Bası, Berlin 2018, s.8; KÜPER, Wilfried: “Die „Sache mit den Tieren“ oder: Sind Tiere strafrechtlich noch „Sachen“?”, Juristen Zeitung, (9), 1993, s.438.

¹³² GÜNGÖR, Devrim: Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu, 1.Bası, Ankara 2010, s.22.

¹³³ BLOY, Ren.: “Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes”, ZStW 100(3), 1988, s.490.

¹³⁴ KÜPER, s.438.

¹³⁵ TOROSLU, Özel, s.135. “Hırsızlık” suçunun hukuki konusunun zilyetlik olmayıp mülkiyet olduğu (bkz. OPPENHEIM, L.: Die Objekte des Verbrechens, Basel 1894, s.270) bu nedenle mağdurun malik olduğu yönünde bkz. ÖZGENÇ, Gazi, s.225.

¹³⁶ DÖNMEZER/ERMAN, s.730.

¹³⁷ TOROSLU, Cürümlerin, s.161.

gerçekleştirilen olumsuz fiilleri ceza yaptırımına bağlamasındaki amacı, bu fiillerin toplumda uyandırdığı tepkinin önlenmesini ve bir daha tekrar edilmemesini sağlamaktır¹³⁸. Ancak örneğin başkasına ait bir hayvanla cinsel ilişkiye girme¹³⁹, şartları varsa “mala zarar verme” suçu kapsamında kabul edilmekteyken¹⁴⁰, kişinin kendisine ait hayvanla ilişkiye girmesi halinde suçun failinin ve mağdurunun kim olduğu önem taşımaktadır¹⁴¹. Zira bir kimse bir suçun hem faili hem de mağduru olamaz¹⁴². Yani bu iki sıfat aynı kişide birleşemez¹⁴³.

Sahipsiz hayvanlar bakımından da sorun devam etmektedir. Yalnızca sahipli hayvanlara değil, sahipsiz hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin de suç olarak öngörülmesi gereklidir. Zira bir hayvanın insan tarafından nedensiz yere öldürülmesi sahipli veya sahipsiz olsun toplum açısından önem arz etmektedir¹⁴⁴. Söz konusu durumda suçun mağduruna toplum denmesi makul gözükmemektedir¹⁴⁵. Ancak toplumun suçun mağduru olup olmayacağı hususunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

Doktrinde suçun mağdurunun kim olabileceği sorunuyla ilgili olarak üç farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre yalnızca gerçek kişi suçun mağduru olabilir¹⁴⁶. Zira hukuki konunun birey dışında kimseye ait olmayacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre her suç doğrudan doğruya ve yalnızca bireye aittir ve temelini anayasadan alan hukuki konuyu ihlal eder¹⁴⁷. Devlet veya herhangi bir tüzel kişiyle, bireyler arasında menfaat çatışması olamaz. Hukukun, belli hukuk alanlarıyla ilgili olarak bazı hukuksal sonuçlar bağladığı oluşumların asıl amacı bireye ait hukuki konuların yaşama geçirilebilmesidir. Bu nedenle tüzel kişiler herhangi bir hukuki konunun sahibi olamaz. Lakin yasal düzenlemelerle veya yasal düzenlemelerin imkân verdiği hallerde bireylerin iradeleriyle hukuki konunun taşıyıcısı niteliğindeki oluşumlar söz konusu olabilir. Gerçek kişi dışındaki hukuken kişilik tanınan bu oluşumlar, yalnızca hukuki konusunun taşıyıcısı olup sahibi olamaz¹⁴⁸. Bu nedenle her ne kadar söz konusu topluluklar mağdur olmasa da zarar gören olabilir denilmektedir¹⁴⁹. İkinci görüşe göre sadece kişi yani gerçek ve tüzel kişi suçun mağduru olabilir¹⁵⁰. Ceza ilişkisi, yalnızca kişilikleri bulunan varlıklar arasında kurulabileceğinden tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların suçun mağduru olmayacağı savunulmaktadır¹⁵¹. Üçüncü ve çalışmada benimsenen görüşe göre kişinin yanında tüzel kişiliğe sahip bulunmayan toplulukların dahi suçun mağduru olması mümkündür¹⁵². İnsan gerek bireysel gerekse diğer insanlarla toplu halde bulunmasıyla dikkate alınır. İnsanların her biri tek başına birer birey olmasına karşın, ortak bir amaç etrafında ilişki halinde olduğu kişilerle ve içinde yer aldığı gruplarla adeta bir kümelenme içindedir¹⁵³. Ancak topluluktan bahsedilebilmesi için, topluluğun hukuken tanınan sosyal bir fonksiyon görmesi ve ortak bir iradeye sahip olması (siyasi partiler, sendikalar, meslek odaları, dini topluluklar, aile gibi) gereklidir. Zira burada tesadüf eseri bir arada olan

¹³⁸ VIDAL/MAGNOL, s.70.

¹³⁹ Her ne kadar “müstehcenlik” suçunun düzenlendiği TCK’nın 226. maddesinde 4. fıkrasında “*şiddet kullanılarak, hayvanlarla... doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlara ilişkin yazı, ses veya görüntüleri içeren ürünleri üreten, ülkeye sokan, satışı arz eden, satan, nakleden, depolayan, başkalarının kullanımına sunan veya bulunduran kişi*”nin cezalandırılacağı öngörülsün de bu suç hayvanla olan cinsel ilişkiyi cezalandırmamaktadır.

¹⁴⁰ TOROSLU, Özel, s.59.

¹⁴¹ Bu kapsamda gazete yer alan şu haberin de örnek olarak gösterilmesi mümkündür: “*Muğla'nın Köyceğiz İlçesinde, bir kişi, kendisine ait olduğunu öne sürdüğü bir köpeği arabasının arkasına bağladı. Sıcak havada koşmaktan yorulan köpek, bir süre sonra kendini yere bıraktı, ancak araba durmadı. Arabanın arkasına bağlanan hayvan, kilometrelerce sürüklendi.*” Haber metni için bkz. <https://www.cnnturk.com/video/turkiye/kopegini-arabaya-baglayip-asfaltta-surukledi> (Erişim: 30.06.2020)

¹⁴² SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel), 8.Bası, Ankara 2018, s.250.

¹⁴³ AKBULUT, s.375.

¹⁴⁴ KOTTER, Ludwig: Vom Recht des Tieres, München 1966, s.5.

¹⁴⁵ VIDAL/MAGNOL, s.70.

¹⁴⁶ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar”, HPD, (7), 2006, s.141; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16.Bası, Ankara 2019, s.139; YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur – Suçtan Zarar Gören – Şikâyetçi, 1.Bası, Ankara 2008 s.22; KOÇ, Ziya: Ceza Muhakemesinde Katılan, 1.Bası, İstanbul 2011, s.101; BİRTEK, Fatih: Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 6.Bası, Ankara 2018, s.203.

¹⁴⁷ MURMANN, Uwe: Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 1.Bası, Heidelberg 2005, s.148-149.

¹⁴⁸ ÜNVER, s.142.

¹⁴⁹ KARAKAŞ DOĞAN, Fatma: “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, (“Suçtan”), TBB, (95), 2011, s.205.

¹⁵⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: “Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuldbegriffes”, ZStW 119(2), 2007, s.307; KUNTER, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, 1.Bası, İstanbul 1955, s.118-119; ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Ankara 1999, s.26, dp.20.

¹⁵¹ DÖNMEZER/ERMAN, s.727.

¹⁵² PISAPIA, Gian Domenico İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, Padova 1965, (Çev: Atf Akgüç), Ankara 1971, s.42; LANDAU, Simha F./FREEMAN LONGO, Robert E.: “Classifying Victims: A Proposed Multidimensional Victimological Typology”, International Review of Victimology, 1990, 1, s.271.

¹⁵³ KATOĞLU, s.678.

topluluklar ifade edilmemektedir¹⁵⁴. Bireyin ve bireyin gelişimini özgürce gerçekleştirilebilmesiyle ilgili ekonomi ve çevre gibi hukuki varlık veya menfaatlerin korunmak istenmesi beraberinde toplulukların korunmasını getirmektedir¹⁵⁵. Bu kapsamda yalnızca insanın değil, topluluğun da bazı varlık veya menfaatlerin sahibi ya da hamili olabilmesinden bahsetmek gerekmektedir. Toplulukların tüzel kişiliği bulunsun veya bulunmasın mağdur olması mümkündür¹⁵⁶ ki toplulukların kendini mağdur olarak gördüğü suçlar da bulunmaktadır¹⁵⁷. Ancak burada tüzel kişiliği bulunmayan topluluğun üyelerinin gerçek veya tüzel fark etmeksizin kişilerden oluşması gereklidir¹⁵⁸. Bireyin oluşturduğu ve tüzel kişiliği bulunmayan topluluklar örneğin aile, toplum ve devletler topluluğu şeklinde ortaya çıkmakta ve böylece aileye, topluma ve devletler topluluğuna karşı işlenebilen suçlardan bahsetmek mümkün hale gelmektedir. Aksinin kabulü toplumsal gerçekliğin dikkate alınmaması sonucunu doğurmaktadır¹⁵⁹. TCK’da, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak suçların “Özel Hükümler” başlığını taşıyan “İkinci Kitap”ta ve suçun mağduruna göre dört kısım altında tasnif edilmiş olması, üçüncü görüşün benimsenmesinde etkili olmaktadır. Nitekim TCK’da “Birinci Kısım”da “Uluslararası Suçlar” yani uluslararası topluğa karşı suçlar, “İkinci Kısım”da “Kişilere Karşı Suçlar”, “Üçüncü Kısım”da “Topluma Karşı Suçlar”, “Dördüncü Kısım”daysa “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler”e yer verilmiştir. Her bir kısım daha sonra, hukuki konu ölçütüne başvurularak çeşitli bölümlere ayrılmıştır. Bu kapsamda TCK’nın özel kısmı bakımından kanun koyucunun suçun hukuki konusu kriterini esas aldığı ve bunu yaparken de mağduru esas alarak bir tasnif gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır¹⁶⁰. Lakin bu görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin hayvana karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin suç olarak düzenlenmesi halinde hayvanın mağdur olduğunu söylemek mümkün değildir.

Hayvanın mağdur olamayacağı tespitini yaptıktan sonra, bu durumda “mağduru olmayan suç” veya “mağdursuz suç” şeklinde ifade edilen ayırmadan¹⁶¹ bahsedilip bahsedilemeyeceği hususu üzerinde durmakta fayda vardır. Herhangi bir kimseye ait belli bir varlığın ihlal edilmediği, edilse dahi bunun kişinin kendisine ait bir varlığı üzerinde gerçekleştiği¹⁶² ve devlet bakımından önem arz etmesi nedeniyle cezalandırılan fiiller bakımından “mağduru olmayan suç” kavramı kullanılmaktadır. Nitekim esasında bu suçlarda korunan hukuki varlık veya menfaatin olmadığı kabul edilmektedir¹⁶³. Ancak söz konusu ayırımın esasında yapay olduğu ifade edilmelidir. Nitekim bu ayırımın “hukuki konusu olmayan suçlar” varsayımını temel aldığı anlaşılmaktadır. Bu görüşü kabul edenler, içlerinde kamusal menfaatleri tehdit eden bazı tehlike suçlarının da bulunduğu suçlar bakımından belli bir kişiye ait varlık ya da menfaatin bulunmadığını da belirtmektedirler¹⁶⁴. Ancak bir suç tanımına gidildiğinde çeşitli varlık ya da menfaatlerin korunması amacı vardır. Suçla korunan varlık ya da menfaatin ihlal edilmesi suçun özünü oluşturur ve söz konusu ihlal gerçekleşmediği takdirde suçtan bahsedilemez¹⁶⁵. Zira hukuki konusu ve mağduru bulunmayan suç bulunmamaktadır¹⁶⁶. Söz konusu durumu ifade etmek ve esasında “mağdursuz suç” olmayacağı için¹⁶⁷, doktrinde “mağdurun kolektifliği” ya da “mağdurun anonimliği”nden de bahsedilmektedir¹⁶⁸. Bu nedenle “mağduruz suç” kavramı ceza hukukunda geçerli kabul edilmemelidir¹⁶⁹. Bu kapsamda hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin suç olarak öngörülmesi halinde bu suçun “mağdursuz suç” olduğu söylenemez.

VI. SONUÇ

HKK’da hayvanlara karşı gerçekleştirilen pek çok olumsuz nitelikteki fiil, ceza hukuku anlamında suç olarak öngörülmesi de karşılığında idari yaptırımın öngörüldüğü kabahat olarak düzenlenmiştir. Örneğin HKK m.14/1-j’de “Hayvanlarla cinsel ilişkide bulunmak, işkence yapmak” yasak olarak düzenlenmiş olup bu yasağı çiğnemenin yaptırımına m.28/1-k’da “üçyüz Türk Lirası” idari para cezası olarak öngörülmektedir. Ceza hukukunun son araç olma niteliği bakımından doğru bir tercih yapıldığı söylenebilirse de hayvanlara karşı gerçekleştirilen söz konusu fiillerin önlenmesi bakımından gereken yeterlilik sağlanamamaktadır. Bu

¹⁵⁴ HIRSCH, Hans Joachim: Ehre und Beleidigung, Karlsruhe 1967, s.101-102.

¹⁵⁵ ÜNVER, s.1016.

¹⁵⁶ MANNHEIM, Hermann: Comparative Criminology, V.2, 2.Bası, London 1965, 673.

¹⁵⁷ SYKES, s.XII.

¹⁵⁸ Nitekim ceza kanununun kişiler arasında uygulanma kabiliyetine sahip olduğu yönünde bkz. AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: “Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri”, HHFD, 2(12), 2012, s.21.

¹⁵⁹ TOROSLU, Cürümlerin, s.184, 305-307.

¹⁶⁰ TOROSLU, Özel, s.18.

¹⁶¹ LIU, s.128.

¹⁶² WERTHEIMER, Alan: “Victimless Crimes”, Ethics, 87(4), 1977, s.305.

¹⁶³ ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4.Bası, München 2006, s.18.

¹⁶⁴ KATOĞLU, s.682.

¹⁶⁵ ANDROULAKIS, Nikolaos K.: “Über den Primat der Strafe”, ZStW, 108(2), 1996, s.302.

¹⁶⁶ KATOĞLU, s.682; KOÇ, s.97.

¹⁶⁷ BAURMANN/SCHÄDLER, s.27, dp.33.

¹⁶⁸ KAISER, Günther/SCHÖCH, Heinz: Kriminologie - Jugendstrafrecht Strafvollzug, 4.Bası, München 1994, s.148.

¹⁶⁹ ÖZEK, “Suç”, s.27.

nedence hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerin suç olarak öngörülmesi yerinde bir tercih olacaktır. Böylece hayvanların korunması, hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muamelelerle daha etkin bir şekilde mücadele edilmesi ve caydırıcılık sağlanacaktır.

HKK'da ve TCK'da gerçekleştirilmek istenen değişikliklerle sahipli ya da sahipsiz olması fark etmeksizin hayvanlara karşı gerçekleştirilen kötü muameleler suç olarak öngörülmektedir. Hatta sahibi tarafından hayvana karşı gerçekleştirilen kötü muameleler de bu kapsamda değerlendirilmek istenmektedir. Ancak bu tercih yürürlüğe girdiğinde, yine de hayvan suçun mağduru olarak kabul edilemez.

Hayvanın “eşya” olarak görülmesi, toplumun hayvanlara karşı beslediği duygusuyla örtüşmemektedir. Bu kapsamda “kişi” olmayan ancak “şey” de olmayan kendine özgü ama yine de hukukun objesi olmaya devam eden “üçüncü bir kategori” olarak görülmektedir. Nitekim “İsviçre Medeni Kanunu” m.641a ve Al. MK m.90a ile hayvanların eşya olmadığı ancak özel bir düzenleme olmadığı sürece eşyalara ilişkin hükümlere tabi olduğu belirtilmektedir. Hayvanın eşya olduğunun kabul edilmemesi halinde eşyaya ilişkin hükümler hayvanlara eşya oldukları için değil ancak eşya gibi sayıldıkları için uygulanmaktadır. Bu kapsamda Türk hukuk sisteminde de benzer bir düzenlemeye yer verilmesi gelecek için izlenebilecek yerinde bir tercih olarak kabul edilmelidir. Ancak benzer düzenlemeye Türk hukuk sisteminde yer verilmesi, yine de hayvanın suçun mağduru olmasına imkân vermeyecektir.

Ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından doğurduğu sonuçlar dikkate alındığında, mağdur kavramının sınırlarının çizilmesi önemli bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda malvarlığına karşı suçlar ayrı tutulmak kaydıyla hayvanın kötü muamelelere karşı ceza hukuku vasıtasıyla korunması halinde doktrinde her ne kadar toplumun mağdur olup olamayacağı hususunda tartışmalar bulunmaktaysa da toplumun mağdur olarak kabulü gereklidir. Zira hayvanların korunması, gelecek kuşaklara sağlıklı bir şekilde aktarılması gerekli olup buna ilişkin menfaat topluma aittir. Nitekim TCK m.181/4'te “çevrenin kasten kirletilmesi” suçunun “*insan veya hayvanlar açısından tedavisi zor hastalıkların ortaya çıkmasına, üreme yeteneğinin körelmesine, hayvanların veya bitkilerin doğal özelliklerini değiştirmeye neden olabilecek niteliklere sahip olan atık veya artıklarla ilgili olarak işlenmesi*” suç olarak öngörülmüştür. Benzer düzenlemeye TCK m.182/2'de “çevrenin taksirle kirletilmesi” suçunda da yer vermiş olup, her iki suçta da mağdur hayvan olmayıp toplumdur. Nitekim bu iki suç TCK'nın “Özel Hükümler”inin düzenlendiği “İkinci Kitabı”nın “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı “Üçüncü Kısmı”nda düzenlenmiştir ve mağdura göre yapılan söz konusu tasniften bu sonuca varılması mümkündür. Zira kanun koyucu bu suçlarla toplumun, hayvanların sağlığına ilişkin menfaatini korumak istemektedir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZOĞLU, Muhammet: Ceza Hukuku Açısından Teori ve Uygulamada Mağdur Kavramı, 1.Bası, Ankara 2000.
- AERTSEN, Ivo: “Karşılaştırmalı Avrupa Ülkeleri Mağdur Hakları Mevzuatı Türkiye’de Mağdur Haklarının ve Mağdurlara Verilen Hizmetlerin Güçlendirilmesi: Etkin Uygulamaya Doğru”, Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu, 30-31 Ekim Ankara 2014, s.77-117.
- AKBULUT, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5.Bası, Ankara 2018.
- AKDEMİR, Süleyman: Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1984.
- ANDROULAKIS, Nikolaos K.: “Über den Primat der Strafe”, ZStW, 108(2), 1996, s.300-332.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, Ankara 2018.
- ASLI, Mehrdad Rayejian: “Iranian Criminal Justice System in Light of International Standards Relating to Victims”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 14(2), 2006, s.185-207.
- ATAAY, AYTEKİN: Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş–Hakiki Şahıslar, 2.Bası, İstanbul 1969.
- AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: “Hukuka Aykırı Hayvan Deneyleri”, HHFD, 2(12), 2012, s.16-24.
- AYVERDİ, İlhan: Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.2, 4.Bası, İstanbul 2011.
- BAURMANN, Michael C./SCHÄDLER, Wolfram: Das Opfer nach der Straftat - seine Erwartungen und Perspektiven, Eine Befragung von Betroffenen zu Opferschutz und Opferunterstützung sowie ein Bericht über vergleichbare Untersuchungen, Wiesbaden 1999.
- BAYLEY, James E.: “The Concept of Victimhood”, To Be A Victim Encounters With Crime And Injustice, New York 1991, s.53-62.
- BENTHAM, Jeremy: The Works of Jeremy Bentham, V.1 (Principles of Morals and Legislation, Fragment on Government, Civil Code, Penal Law), 1843.
- BERGELSON, Vera: Victims’ Rights and Victims’ Wrongs Comparative Liability in Criminal Law, 1.Bası, California 2009.
- BİRTEK, Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 6.Bası, Ankara 2018.
- BLOY, Rene: “Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes”, ZStW 100(3), 1988, s.485-507.
- BOCK, Dennis: Strafrecht Besonderer Teil 2, 1.Bası, Berlin 2018.
- BRIENEN, Marion Eleonora Ingeborg/HOEGEN, Ernestine Henriette: Victims of crime in 22 European criminal justice systems: The implementation of Recommendation (85) 11 of the Council of Europe on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure, Nijmegen 2000.
- BYDLINSKI, Franz: “Die ‘Person’ im Recht”, Festschrift Peter Doralt zum 65. Geburtstag, Wien 2004, s.77-94.
- DEĞİRMENCİ, Olgun: “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, TBBD, (77), 2008, s.33-86.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara 2019.
- DEVELLİOĞLU, Ferit: Osmanlıca – Türkçe Ansiklopedik Lugat, 31.Bası, Ankara 2015.
- DİNLER, Veysel: “Mağduriyet Kavramına Çok Yönlü Yaklaşım”, Suç Mağdurları, Ankara 2006, s.49-71.
- DÖNMEZER, Sulhi: “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi”, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s.179-191.
- DÖNMEZER, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, 1.Bası, İstanbul 2019.
- DÖRNER, Heiner: Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, Baden-Baden 2019, Rn.1-6.
- DURAL, Mustafa: Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler, 3.Bası, İstanbul 1987.
- EDWARDS, Ian: “An Ambiguous Participant, The Crime Victim and Criminal Justice Decision-Making”, The British Journal of Criminology, 44(6), 2006, s.967-982.
- ERBS, George/KOHLHAAS, Max/STÖCKEL, Heinz/Müller-Walter, Markus H.: Strafrechtliche Nebengesetze, München 2018.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Bası, Ankara 1997.
- ERSOY, Yüksel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- FISCHER LESCANO, Andreas: “Natur als Rechtspersonen”, Zeitschrift für Umweltrecht, 2018(5)4, s.205-217.
- FLETCHER, George P.: Basic Concepts of Criminal Law, 1.Bası, New York 1998.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos: “Grundlagen des konstruktivistischen Unternehmensschuld begriffes”, ZStW 119(2), 2007, s.290-333.
- GRIFFIN, John Brian: “Participation of The Public and Victims in Criminal Justice Administration”, UNAFEI Resource Material Series No:56, Fuchu, Tokyo, Japan 2000, s.28-47.
- GUTZWILLER, Max: “Das Recht der Verbandspersonen”, Schweizerisches Privatrecht, Band II, Basel 1967, s.427-513.
- GÜNGÖR, Devrim: Resmî Belgelerde Sahtecilik Suçu, 1.Bası, Ankara 2010.
- GÜRKAN, Ülker: “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s.39-54.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, Ankara 2019.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: “5237 Sayılı Kanununun 43/1. Maddesine 2005/5377 Sayılı Kanunla Eklenen ‘Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçlarda Da Bu Fıkra Hükmü Uygulanır’ Hükmü Hakkında”, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, C.II, Ankara 2008, s.859-865.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16.Bası, Ankara 2019.
- HATEMİ, Hüseyin/OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), 1.Bası, İstanbul 2014.


- HAUSHEER, Heinz/AEBI MÜLLER, Regina E.: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.
- HELLMANN, Uwe: Strafprozessrecht, Berlin Heidelberg 1998.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, 6.Bası, İstanbul 2016.
- HIRSCH, Hans Joachim: Ehre und Beleidigung, Karlsruhe 1967.
- İMRE, Zahit: Medeni Hukuka Giriş, 3.Bası, İstanbul 1980.
- KAFES, Veli: “Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi”, AÜHFD, 60(1), 2011, s.83-116.
- KAISER, Günther/SCHÖCH, Heinz: Kriminologie - Jugendstrafrecht Strafvollzug, 4.Bası, München 1994.
- KANAR, Mehmet: Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, C.2, 1.Bası, İstanbul 2009.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma: “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, TBB, (95), 2011, s.197-234.
- KATOĞLU, Tuğrul: “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, AÜHFD, 61(2), 2012, s.657-693.
- KAZAKER, Gözde: Kamu Davasına Katılma, 1.Bası, Ankara 2019.
- KELSEN, Hans: General Theory of Law and State, (Çev: Anders Wedberg), Cambridge 1949.
- KICHENGAST, Tyrone: The Victim in Criminal Law and Justice, 1.Bası, New York 2006.
- KNORRE, Hedwig V.: Das Erste Grosse BetrugsOpfer Buch, 2.Bası, Berlin 2014.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar” (“Ceza”), HPD, (7), 2006, s.140-149.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel), 12.Bası, Ankara 2019.
- KOÇ, Ziya: Ceza Muhakemesinde Katılan, 1.Bası, İstanbul 2011.
- KOSHAKER, Paul/AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977.
- KOTTER, Ludwig: Vom Recht des Tieres, München 1966.
- KÖNİ, Burhanettin: Ceza Hukuku Ders Notları, Ankara 1956-1957.
- KUNTER, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, 1.Bası, İstanbul 1955.
- KÜPER, Wilfried: “Die „Sache mit den Tieren“ oder: Sind Tiere strafrechtlich noch „Sachen“?”, Juristen Zeitung, (9), 1993, s.435-441.
- LANDAU, Simha F./FREEMAN LONGO, Robert E.: “Classifying Victims: A Proposed Multidimensional Victimological Typology”, International Review of Victimology, 1990, 1, s.267-286.
- LIBERMAN, Anatoly: An Analytic Dictionary Of English Etymology, Minnesota 2008.
- LIU, Jessie K.: “Victimhood”, Missouri Law Review, 71(1), 2006, s.115-175.
- MAĞDUR HAKLARI DAİRE BAŞKANLIĞI, Yurt Dışı İnceleme ve Çalışma Ziyareti Raporları, Ankara 2016.
- MANNHEIM, Hermann: Comparative Criminology, V.2, 2.Bası, London 1965.
- MICHEL, Margot: “Tierschutzgesetzgebung im Rechtsvergleich: Konzepte und Entwicklungstendenzen”, Animal Law – Tier und Recht Developments and Perspectives in the 21st Century Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, Zürich 2012, s.593-624.
- MITSCH, Wolfgang: “StGB § 77 Antragsberechtigte”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München 2016, Band 2.
- MURMANN, Uwe: Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 1.Bası, Heidelberg 2005.
- NİŞANYAN, Sevan: Sözlerin Soyağacı, 3.Bası, İstanbul 2007.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, 20.Bası, İstanbul 2017.
- ONURSAL, Sami: Kamu Davasına Müdahale, 1.Bası, İstanbul 1968.
- OPPENHEIM, L.: Die Objekte des Verbrechens, Basel 1894.
- ORAL, Tuğçe: “Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu”, TAAD, Yıl:5, (16), 2014, s.319-335.
- ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Ankara 1999.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bs. Ankara 2019.
- ÖZEK, Çetin: “Suç Mağdurunun Korunması ile İlgili Bazı Sorunlar” (“Suç”), İÜHFM, 50(1-4), 1984, s.13-67.
- ÖZEK, Çetin: Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhinde Cürümler (Siyasi), 1.Bası, İstanbul 1967.
- ÖZGEN, Eralp: Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Eskişehir 1988.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel), 13.Bası, Ankara 2017.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Gazi), 1.Bası, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 19.Bası, Ankara 2019.
- PAMUK, Gülfem: Türk ve Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku’nda Mağdurun Makam Olarak Yeri, 1.Bası, İstanbul 2012.
- PERŠAK, Nina: “Criminal Law, the Victim and Community: The Shades of ‘We’ and the Conceptual Involvement of Community in Contemporary Criminal Law Theory”, Criminal Law and Philosophy, January 2014, 8(1), s.205-215.
- PFOHL, Michael: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6, München 2018.
- PISAPIA, Gian Domenico İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, Padova 1965, (Çev: Atif Akgüç), Ankara 1971.
- RICHTER, Dagmar: “Recht Des Tieres und Menschliche Interessen”, Menschen Rechts Magazin, (2), 2015, s.97-106.
- ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4.Bası, München 2006.

- SAATÇİOĞLU, Cemil: “Türk Ceza Kanununun Dayandığı Düşünce Temeli, Cezaların Sınıflandırılması, Suç ve Ceza Hakkında Bazı Sorunlar”, YD, 3(3-4), 1977, s.113-126.
- SEROZAN, Rona: Taşınır Eşya Hukuku, 2.Bası, Ankara 2007.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 1.Bası, Ankara 2013.
- SOKULLU AKINCI, Füsün/Dursun, Selman: Viktimoloji (Mağdurbilim), 3.Bası, İstanbul 2016.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel), 8.Bası, Ankara 2018.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel), 12.Bası, Ankara 2018.
- STUCKI, Saskia: “Rechtstheoretische Reflexionen zur Begründung eines tierlichen Rechtssubjekts”, Animal Law – Tier und Recht Developments and Perspectives in the 21st Century Entwicklungen und Perspektiven im 21. Jahrhundert, Zürich 2012, s.143-172.
- SUNGURBEY, İsmet: Hayvan Hakları, İstanbul 1992.
- SYKES, Charles J.: A Nation Of Victim The Decay Of The American Character, New York 1992.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku-I, 10.Bası, Ankara 2019.
- TANER, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3.Bası, İstanbul 1953.
- TEZCAN, Durmuş: “Mağdurun Hakları ve Tanıkların Korunması”, Ceza Hukuku Reformu, İstanbul 2001, s.73-84.
- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım (Özel), Ankara 2019.
- TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, 1.Bası, Ankara 1970.
- TRULSON, Chad R.: “Victims’ Rights and Services: Eligibility, Exclusion, And Victim Worth”, Reaction Essay, 4(2), 2005, s.399-414.
- TÜRKÇE SÖZLÜK: Türk Dil Kurumu, 11.Bası, Ankara 2011.
- TÜRK HUKUK LÜGATI: Türk Hukuk Kurumu, 3.Bası, Ankara 1991.
- TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İNSAN HAKLARINI İNCELEME KOMİSYONU, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 24. Dönem, 4. Yasama Yılı 2014.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş–Kaynaklar–Umumi Mefhumlar–Hakların Himayesi, İstanbul 1982.
- ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 1.Bası, Ankara 2003.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, C.I, Umumi Esaslar, 6.Bası, İstanbul 1959.
- VIDAL Georges/MAGNOL, Joseph: Ceza Hukuku, (Çev: Şinasi Z. Devrin), Ankara 1946.
- VON HIPPEL, Eike: “Staatliche Entschädigung für Verbrechenopfer”, ZRP, (1), 1971, s.5-7.
- VON MAYENBURG, David: “Geborene Opfer”, Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte, 14, 2009, s.122-147.
- VON THUR, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1.Bası, Leipzig 1910.
- WALINE, Marcel: “Törel Kişilik Kuramı”, (Çev: Hamide Uzbank), AÜHFD, 2, 1945, s.306-322.
- WEBSTER’S THIRD NEW INTERNATIONAL DICTIONARY, Springfield, Massachusetts 2002.
- WERTHEIMER, Alan: “Victimless Crimes”, Ethics, 87(4), 1977, s.302-318.
- WIELING, Hans Josef: Sachenrecht, Band 1, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2.Bası, Berlin Heidelberg 2006.
- WILHELM, Jan: Sachenrecht, 4.Bası, Göttingen 2010.
- YALÇIN, Türkan/KÖPRÜLÜ, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, 6.Bası, Ankara 2019.
- YELBAŞI, Cengiz: Fransızca-İngilizce-Almanca Karşılıklarıyla Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 1.Bası, Ankara 2014.
- YILDIZ, Ali Kemal: Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur – Suçtan Zarar Gören – Şikâyetçi, 1.Bası, Ankara 2008.
- YURTCAN, Erdener: Şahsi Dava ve Uygulaması, 3.Bası, Ankara 1989.
- YÜCEL, Mustafa Tören: Suç ve Ceza Anatomisi (Anatomisi), Ankara 1973.
- YÜCEL, Mustafa Tören: Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi (Ceza), 4.Bası, Ankara 2007.
- ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013.
- ZERRES, Thomas: Bürgerliches Recht: Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 7.Bası, Berlin Heidelberg 2013.

BERAAT SONRASI İKRAR (CMK m.314/1-c)

CONFESSION AFTER ACQUITTAL (CPC art. 314/1-c)

Özgün ÖZYÜKSEL* 

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.819573> 

Makale Bilgi

Gönderilme: 01/11/2020
Kabul: 16/02/2021

Anahtar Kelimeler

Yargılamanın
Yenilenmesi,
Beraat,
Hâkim Önünde,
Güvenilebilir İkrar.

Article Info

Received: 01/11/2020
Accepted: 16/02/2021

Keywords

Renewal of Trial,
Acquittal,
Before Judge,
Reliable Confession.

Özet

CMK'nin altıncı kitabının "Olağanüstü Kanun Yolları" başlıklı üçüncü kısmının üçüncü bölümünde yer alan m.314/1-c hükmüne göre, "Kesinleşen bir hükümlüyle sonuçlanmış olan bir dava aşağıda yazılı hâllerde sanık veya hükümlünün aleyhine olarak yargılamanın yenilenmesi yolu ile tekrar görülür: (...) Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmuşsa." Çalışmamızda, öncelikle ikrar kurumuna ilişkin genel bilgiler verilerek inceleme konusu hükümdeki terminolojik sorunlara değinilmiş, normda "sanık" ve "ikrar" kavramlarının kullanılması eleştirilmiştir. Ardından, hakkında kesin/kesinleşmiş beraat hükmü bulunan kimsenin (eski sanığın) yeniden yargılanmasına gerekçe oluşturan "beraat sonrası ikrar"ın şartları ile bu şartlara uygun ikrarın hukukî sonuçları doktrinindeki tartışmalara ve uygulamadaki sorunlara yer verilerek irdelenmiş; uygulanabilirliğini artırmak adına hükümdeki "beraat ettikten sonra" ibaresinin "beraat ettikten veya hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verildikten sonra" şeklinde değiştirilmesi ve TCK m.61 hükmüne beraat sonrası gönüllü itirafı "cezayı azaltan kişisel neden" olarak düzenleyen bir fıkra eklenmesi önerilmiştir. "Hâkim önünde" gerçekleşmeyen itirafların normun kapsamı dışında bırakılması ise isabetli bir tercih olarak değerlendirilmiştir.

Abstract

According to the art. 314/1-c, which is laid down in the sixth book, under the third section and the third chapter -entitled "Extraordinary Legal Remedies"- of CPC, "A lawsuit, ended with a verdict which has become final, may be retried to the disadvantage of the accused or the convicted person by means of a new trial, as in the listed cases below: (...) If the accused had made a reliable confession before a judge, in relation to the crime, after he/she has been acquitted." In this study, at first, general information about the institution of confession is given, and terminological problems in the art. 314/1-c are pointed out. Then, the conditions and legal outcomes of "the confession after acquittal" -which constitutes a ground for renewal of trial to the disadvantage of the one (ex-convicted person) who was acquitted with a final judgment- are examined, pointing out some debatable issues which lead to hesitations in theory and practice. Besides, in order to facilitate the applicability of the norm, it has been recommended that the phrase "after he/she has been acquitted" is replaced with "after any verdict but conviction has been given", and a new paragraph which accepts "the voluntary admission after acquittal" as "a personal reason which requires mitigation of punishment" is added to the art. 61 of TPC. Conversely, it is considered as a rational choice to narrow the scope of the provision with the phrase "before a judge".

I. GİRİŞ

Ceza muhakemesinin amacı, maddî gerçeğin “insan haklarına riayet edilerek” ortaya çıkarılmasıdır¹. Ancak, muhakeme faaliyetinin ilânihâye sürdürülmesi birey ve toplum için katlanılmaz bir belirsizlik yaratacağından, muhakemenin eldeki veriler ışığında, mâkûl bir süre içerisinde “hüküm” ile sonuçlandırılması hukukî güvenlik ilkesinin bir gereğidir². Bu nedenle, zaman zaman maddî gerçekten sapılabilmekte ve “sanık lehine yahut aleyhine” adlî hatalar içeren bir hükme varılabilmektedir³.

CMK’ye göre, kimi hükümler⁴ kesin olarak verilirken, kimi hükümler verildikten sonra (olağan kanun yollarına başvurulmaması veya başvurunun reddedilmesi üzerine) kesinleşmektedir⁵. Kesin ya da kesinleşmiş hükmün otoritesi “kural” olmakla birlikte, yasa koyucu bazı adlî hataların giderilebilmesi ve adaletin tesisi amacıyla Kanun’da “istisnaî olarak” olağanüstü kanun yollarına yer vermiştir⁶. CMK m.311 ilâ 323’te düzenlenen “yargılamanın yenilenmesi” de bu olağanüstü kanun yollarından biri⁷ olup “*Hatanın giderilebilmesini sağlayacak başka bir yol varsa, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez.*” (CMK m.315/2)

CMK’de tek tek gösterilen ve birer “istisna” olmaları sebebiyle sayıları “kıyas” yoluyla artırılmayan⁸ bu nedenlerin bir kısmı (m.311’de sayılanlar) yargılamanın “hükümlü lehine” yenilenmesine, bir kısmı (m.314’te sayılanlar) ise yargılamanın “hükümlü veya eski (beraat etmiş) sanık aleyhine” yenilenmesine dayanak oluşturmaktadır. Anılan hükümlere daha yakından bakıldığında; bazı (m.311/1’in b, d, e ve f bentlerinde gösterilen) nedenlerin “salt lehe⁹”, iki nedenin (m.311/1-a ve m.314/1-a’da ile m.311/1-c ve m.314/1-b’de gösterilenlerin) “hem lehe hem aleyhe”, nihayet m.314/1-c’de gösterilen nedenin ise “salt aleyhe” yenileme nedeni olduğu görülmektedir¹⁰.

¹KARAKEHYA, Hakan: “Ceza Muhakemesinin Amacı”, İÜHFİM, LXV(2), 2007, s.125; TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2012, s.7-8; YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.74.

²AKYÜREK, Güçlü: Yargılamanın Yenilenmesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.20; ARSLAN, Ramazan: “Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği”, Ankara Barosu Dergisi, 1988(5-6), s.722; EREM, Faruk: “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, AÜHFİM, 19(1), 1962, s.3; YENİSEY/NUHOĞLU, s.80.

³EREM, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, s.4; ÖZGEN, s.6-7; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.381-382: “*Bu tür hatalar, yargıcın fiili veya hukukî yanlılığı sonucu olayı yanlış değerlendirmesinden veya delil araçlarının, özellikle tanık ve sanıkların yargıcı yanılmalarından yahut ... teknik ve bilimsel bilgilerin yetersizliğinden kaynaklanmış olabilir.*” ÖNDER, Ayhan: “Muhakemenin İadesinde Reform”, İÜHFİM, 38(1-4), İstanbul 1973, s.70: “*Herhangi bir kesin hüküm hakkında, bunun maddî hakikate tamamen uygun olduğu hiçbir zaman katıyetle iddia edilemez.*” ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser/ALTINOK VİLLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.754: “*Kesin hüküm, muhakkak doğru karar demek değildir, yalnızca doğruluğu tartışılmayan karardır.*”

⁴Örneğin, CMK m.272/3-b hükmüne göre, “*Üst sınırı beş yüz günü geçmeyen adlî para cezasını gerektiren suçlardan beraat hükümlerine ... karşı istinaf yoluna başvurulamaz.*”

⁵ERDEM, Mustafa Ruhan/ŞENTÛRK, Candide: Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.275.

⁶ERDEM/ŞENTÛRK, s.272; KARAKEHYA, s.136; YENİSEY/NUHOĞLU, s.966-967: “*İstisna kabul edilmesinin nedeni, doğruluğu hukukten tartışılmayan kesin hükmün ‘temellerinin’ bazı hâllerde sarsılmış olması, hükmün bu sarsılmış temeller üzerinde oturmasının artık mümkün olmamasına dayanmaktadır.*”

⁷CMK döneminde kanun yollarını olağan kanun yollarından ibaret kabul eden kimi yazarlar “yargılamanın yenilenmesi”nin kanun yolu olmadığını ileri sürmüş ise de, yargılamanın yenilenmesi kurumunu CMK’nin altıncı kitabının “*Olağanüstü Kanun Yolları*” başlıklı üçüncü kısmının üçüncü bölümünde düzenleyen CMK bakımından bu görüşün kabulü olanaksızdır. (EREM, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, s.5: “*Muhakemenin yenilenmesi bir ‘kanun yolu’ değildir. Zira kanun yolu kesinleşmemiş kararlara açıktır.*” Yargılamanın yenilenmesini “olağanüstü hukukî çare” olarak niteleyen bazı yazarlar için bkz. ÖZGEN, s.23; ÖNDER, “Muhakemenin İadesinde Reform”, s.70.) Bu vesileyle, “yargılamanın yenilenmesi” ifadesinin “muhakemenin yenilenmesi”nden daha isabetli olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, yenilenen muhakemenin tümü değil, yalnızca kovuşturma evresidir.

⁸AKYÜREK, s.69. YENİSEY/NUHOĞLU, s.110: “*... kanun kural koymuş ve bunun istisnalarını da göstermişse, lehte aleyhte olmasına bakılmaksızın istisnaların kıyasen genişletilmesi mümkün olmamalıdır.*” İstisnaların dar yorumlanması gerektiğine dair bkz. GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, KHP ve TBB Ortak Yayını, Ankara 2013, s.39-67.

⁹Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru sonunda verilen ihlâl kararı, CMK’de yer almayan bir diğer “salt lehe” yenileme nedenidir. (6216 sayılı Kanun m.50/2)

¹⁰AKYÜREK, s.131; GÛNDÛZ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018, s.193; KARAKURT, Ahu: Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2008, s.133. Beraat kararı sanık açısından –nesnel olarak– en lehe karar olduğundan, yargılamanın “beraat etmiş kişi lehine” yenilenmesi düşünülemez.

Bu çalışmada, öncelikle ikrar kurumuna ilişkin genel bilgiler verilerek CMK m.314/1-c hükmündeki terminolojik sorunlara temas edilecek, ardından ceza muhakemesinin beraat etmiş kişi aleyhine yenilenmesine gerekçe oluşturan “beraat sonrası ikrar”ın (CMK m.314/1-c) şartları ve hukukî sonuçları irdelenecek, doktrindeki tartışmalara ve uygulamadaki sorunlara değinilerek yasa koyucuya bazı öneriler sunulacaktır.

II. GENEL OLARAK CEZA MUHAKEMESİNDE İKRAR

Hukuk muhakemesi doktrininde¹¹ “*tarafılardan birisinin, kendi aleyhine olarak ileri sürülen bir olayın doğruluğunu mahkemeye beyan etmesi*” şeklinde tanımlanan “ikrar” kavramı, CMK’nin yalnızca çalışmamıza konu m.314/1-c hükmünde kullanılmış olup madde gerekçesinde kavrama ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir. CMK m.2’de gerekli tüm unsurları içerecek ve gereksiz her unsuru dışlayacak şekilde tanımlanmasında yarar gördüğümüz bu kavram, TDK Güncel Türkçe Sözlükte “*saklamayıp doğruca söyleme, açıkça söyleme; bildirme; benimseme, onama, kabul, tasdik*”¹² şeklinde tarif edilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu¹³ ise ikrarı “*sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanıyla kabul etmesi*” biçiminde tanımlamış ve bu tanım pek çok kararda¹⁴ aynen tekrarlanmıştır. Ceza muhakemesi doktrinine bakıldığında, ikrar için “*sanığın suçu bütünüyle veya kısmen kendisinin işlediğini açıklaması*”¹⁵, “*sanığın suçlamanın bir kesimini veya tümünü kabul etmesi*”¹⁶, “*sanığın dava konusu fiilin faili olduğunu açıklaması*”¹⁷, “*sanığın isnadı teyidi*”¹⁸, “*şüpheli veya sanığın resmî makamlar huzurunda, kendi aleyhine sonuç doğuracak bir olayı kabul etmesi*”¹⁹, “*şüpheli ya da sanık tarafından, kendisi için isnat edilen fiili kısmen, tamamen veya suç teşkil eden eylem/leri yalnız ya da birden fazla kişi ile yaptığını beyan etmesi*”²⁰, “*uyuşmazlık konusu olayın faili ya da faillerinden birisi olduğunu kabul etmek*”²¹, “*sanığın kendi suçluluğu hakkındaki tanıklığı*”²², “*şüpheli veya sanığın, kendisine isnat olunan ‘maddî vakıayı/olguyu’ ve bu vakıadan doğan ceza sorumluluğunu üstlenmesi*”²³, “*failin dış dünyada meydana gelen olayı kısmen veya tümüyle ve suça konu fiili bizzat veya başkalarıyla birlikte gerçekleştirdiğini kabul etmesi*”²⁴ gibi muhtelif tanımlara rastlanmaktadır.

¹¹ Tanım için bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.428. Kanaatimizce bu tanım, vekilin ikrarını dışlaması bakımından eksik, “mahkemeye” şeklinde bir ibare içermesi bakımından da hatalıdır. Zira, yazarlarca da kabul edildiği üzere, ikrar, taraf vekilleri tarafından (HMK m.188/1), mahkeme dışında da gerçekleştirilebilmektedir. (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.428-429.)

¹² <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

¹³ Yargıtay CGK, 29.11.2005, E. 2005/7-144, K. 2005/150. <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2005-7-144.htm> (Erişim: 10.10.2020)

¹⁴ Örneğin bkz. Yargıtay CGK, 29.11.2006, E. 2006/7-144, K. 2006/150. (Aktaran: CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s.254, dn.28.); Yargıtay CGK, 26.03.2013, E. 2012/10-1319, K. 2013/98. (Aktaran: KÜÇÜKKASAP, Burçin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s.115. Ayrıca bkz. Yargıtay CGK, E. 2013/63, K. 2014/145; CGK, 2014/106, 2014/414; CGK, E. 2014/166, 2014/514; 8. CD, E. 2015/12055, K. 2016/2908; 14. CD, E. 2014/2284, K. 2016/2015; ; 22. CD, E. 2015/7160, K. 2015/8178. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

¹⁵ ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.365. Bu tanım, “şüpheli”nin ikrarını kapsam dışı bırakması sebebiyle hatalıdır. Soruşturma evresinde de ikrarda bulunulabileceğine dair bkz. Yargıtay 16. CD, 02.06.2020, E. 2019/2348, K. 2020/2254. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

¹⁶ SELÇUK, Sami: Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti, Yargıtay Dergisi, 3(2), Ankara 1977, s.57-58.

¹⁷ TALAS, Serdar: Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004, s.128.

¹⁸ CARRARA, Francesco: Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, 11. Edizione, Firenze 1924, § 920, s.420. (Aktaran: CİHAN, Erol: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İkrar”, İÜHFM, 31(1-4), 1965, s.111.)

¹⁹ CENTEL/ZAFER, s.254, dn.28.

²⁰ KÜÇÜKKASAP, s.112. Buna yakın bir tanım için bkz. GEDİK, Doğan: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.54.

²¹ ÖZGEN, s.105.

²² CARNELUTTI, Francesco: Lezioni sul Processo Penale, 1. Edizione, Edizioni dell’Ateneo, Roma 1946, s.236. (Aktaran: CİHAN, s.111.)

²³ BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.91.

²⁴ TÖNGÜR, Ali Rıza/ÇETİNTÜRK, Ekrem: “Ceza Adalet Sisteminde İkrarın Önemi”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.1042. “Failin ...” şeklindeki bu tanım, şeriklerin ikrarını kapsam dışı bırakması sebebiyle hatalıdır.

Hukuk muhakemesinde “delil” olup olmadığı tartışmalı²⁵ bulunan ikrar, maddî gerçeğin resen araştırıldığı ve vicdanî delil sisteminin²⁶ geçerli olduğu ceza muhakemesinde -delillerin şahı yahut kraliçesi değil- yalnızca bir “beyan delili²⁷” olup hâkimi bağlamamaktadır²⁸. (CMK m.217/1²⁹) Bununla birlikte, gerçeğe uygun bir ikrarın, “fiil hakkında en çok bilgiye sahip kişinin beyanı” olması sebebiyle, muhakemeyi hayli kolaylaştıracağı da muhakkaktır³⁰.

Hukuk muhakemesinde “basit (adı)³¹”, “nitelikli (vasıflı, mevsuf)³²” ve “bileşik (mürekkep, karmaşık)³³” olmak üzere üç çeşidi bulunduğu kabul edilen ikrar, ceza muhakemesinde “doğrudan (tevilsiz)³⁴-dolaylı (tevilli, müevvel, kaçamaklı, daraltıcı)³⁵ ikrar”,

²⁵ Bizim de katıldığımız görüş için bkz. PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.428-429: “... eski Kanun döneminde ikrarı delil sayan görüş ağırlıktaydı. Bunun nedeni, ikrarın, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nda ‘Deliller ve ikamesi’ başlığı altında düzenlenmiş ve 236. maddede ‘İkrar ... delil teşkil eder.’ denilmiş olmasıdır. Ancak (...) Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 187. maddesinin ikinci fıkrasına göre ‘... ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmaz.’ Davada bir tarafça ileri sürülen bir vakia iddiasının, mahkeme önünde karşı tarafça ikrar edilmesiyle artık o vakia, taraflar arasında çekişmeli olmaktan çıkar ve ... ispatı gerekmez. (m.188) İspatın gerekmediği bir hâlde ise, delilden söz edilemez. İşte ikrar, tek taraflı bir usûlî işlem olarak, delil ikame faaliyetini ve ispat ihtiyacını ortadan kaldıran bir taraf beyanıdır. (...) Buna karşılık, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikrar, geçerli değildir.”

²⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s.508: “‘Vicdanî delil sistemi’ tabiri ile ifade edilmek istenen hem delil serbestliği hem de delillerin değerlendirilmesi serbestliğidir.”

²⁷ BİRTEK, İspat, s.103. CMUK bakımından farklı görüş için bkz. KİPER, Osman: “Ceza Usûlünde İkrar”, Ankara Barosu Dergisi, 1981(2), s.243: “CMUK’na göre ikrar, bir kanıt sayılmaz. CMUK’nun 247. maddesinin birinci fıkrasına göre ikrar, bir kanıt değildir. Fıkranın metni ... şöyledir: ‘Maznunun hâkim tarafından tanzim kılınan zabıt varakasındaki ifadesi, ikrarına delil olmak üzere okunabilir.’ Demek ki ikrarın, hâkim tarafından bir kanıt olarak kabul olunabilmesi için, tutanak yazmanı olduğu hâlde, hâkimin huzuru ile tutanağa geçirilmesi gerekir.”

²⁸ GEDİK, s.59; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.617; ÖZEN, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.193; SELÇUK, s.58; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.193; ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.18, 127, 134; YENİSEY/NUHOĞLU, s.84. Diğer bir anlatımla, ikrar cezaî uyumsuzluğu ortadan kaldırmamakta, ikrar edilen vakia ispatın konusunu oluşturmaya devam etmektedir. (DEYNEKLİ, Adnan: “İkrarda Manevî Unsur”, TBB Dergisi, 64, 2006, s.322.) Yargıtay 23. CD, 21.05.2015, E. 2015/6874, K. 2015/1782: “Kararın gerekçesinde ‘Sanığın savunması ikrar niteliğindedir. İkrar kesin delildir.’ ifadesinin kullanılması suretiyle; ceza muhakemesi hukukunda maksadın maddi gerçekliği bulmak olduğu, her türlü delilin takdiri delil kapsamında kabul edildiği, hukuk yargılamasının aksine olarak hakimi bağlayan bir kesin delil kategorisinin bulunmadığı, bu manada ikrarın da ceza muhakemesinde hakimi bağlamayacağı hususunun göz ardı edilmesi .. bozmayı gerektirmiş ...” www.kazanci.com (Erişim: 10.10.2020)

²⁹ CMK m.217/1: “... duruşmaya getirilmiş ve ... tartışılmış ... deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.”

³⁰ SELÇUK, s.58; TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s.1042.

³¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.430: “Karşı tarafın ileri sürdüğü olayın doğruluğunun, hiçbir ekleme yapılmadan beyan edilmesi, basit (adı) ikrardır.”

³² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.430-431: “Bu tür ikrarda, ikrar eden, karşı tarafın ileri sürdüğü ve aleyhine olan vakianın doğruluğunu beyan etmekle beraber, karşı tarafın istemine hak vermeyen bir açıklama yapmaktadır. (...) vasıflı ikrara, gerekçeli inkâr da denilmektedir. Çünkü diğer tarafın ileri sürdüğü hukukî nitelik ... kabul edilmemekte, bu noktadan inkâr olunmaktadır.”

³³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.431: “Bu tür ikrarda, ikrar eden, karşı tarafça ileri sürülen olayı kabul etmekle beraber, o olaydan çıkarılmak istenen hukukî sonucun doğumuna engel olan veya onu hükümden düşüren ya da kullanılmasına engel olan diğer bir olay ileri sürmektedir. (...) vasıflı ikrarda vakia tektir, onun vasfı tartışmalıdır; bileşik ikrarda ise, ikrar edilen vakıyla bağlantılı ya da bağlantısız yeni bir vakia eklemesi yapılmaktadır.”

³⁴ BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde İkrar, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.219: “Doğrudan ikrar, sanığın isnadı/ithamı ... için önemli olabilecek vakiaları ‘olduğu gibi’ (kendisine isnat olunduğu gibi) kabul etmesi ... anlamına gelmektedir.”

³⁵ BİRTEK, İkrar, s.219-220: “‘Dolaylı ikrar’ ... ise; şüpheli veya sanığa isnat olunan maddî vakianın -isnat olunduğu şekliyle kabul edilmediği- bir ikrar türüdür. (...) Bu ikrar türünde, maddî vakia kabul edilmekle birlikte, isnat ya da iddia olunduğu şekliyle değil de başka bir neden öne sürülüp de ‘ithamın daraltılarak’ kabul edilmesidir. (...) tevilli ikrarın söz konusu olduğu durumlarda, şüpheli veya sanık yönünden ... ‘itham daraltılmış’ olsa da, yargılama mercileri yönünden ... tahkikatın ‘genişlemesi’ söz konusu olur. Örneğin; ... M’yi öldürmekten dolayı itham altında olan şüpheli Ş’nin, öldürme vakiasını kabul etmekle birlikte, bu eylemin meşru müdafaa altında gerçekleştiğini ... beyan etmesi tevilli ... ikrar ... kabul edilmektedir.”

tam³⁶-kısmî³⁷ ikrar”, “mahkeme önünde-mahkeme dışında ikrar³⁸”, “açık-örtülü ikrar³⁹” gibi tasniflerle incelenmektedir. Tanımlarına bakıldığında, doğrudan ikrarın hukuk muhakemesindeki “basit” ikrarla, dolaylı ikrarına “nitelikli” ikrarla eş anlamlı olduğu görülmektedir⁴⁰. Biz, öğretilerde üzerinde büyük ölçüde mutabakata varılmış ve uygulamada da kabul görmüş olması sebebiyle, hukuk muhakemesindeki “basit-nitelikli-bileşik ikrar” ayrımının ceza muhakemesinde de benimsenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Hukuk muhakemesinde ikrarın bölünebilirliği tartışmalı⁴¹ ise de, ceza muhakemesinde ikrarın bölünmesine bir engel yoktur⁴².

Yine hukuk muhakemesinin (HMK m.188/2⁴³) aksine, ceza muhakemesinde ikrardan her zaman (hükümden sonra dahi) dönülebilir⁴⁴. Dönmenin ikrarın güvenilirliğini zayıflatması ve hattâ ortadan kaldırması muhtemel⁴⁵ ise de, ikrarın “delil” niteliğini ortadan kaldırmayacağı kuşkusuzdur⁴⁶. İkrarın geri alınması “gerçeğe aykırılığına” veya geri alınmaması “gerçeğe uygunluğuna” kesin karine kabul edilemeyecek⁴⁷; ikrarla yahut ikrardan dönme beyanıyla bağlı olmayan hâkim, dönmenin gerekçesini de araştırarak ikrarın güvenilebilirliğini vicdanî kanaatine göre takdir edecektir⁴⁸. İkrarın tek başına (başka delillerle desteklenmeksizin) hükme esas alınıp alınmayacağı doktrinde⁴⁹ ve uygulamada⁵⁰ tartışmalıdır.

III. CMK m.314/1-c HÜKMÜNDEKİ TERMİNOLOJİK SORUNLAR

CMK m.314/1-c hükmüne göre, “Sanık beraat ettikten sonra ... ikrarda bulunmuşsa”, “... dava ... sanık⁵¹ ... aleyhine ... tekrar görülür.” Hemen ifade etmek gerekir ki, burada “sanık”

³⁶ BİRTEK, İkrar, s.221: “Maddî vakanın tamamının şüpheli veya sanık tarafından kabul edilmesi ‘tam ikrar’dır. Bu türden ikrar, maddî vakanın bütün ayrıntılarını içeriyor ise ‘mevsuf/nitelikli’ ikrar olarak kabul edilmektedir. (...) Örneğin; failin mağduru öldürdüğünü ve sonrasında da cesedi toprağa gömdüğünü söylemesi tam ve ‘basit/yalın’ bir ikrar iken; öldürme olayının gelişimini, öldürme fiilinin işlenişini ve fiilden sonraki durumu (olayın bütün koşullarını) anlatarak suçunu ikrar etmesi tam ve ‘mevsuf’ ikrardır.”

³⁷ BİRTEK, İkrar, s.221-222: “Kısmî ikrar ise, maddî vakanın (ya da olayın koşullarının) sadece bir kısmının kabul edildiği ikrar türüdür. ... aynı zamanda ‘kısmî inkâr’ anlamına da gelir. Şüpheli veya sanık ... kısmî ikrarının dışında kalan kısmını da inkâr etmiş olmaktadır.”

³⁸ CİHAN, s.116.

³⁹ CİHAN, s.116.

⁴⁰ Hukuk muhakemesindeki terminolojiyi benimseyen yazar için bkz. CİHAN, s.115..

⁴¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s.432-434.

⁴² BİRTEK, İkrar, s.299-305; BİRTEK, İspat, s.98; SELÇUK, s.57-58.

⁴³ HMK m.188/2: Maddî bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez.

⁴⁴ BİRTEK, İspat, s.98; SELÇUK, s.58. İkrardan dönme saikleri hakkında bkz. BİRTEK, İkrar, s.343-344.

⁴⁵ BİRTEK, İkrar, s.123, 342. Dönmenin ikrarın güvenilirliğini etkilemeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. ERDEM/ŞENTÜRK, s.311; EREM, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, s.28; GÜNAY, Erhan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Olağanüstü Kanun Yolları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.128; GÜNDÜZ, s.199; KARAKURT, s.137; ÖZGEN, s.109; TALAS, s.130.

⁴⁶ Yargıtay CGK, 29.11.2005, E. 2005/7-144, K. 2005/150: “... ikrardan dönülmüş olsa dahi, bu durum ancak ikrarın gücünü zayıflatacak bir husus olarak görülebilir; ikrarın delil olma özelliğini ortadan kaldırmaz.” (Aktaran: BİRTEK, İkrar, s.343.)

⁴⁷ BİRTEK, İkrar, s.123, 342.

⁴⁸ BİRTEK, İkrar, s.344-345; ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.366: “İkrarın gerçek dışı olması ihtimali, bunun geri alınmasını gündeme getirmektedir. (...) Fakat ... ikrar nasıl gerçek dışı olabiliyorsa onun geri alınması veya geri alınmaması da öyle olabilir. Öyle durumlar olur ki, ikrar ... doğrudur; ancak ... geri alınır. Bazı durumlarda ise ikrar gerçek dışı olmakla birlikte geri alınmak istenmez; bazı durumlarda da ikrar gerçek dışıdır ve ... haklı olarak geri alınır. (...) Sorgu işlemi yapan yetkili bu konuda ... dikkatli olmak zorundadır.” SELÇUK, s.58: “... ikrar, insanî bir olgu olduğundan, kanıtların en tehlikesidir. Ondan vebadan kaçır gibi uzak durmak veya ona sınımsız körükörüne yapışmak. Bunların ikisi de yanlıcı ve saptırıcı sonuçlardır.” Aynı yönde bkz. CİHAN, s.112.

⁴⁹ Bu tartışmalar için bkz. BİRTEK, s.320-324; TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s.1044-1047.

⁵⁰ İkrarın tek başına mahkûmiyet için yeterli olmadığına dair yerleşik Yargıtay içtihadına örnekler için bkz. AKYÜREK, s.135, dn.500. İkrarın tek başına mahkûmiyet hükmüne esas alındığı aksi yöndeki çarpıcı bir karar için bkz. CGK, T. 18/06/2013, E. 2013/1-59, K. 2013/302: “Somut olayda her ne kadar maktulün ceset veya cesedine ait herhangi bir parça bulunamamış, eylemin gerçekleştirildiği belirtilen birahane maktule ait kan ve DNA örneği elde edilmiş ise de, sanığın eylemi gerçekleştirdikten sonra olay yerinde bulunan kanlar ile duvarlara yapışan parçaları ve kanları da hiçbir iz bırakmayacak şekilde temizlediğini belirtmesi, maktule ait cesedi küçük küçük parçalara ayırıp, parçaları arazide farklı farklı yerlere atıklarını söylemesi karşısında, sanığın kolluğa başvurup olayı itiraf ettiği tarihte eylemin üzerinden yaklaşık 8,5 yıl gibi uzun bir süre geçmiş olması nedeniyle, maktulün cesedine ait herhangi bir parça ile kan ve DNA örneğinin elde edilememiş olması hayatın olağan akışına aykırılık oluşturmamaktadır.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

⁵¹ ÜNVER/HAKERİ, s.2048: “Aleyhe yargılama nedenleri, beraat etmiş bir sanıkla da ilgili olabileceğinden, kanunumuz sadece hükümlünün aleyhine yargılamanın yenilenmesinden değil, sanık aleyhine de yargılamanın

teriminin kullanılması eleştiriyeye açıktır. Zira, CMK m.2/1 fıkrasının b bendine göre, “Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi”, f bendine göre de “Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi” ifade etmektedir. Bu nedenle, hakkındaki kovuşturma kesin veya kesinleşmiş bir beraat hükmüyle sonuçlanan bir kimsenin artık “sanık” olarak isimlendirilmesi hatalı⁵² olup ikrarda bulunan kişiden ancak “eski sanık” olarak söz edilebilecektir.

Hükümde hatalı kullanılan bir diğer terim, “ikrar” terimidir. Türk ceza muhakemesi hukuku doktrininde, bir “ikrar”ın varlığından söz edilebilmesi için, yürümekte olan bir muhakemenin (soruşturma veya kovuşturmanın) bulunması gerektiği⁵³, suç şüphesi altında olmayan bir kimsenin ikrarından söz edilemeyeceği⁵⁴ isabetli şekilde savunulmuştur. Ayrıca, ikrarın “hukuka uygun bir delil” olarak hükme esas alınabilmesi için, isnadın ve haklarının şüpheliye yahut sanığa ikrarından önce öğretilmiş olması zorunludur⁵⁵. Oysa, ileride detaylı olarak açıklanacağı üzere, CMK m.314/1-c’de aranan ikrar, “hakkında kesin veya kesinleşmiş bir beraat hükmü bulunan kişinin (eski sanığın) ikrarı” olup muhakemenin (soruşturma ve kovuşturma evrelerinin) sona erdiği bu aşamada artık “itham”dan ve bildirilmesi/öğretilmesi gereken bir “isnat”tan söz etmek mümkün değildir. Yargılama neticesinde kesin yahut kesinleşmiş bir beraat hükmü elde eden bir kimse hakkında yargılama konusu fiil sebebiyle tekrar soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı (kesin hükmün “ne bis in idem” ilkesi gereği “muhakeme engeli” oluşturacağı)⁵⁶ da dikkate alındığında, “İsnat yoksa ikrar da yoktur.” önermesinin CMK m.314/1-c hükmünü uygulanamaz kılacağı ortadadır. Bu noktada, akla gelen ilk çözüm, ikrarı zaman bakımından ayırma tâbi tutanların önerdiği “adli-adli olmayan ikrar⁵⁷” ayırımı benimsemek ve suç şüphesi altında bulunmayanların beyanını -ve dolayısıyla eski sanığın m.314/1-c’deki beyanını- “adli olmayan ikrar” kategorisinde değerlendirmektir. Ancak, sözlük anlamı (“benimseme, onama, kabul, tasdik⁵⁸”) itibarıyla ikrar tasdiki gereken bir isnadın varlığını gerektirdiğinden, biz, suç şüphesi altında bulunmayan bir kimsenin ikrarından da söz edilemeyeceği yolundaki baskın görüşe⁵⁹ katılarak ikrarı “isnadın şüpheli yahut sanıkça doğrulanması (kabulü, teyidi, tasdiki)” şeklinde tanımlıyor; henüz suç şüphesi altında (şüpheli yahut sanık statüsünde) bulunmayan bir kimsenin “tipik bir fiilin faili yahut şeriki” olduğuna ilişkin açıklamasını ise -“adli olmayan ikrar” yerine- “ikrarın öncülü⁶⁰” niteliğindeki “itiraf⁶¹” kavramıyla ifade etmenin ve bu çerçevede CMK m.314/1-c’deki “ikrarda” ibaresini “itirafta” şeklinde değiştirmenin isabetli olacağını düşünüyoruz⁶². Buna göre, kişi, muhakeme dışı (soruşturmadan önceki veya kovuşturmadan

yenilenmesinden bahsetmektedir.” Aynı noktaya dikkat çeken bir diğer yazar için bkz. BAKIM, Sevi: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s.939.

⁵² Aynı noktaya dikkat çeken bir diğer yazar için bkz. ÖZEN, s.1358.

⁵³ BİRTEK, İkrar, s.124. Yazar ayrıca “ikrarın yalnızca ifadede yahut sorguda gerçekleşebileceğini” ileri sürmekteyse de, bu görüşün herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.

⁵⁴ BİRTEK, İkrar, s.29.

⁵⁵ BİRTEK, İkrar, s.184; YENİSEY/NUHOĞLU, s.472, 563, 623.

⁵⁶ YENİSEY/NUHOĞLU, s.608.

⁵⁷ MONTALBANO, Giuseppe: La Confessione nel Diritto Vigente, 2. Edizione, Jovene Editore, Napoli 1958, s.48’den nakleden CİHAN, s.116: “... ikrarın en esaslı ve öteden beri yapılan tasnifi, adli ikrar-adli olmayan ikrar tefrikidir. İkrarın zaman bakımından tefrike tâbi tutularak muhakemenin cereyanında, akışındaki ikrarı adli, muhakemenin başlamasından önceki ikrarı da adli olmayan ikrar olarak ifade etmek doğru değildir.”

⁵⁸ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

⁵⁹ Naklettiğimiz ikrar tanımlarında, müellifler “ikrarın ancak şüpheli veya sanık tarafından gerçekleştirilebileceğini” belirtmekle bu görüşü örtülü olarak benimsemiş gözükmektedir.

⁶⁰ “İtiraf”ın “ikrar”ın öncülü olduğuna dair bkz. SELÇUK, s.57: “İkrar ... itiraf edilen gerçeğin benimsenmesi, bu gerçeğe uyuluşmasıdır. Kabul, tanıma, uyuşma ikrar eyleminin esaslı nitelikleridir. İtirafın ikrarı vardır, ama ikrarın itirafı yoktur. Kronolojik yönden itiraf ikrara öncül bir davranıştır. İtiraf, olanları, yapılanları gerçeğe uygun olarak söylemek; ikrar ise yapılan veya söylenen bir şeyi sözle veya yazıyla kabul etmektir. Bu bakımdan, Arapça, bilme anlamındaki irfan kökünden gelen itiraf sözcüğü ile, karar kökünden türetilen ikrar sözcüğü bu durumu iyi yansıtmaktadır. (...) Somut bir örnek verirse, Rousseau, ‘İtiraf’ın (Confessions) bir yapıt olarak çıkmasını kabul etmekle ikrarda bulunmuştur. Bir başka deyişle, ikrar, itirafın ‘evet’ tasarrufudur.” Buna yakın bir görüş için bkz. BİRTEK, İkrar, s.27-29. Bu iki kavramı eş anlamlı kabul eden aksi görüş için bkz. ÖZGEN, s.105; DEMİRBAŞ, Timur: Soruşturma Aşamasında Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.260: “İtiraf, şüphelinin suçunu ikrar etmesidir.” Bu tanım, itiraf ile ikrarı eş anlamlı kabul etmesinin yanı sıra, sanığın ikrarını kapsam dışı bırakması yönünden de hatalıdır.

⁶¹ İtiraf, TDK Güncel Türkçe Sözlükte “başkaları tarafından bilinmesi sakıncalı görülen bir gerçeği saklamaktan vazgeçip açıklama, söyleme, bildirme” şeklinde tanımlanmaktadır. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

⁶² BİRTEK, İkrar, s.29: “Ceza yargılaması açısından, isnat ya da itham olmaksızın ikrardan söz edilemez. Ancak, itham ya da isnat olmadan, itiraf olabilir.”

sonraki) beyanıyla suçu itiraf etmesinin (bir bakıma kendisini ihbar etmesinin) ardından suçlanıp “isnada ve haklarına dair bilgilendirildikten sonra” bir karar⁶³ vererek isnadı teyit ederse bu ikinci beyanı “ikrar” kabul edilebilecektir⁶⁴.

Hükümdeki bu iki terminolojik hataya dikkat çekmekle ve “sanık” yerine “eski sanık” ifadesini kullanmakla birlikte, biz, anılan hükmü yürürlükteki şekliyle incelediğimiz bu makalenin başlığında ve aşağıda normun lâfzına sadık kalarak “itiraf” yerine “ikrar” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

IV. CMK m.314/1-c HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI

A. Kesin veya Kesinleşmiş Bir “Beraat” Hükümünün Bulunması

“Yargılamanın yenilenmesi” olağanüstü bir kanun yolu olduğundan, bu yola ancak kesin veya kesinleşmiş hükümlere karşı gidilebilecektir⁶⁵. CMK m.223/1 hükmüne göre, “*Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür.*” Ancak, kesin hükmün otoritesinin “kural”, yargılamanın yenilenmesinin “istisna” olması ve istisnaların dar yoruma tabi olması⁶⁶ sebebiyle, CMK m.314/1-c hükmü yalnızca kesin⁶⁷ veya kesinleşmiş bir “beraat” hükmünün varlığı hâlinde işletilebilecektir⁶⁸. Buna göre, “hakkında ceza verilmesine yer olmadığına” hükmedilmiş bir kimsenin hükmün kesinleşmesinden sonraki ikrarı “hâkim önünde gerçekleşmiş, güvenilir bir ikrar” olsa dahi, yargılamanın aleyhe yenilenmesine gerekçe kabul edilemeyecektir⁶⁹. Kanımızca, CMK m.314/1-c’deki “beraat ettikten sonra” ibaresinin “beraat ettikten veya hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verildikten sonra” şeklinde değiştirilmesi ceza siyaseti bakımından uygun olacaktır⁷⁰. Zira, nasıl ki TCK m.25/1 ve CMK m.223/2-d çerçevesinde beraatine karar verilen ve bu karar kesinleştikten sonra “maktûlün kendisine yönelik hiçbir saldırıda bulunmadığını, tipik fiili meşru savunma hâli içerisinde işlemediğini” ikrar eden bir kimsenin cezasız kalması kabul edilemez ise, suçu “meşru savunma sınırını mazur görülebilecek bir korku nedeniyle aşarak” işlediği gerekçesiyle “hakkında ceza verilmesine yer olmadığına” (TCK m.27/2 ve CMK m.223/3-b) karar verilen ve bu karar kesinleştikten sonra “suçu sanılanın aksine plânlayarak ve büyük bir soğukkanlılıkla işlediğini”

⁶³ BİRTEK, İkrar, s.28: “... ikrar ... itham ya da isnat altındaki bir kimsenin ... itham ya da isnadı, suç oluşturan maddî vakıanın unsurlarını -sonuçlarını bilerek- açıklamada bulunması ve ‘kişisel bir karar’ vermesidir.”

⁶⁴ Örneğin bkz. BİRTEK, İkrar, s.212-213: “İşlenen bir suçla ilişkin olarak, herhangi bir soruşturma bulunmaksızın failin, doğrudan kolluğa giderek suçla ilişkin açıklamada bulunması hâlinde ... henüz ortada başlatılan bir soruşturma ve şüpheli sıfatına sahip bir kimse bulunmadığından ve nihayet herhangi bir kişinin açıklamada bulunmaya başlamasından önce -hangi konuda açıklamada bulunacağı bilinmeyeceğinden yasal haklarının hatırlanması da mantıken mümkün olmadığından- bu türden bir beyanın da teknik olarak ifade olarak kabul edilmesi ve ikrar delili kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu şekilde bir beyanda bulunulması hâlinde, fail tarafından anlatıldığı şekliyle tutanağa bağlanmalı ... beyanın tutanağa geçirilmesi sonrasında, bu tutanak belge delili olarak ceza yargılamasında kullanılabilir ve ... tek delil olarak dahi hükme esas alınabilir.” Aynı yönde bkz. Yargıtay 11. CD, 08.10.2007, E. 2007/10714, K. 2007/6409. (Aktaran: BİRTEK, İspat, s.97.) Yine bkz. Yargıtay 17. CD, 02.06.2020, E. 2020/1523, K. 2020/4385: “Suça sürüklenen çocuk ...’in kendi isteği ile karakola gelerek suçu itiraf ettiği ve çantayı attıkları yeri gösterdiği ...” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020) Muhakeme öncesinde basına yapılan açıklamaların keza “ikrar” addedilemeyeceğine dair bkz. BİRTEK, İkrar, s.216.

⁶⁵ AKYÜREK, s.132; BAKIM, s.939; ERDEM/ŞENTÜRK, s.273-274; ÖZGEN, s.107; ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.753.

⁶⁶ GÖZLER, s.59-65.

⁶⁷ Her ne kadar CMK m.314/1’de “Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış olan bir dava”nın tekrar görülmesinden söz edilmiş ise de, bu ibareden “kesin” beraat hükmü ile sonuçlanmış yargılamaların yenilenemeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır.

⁶⁸ AKYÜREK, s.132; BAKIM, s.950; CENTEL/ZAFER, s.955; KARAKURT, s.134; KÜÇÜKKASAP, s.114.

⁶⁹ DEMİRCİ, Hüseyin Teoman: Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2019, s.52; ERDEM/ŞENTÜRK, s.309, s.310, dn. 1164; GÜNDÜZ, s.195-196; KARAKURT, s.134; KÜÇÜKKASAP, s.114; ÜNVER/HAKERİ, s.2048. Aynı görüşün CMUK bakımından savunusu için bkz. ÖNDER, “Muhakemenin İadesinde Reform”, s.91.

⁷⁰ Aynı yönde bkz. GÜNDÜZ, s.196; KARAKURT, s.134. Hükümdeki “beraat ettikten sonra” ibaresinin “sanık hakkında mahkûmiyet hükmü dışında bir hüküm verildikten sonra” şeklinde değiştirilmesi önerisi için bkz. KÜÇÜKKASAP, s.114. Hükmün mevcut hâlinin yeterli olduğu yolundaki aksi görüş için bkz. AKYÜREK, s.132: “Sanığın mahkûm olmadığı bütün durumlarda, aleyhe yenilenmenin söz konusu olması isteniyorsa, yasal düzenlemenin ‘sanık hakkında mahkûmiyet dışında bir hüküm verildikten sonra’ biçiminde değiştirilmesi gerekmektedir. Ancak, yasada var olan yenileme nedeninin; ... ‘aklanmış’ bir kişinin, suçu kabul ettikten sonra cezalandırılmamasının yaratacağı sorunları gidermeye hizmet ettiği düşünüldüğünde, yürürlükteki düzenlemenin yeterli olduğu görülmektedir.”

ikrar eden bir kimsenin cezasız kalması da kabul edilemez bir durumdur.

CMK m.223/2 hükmüne göre, “*Beraat kararı; a) yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, b) yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, c) yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, d) yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, e) yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hâllerinde verilir.*” CMK m.314/1-c’de nedeni bakımından ayırım yapılmaksızın salt “beraat”ten söz edildiğinden, beraat kararının gerekçesi önemsizdir⁷¹. Fakat, kişinin “kanunda suç olarak tanımlanmamış bir fiili işlediği”ne ilişkin açıklamaları “suçun ikrarı” niteliği taşımadığından, CMK m.223/2-a gereği beraatle sonuçlandırılmış bir yargılamanın CMK m.314/1-c hükmüne istinaden yenilenmesi olanaksızdır⁷². Örneğin, intihara teşebbüs ettiği gerekçesiyle her nasılsa hakkında TCK m.35 ve 81 hükümlerine istinaden ceza davası açılan ve kovuşturmada intihara teşebbüs ettiğini inkâr eden bir kimsenin beraat (CMK m.223/2-a) ettikten sonra “gerçekte intihara teşebbüs ettiğini” hâkim önünde güvenilir şekilde beyan ettiği olayda durum böyledir.

B. Eski Sanığın “Beraatle Sonuçlanan Yargılamaya Konu Fiili İşlediğini” İkrar Etmesi

Yargılamanın CMK m.314/1-c hükmüne istinaden yenilenebilmesi için ikrarın “eski (yenilenmesi istenen yargılama neticesinde beraat etmiş) sanık” tarafından gerçekleştirilmesi zorunlu olup diğer kişilerin (sona ermiş muhakemedeki diğer sülhlerin yahut muhakeme dışı kimselerin) itirafları ancak “yargılamanın hükümlü lehine yenilenmesi”ne gerekçe oluşturabilecektir⁷³.

Eski sanığın “beraatle sonuçlanan yargılamada kendisine yüklenen fiili işlediğini (kesin hükümle ortadan kalkan isnadı)” kabul etmesi gerekmektedir⁷⁴. İkrarın iradî olması zorunlu olup irade sakatlığı hâllerinde geçerli bir ikrardan söz edilemez⁷⁵. Örneğin, beraat etmiş eski sanığın, “aleyhine yeni bir delil elde edildiği, bu delile istinaden her hâlde yeniden yargılanacağı ve ikrarda bulunmadığı takdirde teşdiden cezalandırılacağı” yönündeki telkinlere aldanarak “beraatle sonuçlanan yargılamaya konu fiili işlediğini” kabul ettiği olayda durum böyledir.

İkrarın “kısmî⁷⁶” olması, CMK m.314/1-c hükmünün tatbikine engel değildir. Örneğin, nitelikli cinsel istismar suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada beraat etmiş bir kimse, kararın kesinleşmesinden sonra “müsnet suçun temel şeklini işlediğini” ikrar ettiği takdirde yargılama - diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla- yenilenebilecektir.

İkrarın “basit ikrar” niteliğinde olması CMK m.314 bakımından zorunlu değildir. Uygulamada⁷⁷ yer etmekle birlikte doktrinde⁷⁸ hükme esas alınmaması gerektiği savunulan “dolaylı ikrar” da neticeten ikrarın bir türü olup bu tür ikrarlar da CMK m.314/1-c bakımından

⁷¹ DEMİRCİ, s.52; ERDEM/ŞENTÜRK, s.309; KARAKURT, s.134; KÜÇÜKKASAP, s.114.

⁷² AKYÜREK, s.132; ERDEM/ŞENTÜRK, s.309; GÜNDÜZ, s.194; KÜÇÜKKASAP, s.114.

⁷³ Aynı yönde bkz. KARAKURT, s.135. Bir suçu B ile birlikte işleyen, fakat her nasılsa B’nin yargılandığı davada “tanık” olarak yer alan ve yeminli yalan tanıklığıyla suç ortağı B’nin beraatine, gerçekte suçsuz olan C’nin ise mahkûmiyetine neden olan A’nın söz konusu hükümler kesinleştikten sonraki itirafları yargılamanın B aleyhine yenilenmesine gerekçe olamayacaksa da, C bakımından lehe yenileme sebebi (CMK m.311/1-b ve e) teşkil edecektir. (Hakkında herhangi bir hüküm bulunmaması sebebiyle, A bakımından yargılamanın yenilenmesinden de söz edilemeyecek; A’nın ikrarı sayesinde bir suçun işlendiği izlenimini edinen Cumhuriyet savcısı, CMK m.160 hükmü uyarınca A’nın fiili hakkında soruşturma işlemlerine başlayacaktır.)

⁷⁴ GÜNAY, s.127; GÜNDÜZ, s.197. Aynı görüşün CMUK bakımından savunusu için bkz. EREM, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, s.28; ÖNDER, “Muhakemenin İadesinde Reform”, s.91.

⁷⁵ AKYÜREK, s.134; BAKIM, s.940; DEMİRCİ, s.53; GÜNDÜZ, s.199; KARAKURT, s.138; KÖSE, Metin: Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.176; ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.297; TALAS, s.127; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.193; ÜNVER/HAKERİ, s.876; YENİSEY/NUHOĞLU, s.566.

⁷⁶ Kısmî ikrara ilişkin örnekler için bkz. BİRTEK, İkrar, s.329.

⁷⁷ Dolaylı (tevilli) ikrarların delil kabul edildiği yakın tarihli bazı örnek Yargıtay kararları için bkz. 2. CD, 03.06.2020, E. 2020/15029, K. 2020/5005; 4. CD, 17.02.2020, E. 2016/2443, K. 2020/3287; 6. CD, 17.02.2020, E. 2017/1380, K. 2020/609; 8. CD, 03.02.2020, E. 2019/28683, K. 2020/3874; 10. CD, 10.02.2020, E. 2019/3135, K. 2020/822. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

⁷⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s.58; ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.296-297. Ayrıca bkz. BİRTEK, İkrar, s.325: “İsnat altındaki kişi, ... ithamı, itham edildiği şekliyle kabul etmeyip başka bir maddi vaka ile ilişkilendirerek itham konusunu açıklıyor ise, bu durum esasında bir savunma olup her zaman ikrar ... kabul edilemez ve hüküm bu türden bir beyan/ikrar üzerine bina edilemez.”

dikkate alınacaktır. Söz gelimi, kasten öldürme suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada beraat hükmü elde etmiş bir kimsenin kararın kesinleşmesinden sonra “maktûlü kendisinin öldürdüğünü, fakat öldürme eylemini meşru savunma koşulları içerisinde gerçekleştirdiğini” beyan ettiği varsayımsal⁷⁹ olayda, kişi her ne kadar “gerekçeli inkâr” niteliğindeki bu açıklaması ile “suç işlemediğini (işlediği fiilin hukuka uygun olduğunu)” savunsa da, “beraatle sonuçlanan yargılamaya konu tipik fiili işlediğini” kabul ederek nitelikli ikrarda bulunmuş olmaktadır⁸⁰. Aynı şekilde, eski sanığın beraatle sonuçlanan yargılamadaki müsnet fiili işlediğini bilâhare kabul ettiği ve fakat bu beyanına “kendisi lehine bazı vakıalar” eklediği hâllerde de, bu beyan -hukuk muhakemesindeki tabirle “bileşik”- ikrar kabul edilecek⁸¹ ve CMK m.314/1-c hükmü pekâlâ işletilebilecektir.

Birden fazla suç işlediği iddiasıyla açılan davada bazı suçlardan mahkûm olup bazı suçlardan beraat eden bir kimsenin, hükmün kesinleşmesinden sonra “beraat ettiği suçla ilgili olarak” ikrarda bulunması hâlinde, diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla, CMK m.314/1-c hükmüne başvurulabilecektir⁸². Buna karşılık, hırsızlık suçunu işlediği iddia edilen ve yargılama neticesinde bu suçu işlediği sabit görülen (CMK m.223/5) kişinin hükmün kesinleşmesinin ardından fiili icra ederken cebir de kullandığını (esasen “yağma” suçunu işlediğini) beyan etmesi hâlinde, beraat ettiği suç “yağma” suçu olmadığından, CMK m.314/1-c hükmü işletilemeyecektir⁸³.

Hukuk muhakemesinin aksine⁸⁴, ceza muhakemesinde ikrar -medenî hukukta sıkça kullanılan tabirle- “temsil düşmanı” bir işlem olup eski sanığın temsilcisinin “eski sanığın atılı suçu işlediğine” dair açıklamaları -ne derece “güvenilir” olursa olsun- “ikrar” kabul edilemeyecek⁸⁵ ve CMK m.314/1-c hükmüne başvurulamayacaktır.

İkrarın -yazılı veya sözlü- her hâlde icraî bir davranışla gerçekleşmesi zorunlu olup sükûtun ikrar sayılması olanaksızdır⁸⁶. Buna göre, örneğin, hakaret suçunu işlediği iddiasıyla açılan ceza davasında beraat eden ve hakkındaki beraat kararı kesinleşen kişinin, aynı iddiayla aleyhine açılan tazminat davasında hâkimin “*Davacıya hakaret ettin mi?*” şeklindeki sorusunu yanıtız bırakması “ikrar” addedilemeyecektir.

Kişinin hangi saikle ikrarda bulunduğu, eyleminden pişmanlık duyup duymadığının CMK m.314/1-c bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁸⁷.

C. İkrarın “Beraat Hükmü Kesinleştikten Sonra” Gerçekleşmesi

Yargılamanın CMK m.314/1-c hükmüne istinaden yenilenebilmesi için kişinin “beraat hükmü kesinleştikten sonra” ikrarda bulunması zorunlu olup soruşturma veya kovuşturma evresinde gerçekleşmiş bir ikrarın kovuşturmanın bitiminden sonra mahkemeye ulaşması anılan

⁷⁹ Örnek için bkz. BİRTEK, İkrar, s.220.

⁸⁰ Hukuka aykırılığı suçun unsuru kabul eden ve CMK m.314/1-c hükmü bakımından ikrarın tipiklik unsurunu kapsamaması yeterli gören yazar için bkz. KARAKURT, s.40, 134. Aksi görüş için bkz. BİRTEK, İkrar, s.326: “*Sanık tarafından, itham karşısında öne sürülen vakıa ... ithamı (ispatı zorunlu asıl maddi vakıa olan fiili) bütünüyle değiştiriyor ise, sanığın ‘meşru savunmaya dayanmış olması’ öldürme eylemini kabul ettiği şeklinde yorumlanıp mahkûmiyet kararı verilebilmesi mümkün değildir.*”

⁸¹ BİRTEK, İkrar, s.327.

⁸² Aynı yönde bkz. ERDEM/ŞENTÜRK, s.309.

⁸³ Örnek için bkz. TALAS, s.128. Fakat, eğer iddianamede kişinin “yağma” suçunu işlediği ileri sürülmüş ve yargılama neticesinde kişi bu suçtan beraat edip hırsızlık suçundan mahkûm olmuş ise, beraat kararının kesinleşmesinden sonra “gerçekte yağma suçunu işlediğini” ikrar eden kişi CMK m.314/1-c çerçevesinde “yağma” suçundan tekrar yargılanabilecektir.

⁸⁴ HMK m.188/1: Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.

⁸⁵ BİRTEK, İkrar, s.285; KÜÇÜKKASAP, s.115.

⁸⁶ Anglosakson hukukunda “*qui tacet consentire videtur* (sükût ikrardan gelir)” ilkesine dayalı aksi yöndeki uygulama hakkında bkz. HERMANN, Frank R./M.SPEER, Brownlow: “Suçluluğun Kanıtı Olarak Gözaltında Sessiz Kalma: Susma Hakkı Saldırı Altında”, in Yener Ünver (ed.), Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.250 vd. Hukuk muhakemesinde de susma kural olarak ikrar sayılmasa da, HMK m.171/1 hükmü bu kurala istisna getirmektedir.

⁸⁷ İkrar saikleri ve genel olarak ikrar psikolojisi hakkında bkz. BİRTEK, İkrar, s.89-122; DEMİRBAŞ, s.263; SELÇUK, s.61-62. Ayrıca bkz. EREM, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, s.28: “*Kendi kendini methetmek maksadile söylenen sözler itimada şayan ikrar suretinde telâkki edilemez.*” Kanımızca, kişinin övünme saikiyle ikrarda bulunmuş olması ikrarın güvenilirliğini ortadan kaldırmaz.

hükümün tatbikine imkân vermeyecektir⁸⁸.

Beraat hükmü kesinleştikten sonra gerçekleşen ikrarın kişinin (eski sanığın) “ilk” ikrarı olması ise şart değildir⁸⁹. Buna göre, soruşturma veya kovuşturma evresinde ikrarda bulunan, fakat ikrarına itibar edilmeyerek beraatine karar verilen bir kimsenin karar kesinleştikten sonra tekrar ikrarda bulunması hâlinde, diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla, CMK m.314/1-c hükmü uygulanabilecektir.

D. İkrarın “Hâkim Önünde” Gerçekleşmesi

Yargılamanın CMK m.314/1-c hükmüne istinaden yenilenebilmesi için ikrarın “hâkim önünde” gerçekleşmesi şart⁹⁰ olup CMUK m.330/1’ in son bendinde yer almayan⁹¹ bu koşul CMK m.314/1-c hükmünün tatbikini son derece güçleştirdiği gerekçesiyle öğretilmiştir⁹² eleştirilmiştir. Oysa, bu ilâve koşul ile bir yandan ikrarın kanıtlanabilirliği artırılmış⁹³, bir yandan da kolluğun yahut “makam yönünden taraf⁹⁴” olan Cumhuriyet savcısının hukuka aykırı yollardan ikrar elde etmeye yönelik muhtemel çabaları peşinen boşa çıkarılmıştır⁹⁵. Buna göre, noter huzurunda gerçekleşmiş bir ikrar dahi -ne derece güvenilir olursa olsun- CMK m.314/1-c çerçevesinde dikkate alınamayacak, aleyhe yenileme sebebi kabul edilemeyecektir⁹⁶.

CMK m.314/1-c’de herhangi bir ayrıma yer verilmediğinden, önünde ikrarda bulunulan hâkimin “herhangi bir hâkim” olması mümkün⁹⁷ olup görevi başında olmayan hâkimin önünde gerçekleşen ikrarlar yargılamanın aleyhe yenilenmesine gerekçe olamaz⁹⁸.

⁸⁸ Aynı yönde bkz. AKYÜREK, s.133; ERDEM/ŞENTÜRK, s.311; GÜNAY, s.128; KARAKURT, s.136. CMUK bakımından aynı yönde bkz. ÖNDER, “Muhakemenin İadesinde Reform”, s.91. CMUK döneminden aksi yöndeki bir içtihat için bkz. Yargıtay 1. CD., 05.07.2002, E. 2002/3118, K. 2002/2945. (Aktaran: AKYÜREK, s.133.)

⁸⁹ Aynı yönde bkz. GÜNAY, s.128. Aksi yönde bkz. AKYÜREK, s.133; GÜNDÜZ, s.195; KARAKURT, s.136; KÜÇÜKKASAP, s.116.

⁹⁰ İsbetli bir tespit için bkz. ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku – II, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.312, dn. 548: “Bu düzenlemeden, hakim dışındaki Cumhuriyet savcısı, kolluk gibi soruşturma makamları önünde suçu kabul yönünde yapılan açıklamaların ikrar sayılmayaacağı sonucu çıkmamalı, sadece, aleyhe yargılamanın yenilenmesinin kapsamının dar tutulması gerektiği anlaşılmalıdır.”

⁹¹ BAKIM, s.939; CENTEL/ZAFER, s.955; GÜNDÜZ, s.198; KARAKURT, s.136; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.824; ÖZTÜRK VE DİĞERLERİ, s.755; TALAS, s.129; YENİSEY/NUHOĞLU, s.988. Alman Ceza Kanunu m.362/4’te, keza, böyle bir şart aranmadığına dair bkz. BİRTEK, s.285; ERDEM/ŞENTÜRK, s.309, dn.1161.

⁹² ERDEM/ŞENTÜRK, s.309; KARAKURT, s.136; KÜÇÜKKASAP, s.115-116; NİŞANCI, s.167

⁹³ AKYÜREK, s.134.

⁹⁴ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.118: “Kanunumuzda da savcıdan taraf olarak söz edilmektedir. (CMK m.277, 297, 300)”

⁹⁵ BAKIM, s.939; GÜNDÜZ, s.198; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s.824.

⁹⁶ Yargıtay 22. CD., 11.05.2016, E. 2015/29419, K. 2016/7958: “(...) Sanığın üzerine atılı eylemlerden beraatine dair ... sayılı kararının ... kesinleştiği, ... hakim önünde güvenilir nitelikte ikrarda bulunması halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceği gözetilmeden, sanığın soyut ikrar içeren dilekçesi ve savcılık ifadesi üzerine yeni dava açılarak ... mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiş, ...” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

⁹⁷ Aynı yönde bkz. BİRTEK, İkrar, s.286; ERDEM/ŞENTÜRK, s.309; KÜÇÜKKASAP, s.116; ÖZEN, s.1358. Ayrıca bkz. GÖZLER, s.57: “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (Kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir).” Buna göre, söz gelimi, eşini öldürmeye teşebbüs ettiği iddiasıyla açılan davada beraatine hükmedilen ve hükmün kesinleşmesinin ardından boşanma davası duruşmasında “hukuk hâkimi önünde” suçunu itiraf eden kişinin bu beyanı CMK m.314/1-c hükmünün işletilmesine olanak tanyacaktır.

⁹⁸ AKYÜREK, s.133-134; GÜNDÜZ, s.198-199; KÜÇÜKKASAP, s.116. Erem’in bu türden bir itirafa örnek içeren “Emekli Başkan” öyküsü için bkz. EREM, Faruk: Bir Ceza Avukatının Anıları, 7. Bası, Çark Kitabevi, Ankara 1996, s.14-16: “(...) Adliyedeki hizmeti kırk yılı aşmıştı. Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığından emekliliği gelmişti. Sabah ... eşyalarını toplarken, masasının gözünde sakladığı, üstüne küçük çakısıyla ... çentikler açtığı, beş kırık uçlu kalemi eline almış, uzun uzun düşünmüştü. Bu, beş kırık uçlu kalem, ... katıldığı beş idam hükmünün anısıydı. Diğerleri için bir diyeceği yoktu. Ama tek çentikli kalem (!). O olayda iki sanık vardı. Suçu birbirlerine atıyorlardı. Suç ağırdı, suçlu olan asılacaktı. (...) Kıdemli üye bir sanığın, Başkan diğer sanığın suçlu olduğuna inanmıştı. O tarihte kıdemsiz üyeydi. Kimin oyuna katılırsa ... biri veya diğeri asılacaktı. (...) Şöyle düşündü: Başkan daha tecrübeliydi, daha doğru düşünürdü. Başkana katıldı. Sanığın biri beraat etti, öbürü asıldı. (...) veda yemeğinde ... dalyor, tek çentikli kalemin öyküsünü düşünüyordu. (...) yakın arkadaşımı, ta liseden. Yemekten sonra beraber çıktık. Yolda hiç konuşmadı. Üzüntüsünü emeklilikten sandım. (...) Hizmetlerini övdüm.Cevap vermiyordu. Dostumu ikinci kez, hasta yatağında ziyaret ettim.Eski dosyayı bulmuş, okumuş, uzun yolculuklar yapmış ve yıllar önce beraatini sağladığı kişiyi bulmuş, doğruyu öğrenmek istemiş. Adam hâkimi hemen tanımış. Söz arasında ‘Siz o işi benim yaptığımı biliyorsunuz, değil mi?’ diye gülümsemiş. Dostuma ilk kriz hemen oracıkta gelmiş, ikinci kriz onu hastanede ziyaretimden üç gün öncesiydi. (...) Takatsizdi. Birkaç gün sonra oğlu telefon etti, beni istemiş. Hemen gittim.Yetişemedim ... odasında girdim.Tek çentikli kalem parmaklarının arasında idi. Yavaşça aldım.Saklıyorum.”

İkrarın “hâkim önünde (huzurunda⁹⁹)” gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için, ikrarın aracıya gerek duyulmaksızın (doğrudan doğruya) hâkim tarafından öğrenilmiş olması gerekir; ikrarda bulunan kişiyle hâkimin yüz yüze gelmesi şart değildir¹⁰⁰. Beyanın hâkimi muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle gerçekleşmesi hâlindeyse ikrarın hâkim “önünde” gerçekleştiği söylenemez¹⁰¹.

Öğretide¹⁰² Cumhuriyet savcısının ikrarda bulunmak üzere kendisine başvuran kişiyi CMK m.162 hükmü uyarınca sulh ceza hâkimliğine sevk etmesi gerektiği savunulmuşsa da, bu hüküm “Soruşturmada Cumhuriyet savcısının hâkim kararı istemi” şeklindeki kenar başlığından da anlaşılacağı üzere, eski sanığın “artık bir soruşturma yahut kovuşturmayla konu olmayan” fiiline ilişkin ikrarı bakımından bağlayıcı değildir. Öte yandan, ikrarda bulunmak isteyen kişi hakkındaki kesin/kesinleşmiş beraat hükmü “muhakeme engeli” oluşturduğundan, Cumhuriyet savcısının CMK m.160 hükmüne istinaden soruşturma başlatması da mümkün değildir. Bu çerçevede, itirafın CMK m.314/1-c bakımından hukukî sonuç doğurabilmesi için, Cumhuriyet savcısının kişiyi görevi başındaki herhangi bir hâkime sevk etmesi gerekecektir¹⁰³.

E. İkrarın “Güvenilebilir” Olması

Yargılamanın beraat sonrası ikrarda bulunan eski sanık aleyhine yenilenebilmesi için, ikrarın “güvenilebilir nitelikte” (CMUK m.330/1’in son bendindeki tabirle “itimada şayan”) olması zorunludur. Bu koşul ile yasa koyucu, kesin hükmün otoritesinin gayriciddî ikrarlarla sarsılmasını ve mahkemelerin boş yere meşgûl edilmesini önleyerek hukukî istikrarı korumayı hedeflemektedir¹⁰⁴.

“Önünde ikrarda bulunulan hâkim”ce değil, “yargılamanın yenilenmesi istemini karara bağlayacak olan mahkeme”ce¹⁰⁵ yapılacak güvenilebilirlik incelemesinde, ikrarda bulunanın - “kişiliği” değil¹⁰⁶- “beyanı” değerlendirilecek; ikrarın akla ve yaşam deneyimlerine uygun olup olmadığı irdelenecektir¹⁰⁷. İkrarın kesin hükümle sonuçlanan muhakemede toplanan delillerle çelişmesi “güvenilebilir” olmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır¹⁰⁸. Zira, örneğin ikrarla çelişen on tanık beyanı olsa da, tanıkların yalan tanıklık suçunu işlemiş olması ve ikrarın maddî gerçeğe uygun bulunması muhtemeldir. İkrarın “güvenilebilir” görülmesi yeterli olup “gerçeğe uygunluğu” yenilenen yargılamada araştırılacaktır.

Beraat sonrası ikrarın yeni delillerle desteklenmesi güvenilebilirlik bakımından şart değildir¹⁰⁹. Öğretide¹¹⁰ ikrarın “güvenilebilir” kabul edilebilmesi için “yenilenecek yargılamayı diğer delillerle birlikte mahkûmiyetle sonuçlandırabilecek nitelikte” olması gerektiği ileri

⁹⁹ TDK Güncel Türkçe Sözlükte “ön ve “huzur” kelimelerinin eş anlamlı olduğu belirtilmektedir. <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

¹⁰⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.642’de “huzurda hakaret” konusunda yapılan açıklamalara “huzurda ikrar”ın izahında da başvurulabileceğini düşünmekteyiz.

¹⁰¹ Nitekim, ileti yoluyla hakaret esasen “huzurda” gerçekleşmediğinden, bu türden hakaretin “huzurda hakaret” sayılmasını arzu eden yasa koyucu “kanunilik ilkesi gereği” açık bir hükme (TCK m.125/2 hükmüne) ihtiyaç duymuştur.

¹⁰² BİRTEK, s.286.

¹⁰³ Bu itiraf aynı zamanda yargılamanın lehe yenilenmesine (CMK m.311/1-e) gerekçe olabileceğinden, Cumhuriyet savcısının ikrarı tutanağı bağlamasında da ispat kolaylığı sağlaması bakımından yarar vardır.

¹⁰⁴ GÜNDÜZ, s.199; KARAKURT, s.137; KÜÇÜKKASAP, s.117; ÖZGEN, s.109; TALAS, s.129.

¹⁰⁵ BAKIM, s.940; ERDEM/ŞENTÜRK, s.311; GÜNDÜZ, s.199; KARAKURT, s.137; KÜÇÜKKASAP, s.117; ÖZGEN, s.109.

¹⁰⁶ Farklı görüş için bkz. BİRTEK, İkrar, s.287: “CMK m.314 kapsamında, kişinin ikrarının güvenilebilirliği hususunda, ikrarda bulunan kişinin ... ‘kişi olarak’ da güvenilirliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.”

¹⁰⁷ ERDEM/ŞENTÜRK, s.311; KARAKURT, s.138. İkrarın güvenilirliğine dair bkz. BİRTEK, İkrar, s.119-121; JAHN, Matthias: “Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirmesi ve İnandırıcılık Muhakemesinin Temelleri”, in Yener Ünver (ed.), Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.597-598. Yargıtay CGK, 29.11.2005, E. 2005/7-144, K. 2005/150: “... bir kimsenin suçlu olmadığı halde kendisini suçlu sayması veya bir başkasının suçunu kabullenmesi mümkündür. O halde, ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeyle dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, kuşkuடன் arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da gözönünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.” <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/cgk-2005-7-144.htm> (Erişim: 10.10.2020)

¹⁰⁸ Aksi yönde bkz. BİRTEK, İkrar, s.287; KARAKURT, s.138.

¹⁰⁹ Aynı yönde bkz. EREM, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, s.28; KARAKURT, s.137; KÜÇÜKKASAP, s.117; ÜNVER, s.191. Aksi yönde bkz. AKYÜREK, s.135; KİPER, s.245; KÖSE, s.176.

¹¹⁰ ÖZGEN, s.109.

sürülmüşse de, bu husus ikrarın “güvenilebilirliği” ile değil, “ispat gücü” ile ilgilidir. Ayrıca, yargılamanın yenilenebilmesi için yeni yargılamanın mahkûmiyet kararıyla sonuçlanabilecek olması şart değildir. Örneğin, kasten öldürme suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada beraat etmiş bir kimse, kararın kesinleşmesinden sonra “maktûlü öldürdüğünü, fakat öldürme eyleminde meşru savunma sınırını mazur görülebilecek bir korku içerisinde aştığını” hâkim önünde, güvenilebilir şekilde beyan ettiği takdirde, suçu kusuru bulunmaksızın işlemiş olması sebebiyle “hakkında ceza verilmesine yer olmadığına” karar verilecek olsa da yeniden yargılanabilecektir.

V. CMK m.314/1-c HÜKMÜNE UYGUN İKRARIN HUKUKÎ SONUÇLARI

CMK m.314/1-c’de tarif edilen türden bir ikrarın gerçekleştiği durumlarda “kesin hükmün otoritesi” kuralına istisna tanınmamanın hukuk düzenine duyulan güveni sarsacağını, suç işlemeyi düşünenlere cesaret vereceğini ve toplumda infiale yol açacağını öngören yasa koyucu, kesinleşen beraat hükmüyle sonuçlanmış davanın “hâkim önünde, güvenilebilir ikrarda bulunan eski sanık aleyhine” tekrar görülmesini yerinde olarak kabul etmiştir¹¹¹.

Hükmü veren mahkemenin yargılamayı resen¹¹² yenileme yetkisi bulunmadığından¹¹³, olağan kanun yollarına başvurma yetkisine sahip olanların bu yönde bir istemde bulunması zorunludur. (CMK m.317/1¹¹⁴) Beraat etmiş sanığın yargılamanın aleyhine yenilenmesini istemesine fikrimizce bir engel yoktur¹¹⁵. (CMK m.260/1¹¹⁶)

Zamanaşımının dolmuş olması hâlinde devletin cezalandırma yetkisi ortadan kalkacağından, yargılamanın aleyhe yenilenmesi de mümkün olmayacaktır¹¹⁷.

Yargılamanın yenilenmesi istemi yasal nedeni ve dayandığı deliller gösterilerek (CMK m.317/2) hükmü veren mahkemeye sunulacak (CMK m.318/1); hükmü veren mahkeme, istemi usûl ve esas bakımından karara bağlayacaktır. İstem “Kanun’da belirtilen şekilde¹¹⁸” yapılmaması veya yargılamanın yenilenmesini gerektirecek herhangi bir yasal nedenin gösterilmemesi yahut istemi doğrulayacak delillerin açıklanmaması hâlinde, istem usûlî açıdan kabule değer görülmemekle “duruşmasız¹¹⁹” reddedilecektir¹²⁰. (CMK m.319/1) Daha evvel ifade ettiğimiz gibi, hakkında kesinleşmiş beraat hükmü bulunan bir kimse artık suç şüphesi altında (şüpheli veya sanık statüsünde) olmadığından, “sona ermiş yargılamaya konu fiilin faili veya şeriki” olduğuna ilişkin beyanını (itirafını) teknik açıdan “ikrar” kabul etmek ve bu beyanı “şüpheli veya sanık beyanı” olarak mahkemeye sunmak mümkün değildir¹²¹. Bu nedenle, hükmü veren mahkemeye örneğin “önünde itirafta bulunulan hâkimce düzenlenen tutanak” yahut “itirafa

¹¹¹ GÜNDÜZ, s.194; KARAKURT, s.133; KÜÇÜKKASAP, s.113. Ayrıca bkz. ÖNDER, “Muhakemenin İadesinde Reform”, s.74: “... delil kifayetsizliğinden beraat eden şahıs ... daha sonra ... suçu işlediğini itimada şayan bir şekilde ikrar ... ettiği hâlde, aleyhe muhakemenin iadesi çaresine gidilmezse, mevcut kesin hükmün amme efkârını, kusursuzun mahkûmiyetinden daha az rahatsız ettiğini iddia etmek bir hayaldir ...”

¹¹² Sözcüğün yazılışı Güncel Türkçe Sözlükte (<https://sozluk.gov.tr/>) bu şekilde gösterilmektedir. (Erişim: 10.10.2020)

¹¹³ AKYÜREK, s.143; ERDEM/ŞENTÜRK, s.280; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.383. Bu bakımdan, CMK m.314 hükmündeki “... görülür.” şeklindeki emredici ifade de eleştiriye açıktır.

¹¹⁴ CMK m.317/1: Kanun yollarına başvurma hakkındaki genel hükümler, yargılamanın yenilenmesi istemi hakkında da uygulanır.

¹¹⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.321: “Kanun yoluna başvurabilmek için, karardan dolayı zarar görmüş olmak gerekmez.” Aksi yönde bkz. AKYÜREK, s.144; GÜNDÜZ, s.213. Bu konudaki tartışmalar için bkz. ÜNVER/HAKERİ, s.1869. Yasa koyucu CMK m.260/1’de herhangi bir ayrıma yer vermeksizin “sanık için kanun yollarının açık olduğunu” ifade ettiğinden, biz, beraat etmiş sanığın da kanun yollarına başvurabileceğini düşünüyoruz. GÖZLER, s.57: “Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (Kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir).”

¹¹⁶ CMK m.260/1: “Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı ... şüpheli, sanık ve ... için kanun yolları açıktır.”

¹¹⁷ Aynı yönde bkz. AKYÜREK, s.62; ERDEM/ŞENTÜRK, s.311; EREM, Faruk: “Yargılamanın Yenilenmesi ve Zamanaşımı”, Yargıtay Dergisi, 18(1-2), 1992, s.45; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s.824; ÖZGEN, s.53. Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu m.352’de bu hususa açıkça işaret edildiğine dair bkz. ÜNVER/HAKERİ, s.2047, dn.2.

¹¹⁸ AKYÜREK, s.151-152: “Yargılamanın yenilenmesi isteminin biçimi yasada açıkça gösterilmiş olmasa da, ... olağan yasa yollarında yazılı bir dilekçe ... aranması ..., istemin ‘yasal nedenleri ile dayandığı kanıtları’ içermesinin istenmesi ... ve istemin mahkemeye ‘sunulması’ gerekmesi karşısında ... yazılı bir istemin ... istendiği sonucuna varmak gerekmektedir.”

¹¹⁹ Duruşmasız incelemeye yönelik haklı eleştiriler için bkz. AKYÜREK, s.171.

¹²⁰ KARAKURT, s.156: “... kanunda açıkça belirtilmesi de, ... bu evrede araştırılması gereken ilk husus, başvurunun görevli mahkemeye yapıp yapılmadığı, aleyhine muhakemenin yenilenmesi başvurusunda bulunan kararın muhakemenin yenilenmesine konu teşkil edebilecek bir hüküm olup olmadığı ve başvuruda bulunanın başvuru hakkı bulunup bulunmadığıdır.”

¹²¹ Nitekim, suç şüphesi altında bulunmayan bir kimseye isnadın ve haklarının öğretilmesinden (CMK m.147/1-b ve c) de söz edilemeyecektir. Aynı hususa dikkat çeken yazar için bkz. BİRTEK, İkrar, s.212-213.

ilişkin ses yahut video kaydı” belge delili olarak sunulabilecektir.

Yargılamanın yenilenmesi istemini usûlî açıdan kabule değer bulması durumunda, mahkeme, bu defa delilleri resen toplayarak (CMK m.320) istemi esastan inceleyecek; ortada gerçekten bir ikrarın bulunup bulunmadığını, mevcut ise ikrarın “hâkim önünde” gerçekleşip gerçekleşmediğini ve “güvenilebilir” olup olmadığını araştıracaktır¹²². Sanığın suçlu olup olmadığına değil, “ileri sürülen yenileme nedeninin gerçekliğine ve haklılığına¹²³” ilişkin olan bu araştırmanın sonunda istemdeki iddialar yeterli derecede doğrulanmaz ise, mahkeme, istemi “esassız olması nedeniyle” yine duruşma yapmaksızın reddedecektir. (CMK m.321/1) Anılan hükümde “... 311 inci maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 314 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yazılı hâllerde işin durumuna göre bunların önce verilmiş olan hükme hiçbir etkisi olmadığı anlaşılırsa, ...” şeklinde sınırlayıcı bir ifade kullanıldığından, “hükme etki” değerlendirmesi yalnızca CMK m.311/1-a ve b ile 314/1-a bentlerindeki nedenler bakımından yapılacak; yargılamanın yenilenmesi istemi “ikrarın hükme etkili olmadığından bahisle” reddedilemeyecektir¹²⁴. Fikrimizce, bu sınırlama eleştiriye açık olup kesin hükmün otoritesinin korunması ve usûl ekonomisi bakımından -lehe veya aleyhe- tüm yargılamanın yenilenmesi istemlerinde “hükme etki” değerlendirmesi yapılması -de lege ferenda- isabetli olacaktır.

Eski sanığın CMK m.314/1-c’de gösterilen niteliklerden yoksun beyanları yargılamanın aleyhine yenilenmesine gerekçe olamayacaksa da, bunlar “yeni delil” kabul edilebilecek ve CMK m.311/1-e çerçevesinde yargılamanın hükümlüler lehine yenilenmesine dayanak oluşturabilecektir.

Usûle ve esasa ilişkin incelemeler neticesinde verilebilecek ret kararlarına karşı itiraz yolu açık (CMK m.319/3, 321/3) olup istemin usûlden ve esastan kabulü hâlinde yargılamanın “yalnızca ikrarda bulunan eski sanık yönünden¹²⁵” yenilenmesine ve duruşmanın açılmasına karar verilecektir. (CMK m.321/2)

Yeni yargılamada tüm delillerin duruşmaya tekrar getirilmesi ve duruşmada tartışılması zorunlu (CMK m.206, 217/1¹²⁶) olduğundan; önceki yargılamaya konu fiili işlediğine ilişkin olarak “hâkim önünde, güvenilebilir nitelikte” beyanda bulunan kişi açılacak duruşmada sorgulanacak, “isnada ve haklarına dair bilgilendirildikten sonra” isnadı teyit etmesi hâlinde sanığın bu beyanı “ikrar” olarak deliller arasına eklenecektir¹²⁷. Sanığın ikrarından dönmesi ikrarın güvenilebilirliğini zayıflatsa da, dönmenin yargılamanın yenilenmesi nedenini ortadan kaldırmayacağı, yenileme kararını hukuka aykırı hâle getirmeyeceği açıktır¹²⁸.

Mahkeme yeni yargılamada yenileme nedeniyle bağlı olmadığından¹²⁹, yargılamanın aleyhe yenilenmesi nedenleri arasında gösterilmeyen nedenler bu yargılamada dikkate alınabilecek; örneğin sanık aleyhine yeni bir olayın veya delilin ortaya çıkması yahut önceki

¹²² Fikrimizce, soruşturmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı (CMK m.320/2) bu aşamada, önünde ikrarda bulunulan hâkim huzurda dinlenmeli, eski sanık “isnada ve haklarına dair bilgilendirildikten sonra” sorgulanmalı ve isnadın teyidi hâlinde beyanı “ikrar” olarak deliller arasına eklenmelidir.

¹²³ AKYÜREK, s.179.

¹²⁴ Aynı yönde bkz. KARAKURT, s.170. Aksi yönde bkz. AKYÜREK, s.182-183.

¹²⁵ Aynı yönde bkz. BAKIM, s.940; BİRTEK, s.285; CENTEL/ZAFER, s.955; EREM, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, s.28; GÜNAY, s.128; GÜNDÜZ, s.199; KARAKURT, s.135; KÜÇÜKKASAP, s.113; ŞAHİN/GÖKTÜRK, s.313; ÜNVER/HAKERİ, s.2048. Aynı görüşün CMUK bakımından savunusu için bkz. ÖNDER, “Muhakemenin İadesinde Reform”, s.91; ÖZGEN, s.105. BİRTEK, s.159: “... A ve B tarafından işlenen bir kasten öldürme suçunda, A’nın kendi suçunu ikrar edip ... suçu beraber işlediklerini söylemesi B yönünden ikrar değildir.” Aksi yönde bkz. ERDEM/ŞENTÜRK, s.310, dn. 1165: “CMK m.314/1-c’de ikrarın ‘suçla’ ilgili olması arandığı için, ... ikrarda belirtilen diğer kişiler için de yargılamanın aleyhe yenilenmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz.” Yargılamanın CMK m.314/1-c hükmüne istinaden yenilenmesi neticesinde mahkûmiyet kararı verilmesinin beraat etmiş diğer -eski- sanıklar bakımından da aleyhe yenileme nedeni hâline getirilmesine yönelik öneri için bkz. KARAKURT, s.135.

¹²⁶ CMK m.217/1: Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

¹²⁷ ÖZEN, s.1359: “İkrar, delil olarak kullanılabilir. Ancak, bunun için, yeniden yapılacak yargılama başladıktan sonra tekrar ikrar yapılmalıdır.”

¹²⁸ Aynı yönde bkz. AKYÜREK, s.135; DEMİRCİ, s.54; EREM, “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, s.28. DEMİRBAŞ, s.266: “... sanık, eski itirafının bir kısmını geri almışsa ... ifadenin bir tekrarı vasıtasıyla kalan itiraf güvence altına alınmalıdır.”

¹²⁹ Aynı yönde bkz. ÖZGEN, s.159; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.391. Aksi yönde bkz. CENTEL/ZAFER, s.959.

yargılamada yemin verilerek dinlenmiş bir tanık veya bilirkişinin sanık lehine gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılması durumunda, bu vakıaların ispatına yarayan deliller de serbestçe takdir edilebilecektir.

Yeni yargılamayı yürüten ve yargılamanın yenilenmesi istemini değerlendiren hâkimlerin “ikrarın güvenilebilirliği”ne ilişkin değerlendirmesiyle bağlı olmayan¹³⁰ hâkimler (CMK m.23/3¹³¹), kovuşturma neticesinde önceki beraat hükmünü onaylayabilecek¹³² yahut iptâl edebilecektir. (CMK m.323/1¹³³) Önceki hükmün iptâli üzerine sanık hakkında CMK m.223’de sıralanan hükümlerden herhangi biri verilebilecektir. Yeni yargılamada yine kişinin beraatine kanaat getirilmesi ve bu kanaatin öncekinden farklı bir gerekçeye dayandırılması hâlinde, fikrimizce, önceki beraat hükmü iptâl edilmeli ve farklı gerekçeyle yeni bir beraat hükmü verilmelidir¹³⁴.

Beraat sonrasında gerçekleşen hakikate uygun bir ikrarın, adaletin tesisi bakımından hayli önemli bir işlev icra ettiği açıktır. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde, ikrar “takdirî indirim nedeni” (TCK m 62) olabilmekteyse¹³⁵ de, “beraat sonrası ikrar”ın teşviki¹³⁶ amacıyla, TCK m.61 hükmüne “*CMK m.314/1-c hükmüne istinaden yenilenen yargılamada gönüllü olarak ikrarda bulunduğu anlaşılan sanığa verilecek cezanın ... kadarı indirilir.*” şeklinde bir fıkra eklenmesinde yarar vardır¹³⁷.

Beraat sonrası ikrarda bulunan kişinin gerçeğe aykırı ikrarda bulunmak suretiyle suç üstlenme (TCK m.270) veya suç uydurma (TCK m.271) suçunu işlediğine kanaat getiren hâkimlerin keyfiyeti Cumhuriyet savcılığına bildirmesi zorunludur. (TCK m.279)

¹³⁰ Aynı yönde bkz. BİRTEK, İkrar, s.289.

¹³¹ CMK m.23/3: Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan hâkim, aynı işte görev alamaz.

¹³² Yargıtayca bozulan örnek bir karar için bkz. Yargıtay 17. CD, 18.09.2019, E. 2019/9133, K. 2019/10794: “*Sanık hakkında ... hırsızlık ve konut dokunulmazlığının ihlali suçlarından beraat kararı verildiği ve beraat kararlarının ... kesinleştiği, sanığın 05.12.2013 tarihinde aynı müştekiye yönelik gerçekleştirdiği iddia olunan hırsızlık eylemi sebebiyle savunması alınırken İstanbul 23. Asliye Ceza Mahkemesinin ... sayılı dosyasında 11.06.2015 tarihli celsede dosyamızın konusu olan müştekiye karşı 13/11/2011 tarihinde işlediği suç ikrar ettiği, olay yerinde bulunan ve yapılan DNA analizi sonucu kendisine ait olan peçeteyi kendisinin kullanarak attığını, müştekinin evinden sehpa üzerindeki çantayı aldığı beyan ettiği, CMK'nun 314/1-c maddesinde, sanığın beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmasını yargılama sebebi saydığı, ... sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş, ...*” <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Erişim: 10.10.2020)

¹³³ CMK m.323/1: Yeniden yapılacak duruşma sonucunda mahkeme, önceki hükmü onaylar veya hükmün iptali ile dava hakkında yeniden hüküm verir.

¹³⁴ Örneğin, ilk yargılamada “yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması” sebebiyle beraat hükmü verilmiş, ardından CMK m.314/1-c çerçevesinde yenilenen yargılamada “yüklenen fiilin sanık tarafından ‘hukuka uygun şekilde’ işlendiği” anlaşılmış ise, CMK m.223/2-e’ye istinaden verilen ilk hüküm iptâl edilmeli ve m.223/2-d uyarınca yeni bir beraat hükmü verilmelidir.

¹³⁵ BİRTEK, İkrar, s.162; TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s.1050-1051.

¹³⁶ TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s.1043-1044: “*... tartışmanın odak noktasını sistemin, hukuka uygun elde edilen ikrarın sanığın mahkumiyetine netice verirken, bu ikrar nedeniyle ceza adalet sisteminin sanığa bir fayda sağlamaması oluşturmaktadır. Bu nedenle sistem sanığı doğru söylemeye değil, adeta yalan söylemeye ve fiili inkâr etmeye teşvik etmektedir.*”

¹³⁷ TCK’nin birinci kitabında “pişmanlıktan ileri gelen” ikrarları da kapsayacak genel bir “etkin pişmanlık” hükmüne yer verilmesi önerisi için bkz. TÖNGÜR/ÇETİNTÜRK, s.1059-1063. İkrarın “ceza azaltan kişisel neden” kabul edilip edilemeyeceğine dair tartışmalar için bkz. BİRTEK, İkrar, s.160-168; CİHAN, s.120. Biz de suç şüphesi altındaki bir kimsenin ikrarının ancak TCK m.62 çerçevesinde “takdirî indirim nedeni” olarak değerlendirilebileceği yönündeki bilimsel ve yargısal içtihadı katılıyor; buna karşılık, artık suç şüphesi altında bulunmayan eski sanığın itirafını “ceza azaltan kişisel neden” kabul etmenin ilk olasılıktaki sakıncaları içermediğini düşünüyoruz. Bu nedenle, önerdiğimiz hükmün -ortada sürmekte olan bir muhakeme bulunsun ya da bulunmasın- “şüpheli” veya “sanık” sıfatını taşımayan kişilerce gerçekleştirilebilecek tüm gönüllü itirafları kapsayacak şekilde formüle edilmesi de düşünülebilir. (Suçunu itiraf edenlere uygulanan ceza indirimlerinin geçiş dönemi adaletinin tesisine sağladığı katkıya dair bir örnek için bkz. ERÇAKICA, s.503-504: “*Kolombiya’daki yarı af uygulaması sayesinde elde edilen itiraflarla Kolombiya hükümeti haberinin olmadığı 1400 yeni suçun işlendiğini öğrenirken, 3500 katliam olayında öldürülen 10.000 kişinin cesedinin bulunduğu yeri tespit edebilmiştir.*”) Önerimizdeki “gönüllü olarak” ibaresinden maksat, örneğin beraat hükmüne etkili bir belgenin sahteliğinin anlaşıldığı veya hükme katılan hâkimlerden birinin eski sanıktan rüşvet aldığı öğrenildiği hâllerde, yargılamanın CMK m.314/1-a veya b çerçevesinde yenilenebileceğini gören kişinin “gönülsüz ikrarıyla” ceza indiriminden yararlanmasını engellemektir.

VI. SONUÇ

Kesin hükmün otoritesine istisna getiren CMK m.314/1-c hükmü, maddî gerçeğin geç de olsa ortaya çıkarılabilmesi bakımından varlığına ihtiyaç duyulan bir hüküm olmakla birlikte, gerek lâfzî gerek kapsamı itibarıyla türlü eleştirilere müstahaktır.

Hükümde göze çarpan ilk sorun kullanılan kavramlara ilişkin olup hakkında kesin/kesinleşmiş beraat hükmü bulunan bir kimseden “sanık” olarak bahsedilmesi hatalıdır. Ayrıca, muhakemenin sona ermesiyle artık suç şüphesi altında (şüpheli yahut sanık statüsünde) bulunmayan bir kimsenin teknik anlamda ikrarda bulunması (isnadı teyit etmesi) mümkün olmadığından, hükümdeki “*ikrarda*” ibaresinin “*itirafta*” şeklinde değiştirilmesi isabetli olacaktır.

Hükümün uygulanma alanının genişletilmesi adına, CMK m.314/1-c’deki “*beraat ettikten sonra*” ibaresinin “*beraat ettikten veya hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verildikten sonra*” şeklinde değiştirilmesi keza yerinde olacaktır.

İkrarın “herhangi bir hâkim” huzurunda gerçekleşmesinin yeterli görülmesi ve “hâkim önünde” gerçekleşmeyen itirafların kapsam dışı bırakılması isabetlidir.

Doktrinde süregelen tartışmalara son verilmek üzere, beraatine hükmedilen sanığın olağan ve olağanüstü kanun yollarına başvurabileceğinin Kanun’da açıkça belirtilmesinde yarar vardır.

Usûl ekonomisi ve kesin hükmün değişmezliği ilkeleri uyarınca, “kesin/kesinleşmiş beraat hükmüne etkisiz” ikrarlara dayanan istemlerin reddine imkân tanınmalı ve bu doğrultuda CMK m.321/1 hükmündeki “tahdidî sayım” yöntemi terk edilmelidir.

Nihayet, tatbikine ender rastlanan CMK m.314/1-c hükmünün uygulanabilirliğini artırmak ve beraat etmiş kimseleri hükmün kesinleşmesinden sonra itirafta bulunmaya teşvik etmek adına, TCK m.61 hükmüne “gönüllü olarak itirafta bulunmak suretiyle yargılamanın yenilenmesini sağlayan eski sanığın cezasında indirim” öngören (beraat sonrası itirafı “cezaı azaltan kişisel neden” kabul eden) bir fıkra eklenmesinde yarar vardır.

KAYNAKÇA


- AKYÜREK, Güçlü: Yargılamanın Yenilenmesi, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- ARSLAN, Ramazan: “Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği”, Ankara Barosu Dergisi, 1988(5-6), s.722-737.
- BAKIM, Sevi: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s.919-951.
- BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde İkrar, 1. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- BİRTEK, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- CARNELUTTI, Francesco: Lezioni sul Processo Penale, 1. Edizione, Edizioni dell’Ateneo, Roma 1946.
- CARRARA, Francesco: Programma del Corso di Diritto Criminale, Parte Generale, 11. Edizione, Firenze 1924.
- CİHAN, Erol: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İkrar”, İÜHFM, 31(1-4), 1965, s.109-129.
- DEMİRBAŞ, Timur: Soruşturma Aşamasında Şüphelinin İfadesinin Alınması, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- DEMİRCİ, Hüseyin Teoman: Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2019.
- DEYNEKLİ, Adnan: “İkrarda Manevî Unsur”, TBB Dergisi, 64, 2006, s.321-336.
- ERÇAKICA, Mustafa: Silahlı Çatışma ve İç Karışıklık Sonrası Dönemlerde İnsan Haklarının Korunmasında Birleşmiş Milletler’in Rolü, 1. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- ERDEM, Mustafa Ruhan/ŞENTÜRK, Candide: Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- EREM, Faruk: “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, AÜHFD, 19(1), 1962, s.3-48.
- EREM, Faruk: “Yargılamanın Yenilenmesi ve Zamanaşımı”, Yargıtay Dergisi, 18(1-2), 1992, s.45-47.
- EREM, Faruk: Bir Ceza Avukatının Anıları, 7. Bası, Çark Kitabevi, Ankara 1996.
- GEDİK, Doğan: Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- GÖZLER, Kemal: “Yorum İlkeleri”, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, KHP ve TBB Ortak Yayını, Ankara 2013, s.15-119.
- GÜNAY, Erhan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Olağanüstü Kanun Yolları, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

- GÜNDÜZ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Yayınlanmış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018.
- HERMANN, Frank R./M.SPEER, Brownlow: “Suçluluğun Kanıtı Olarak Gözaltında Sessiz Kalma: Susma Hakkı Saldırı Altında”, in Yener Ünver (ed.), Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.245-266,
- JAHN, Matthias: “Ceza Yargılaması Hukukunda Delil Değerlendirmesi ve İnandırıcılık Muhakemesinin Temelleri”, in Yener Ünver (ed.), Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.593-607.
- KARAKEHYA, Hakan: “Ceza Muhakemesinin Amacı”, İÜHFİM, LXV(2), 2007, s.121-142.
- KARAKURT, Ahu: Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2008.
- KİPER, Osman: “Ceza Usûlünde İkrar”, Ankara Barosu Dergisi, 1981(2), s.243-252.
- KÖSE, Metin: Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- KÜÇÜKKASAP, Burçin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.
- MONTALBANO, Giuseppe: La Confessione nel Diritto Vigente, 2. Edizione, Jovene Editore, Napoli 1958.
- ÖNDER, Ayhan: “Muhakemenin İadesinde Reform”, İÜHFİM, 38(1-4), İstanbul 1973, s.59-114.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- ÖZEN, Mustafa: Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra/ÖZAYDIN, Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can: Nazarı ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- SELÇUK, Sami: Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti, Yargıtay Dergisi, 3(2), Ankara 1977, s.49-70.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku – II, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- TALAS, Serdar: Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2004.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Bası, Savaş Yayınevi, Ankara 2020.
- TÖNGÜR, Ali Rıza/ÇETİNTÜRK, Ekrem: “Ceza Adalet Sisteminde İkrarın Önemi”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.1041-1067.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE DEĞER ARTIŞINA KATILMA

THE PARTICIPATION IN INCREASED VALUE IN THE REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY

Ayşe Merve BELGE* 

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.846236> 

Makale Bilgi

Gönderilme: 24/12/2020
Kabul: 21/02/2021

Anahtar Kelimeler

*Edinilmiş Mallara
Katılma Rejimi,
Değer Artışı,
Değer Artışına
Katılma,
Değer Artış Payı
Alacağı,
Denkleştirme
Alacağı.*

Article Info

Received: 24/12/2020
Accepted: 21/02/2021

Keywords

*Regime of Participation
in Acquired Property,
Increased Value,
Participation in
Increased Value,
Claim of Participation in
Increased Value,
Claim of Compensation.*

Özet

Edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artışına katılmaya ilişkin iki farklı kanuni düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan biri Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinde yer alan değer artış payı alacağına ilişkin düzenleme; diğeri ise Türk Medeni Kanunu'nun 230. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan denkleştirme alacağına ilişkin düzenlemedir. Her iki düzenleme de bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına yönelik olarak yapılan katkı sonucunda, katkıda bulunulan malda bir değer artışının meydana gelmesi durumunda, bir alacak hakkına sahip olunacağını hüküm altına alarak değer artışına katılmayı öngörmektedir. Bu iki hüküm arasında bu gibi birtakım benzerlikler bulunduğu gibi farklılıklar da bulunmaktadır. Çalışma, anılan hükümlerde düzenlenen, değer artış payı alacağı ve denkleştirme alacağına ilişkin açıklamalarda bulunmak suretiyle bu iki hükmün karşılaştırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda öncelikle, değer artış payı alacağı, daha sonra denkleştirme alacağına ilişkin açıklamalara, yalnız karşılaştırma faaliyetine hizmet edeceği ölçüde yer verilmiştir. Son olarak ise bu iki alacak üzerinden, hükümler arasındaki benzerlik ve farklılıklar ele alınmıştır. Bu benzerlik ve farklılıklar, kanunda ele alınan tarzları, hukuki nitelik, alacağın özgüleneceği mal grubu ve hesaplama yöntemi noktalarında toplanmıştır.

Abstract

There are two different provisions regarding participation in increased value in the regime of participation in acquired properties. One of them is regarding the claim of participation in increased value which is provided by the article 227 of the Turkish Civil Code; the other is regarding the claim of compensation which is provided by the third paragraph of Article 230 of the Turkish Civil Code. Both provisions envisage participation in increased value by deciding that there will be a right to claim, in the situation of occurring increased value in the contributed good as a result of the contribution regarding the acquisition, improvement or preservation of a good. Given the fact that there are such similarities as well as differences between these two provisions. The aim of this study is to compare these two provisions by making explanations regarding the claim of participation in increased value and the claim of compensation, which are provided by the abovementioned provisions. In this scope, first of all, the claim of participation in increased value and then the claim of compensation will be generally explained in order to compare them. Then, the similarities and the differences between these provisions are examined over these two claims. The focus of these similarities and differences are oriented the manner of formulation of Turkish Civil Code of these two regime, the legal nature, the group of goods to which the claim will be allocated and the method of calculation.

I. GİRİŞ

Evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden biri, diğerine ait malın edinilmesi, iyileştirilmesi ya da korunmasına yönelik olarak bir katkıda bulunabilir. Eşlerin birbirlerine ait mallara yapacağı bu katkı, katkıda bulunan eşin kişisel mallarından olabileceği gibi edinilmiş mallarından da gerçekleşebilir. Eşler, evlilik birliği içinde bulunmanın bir nevi gereği olarak çoğunlukla bu katkıyı karşılık almadan yapmakta; genellikle de katkıda bulunulan malda bir değer artışı meydana gelmektedir. Bu kapsamda meydana gelen değer artışına katılmayı, kanun koyucu, değer artış payı alacağı olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinde düzenlemektedir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında, bir eşin diğer eşe ait mala ilişkin yaptığı katkının yanı sıra, bir eşin kendi mal grupları arasında yine kendisine ait malın edinilmesine, iyileştirilmesine ve korunmasına ilişkin yaptığı katkılar da önem kazanmaktadır. Bu katkı, eşin edinilmiş mallarından kişisel mallarına doğru olabileceği gibi, kişisel mallarından edinilmiş mallarına doğru da gerçekleşebilir. Katkıda bulunulan malda zaman içerisinde bir değer artışı meydana gelebilir. Bu kapsamda meydana gelen değer artışına katılmayı ise kanun koyucu, denkleştirme alacağı olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 230. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlemektedir.

Türk Medeni Kanunu'nun değer artış payı alacağına ilişkin 227. maddesi ile denkleştirme alacağına ilişkin 230. maddesinin üçüncü fıkrası, benzerlikleri bulunsun da birbirlerinden farklıdır. Bu iki hüküm arasındaki farkın netleştirilebilmesi adına çalışmada öncelikle değer artış payı alacağı üzerinde durulmuş; daha sonra denkleştirme alacağına ilişkin açıklamalarda bulunulmuştur. Son olarak ise iki hüküm arasındaki benzerlik ve farklılıklar incelenmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 230. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında eşlerden birine ait bir mal grubuna ilişkin borcun, yine aynı eşe ait diğer bir mal grubundan ödenmesi durumunda söz konusu olan denkleştirme alacağı ise karşılaştırma faaliyetiyle doğrudan ilgisi bulunmadığından; çalışma kapsamına dâhil edilmemiştir.

II. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 227. MADDESİ UYARINCA DEĞER ARTIŞINA KATILMA: DEĞER ARTIŞ PAYI ALACAĞI

Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesi uyarınca değer artışına katılma, değer artış payı alacağını ifade etmektedir¹. Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık alınmaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur...” şeklindeki düzenleme, eşlere, katkıda buldukları mal üzerindeki değer artışı sebebiyle, katkıları oranında bir alacak hakkı tanımaktadır.

A. Değer Artış Payı Alacağı Kavramı

Evlilik birliği içerisinde kural olarak eşler, birlikte yaşamakta; evlilik birliğini ilgilendiren işlemleri birlikte yapmakta ve giderlere birlikte katılmaktadırlar. Ancak bu durum, eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince kendi malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf etmelerine ya da yeni bir mal edinmelerine engel olmamaktadır. Eşlerden biri, çoğunlukla diğerine ait bir malın edinilmesine, korunmasına ya da iyileştirilmesine katkıda bulunmakta ve bu katkıyı, evlilik birliği içerisinde genel itibarıyla bir karşılık beklemeden² yapmaktadır. Ancak evlilik birliğinin sona ermesi ya da başka herhangi bir sebeple mal rejiminin tasfiyesi gündeme geldiğinde, eşlerden birinin diğerine ait bir mal için yaptığı katkının karşılığını vermek gerekmektedir. Bu karşılık

¹Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin karşılığı olan, mehz Kanun İsviçre Medeni Kanunu'nun, “Mehrwertanteil (değer artış payı)” kenar başlıklı 206. maddesi, İsviçre hukuk öğretisinde “Mehrwertbeteiligung (değer artışına katılma)” ifadesiyle anılmaktadır, bkz. HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Basler Kommentar (BSK), Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, in Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser Thomas (ed.), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014, ZGB Art. 206, N. 1, s.1188; HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Vierte, überarbeitete und erweiterte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010, N. 12.77, s.196; NÄF-HOFMANN, Marlies/NÄF-HOFMANN, Heinz: Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998, N. 1240, s.345; STECK, Daniel/FANKHAUSER, Roland; FamKommentar (FamKomm), Scheidung, Band I: ZGB, 3. Auflage in Schwenzler, Ingeborg/Fankhauser, Roland (ed.), Stämpfli Verlag AG, Bern 2017, ZGB Art. 206, N. 1, s.671.

²Bu katkının diğer eşe bir başta bulunmak amacıyla değil; “evlilik birliğinin dirliği, refahı, yararı ve ekonomik geleceğine katkı sağlamak amacı ve düşüncesiyle” yapıldığı yönünde bkz. ACABEY, Beşir M.: Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.151.

değer artış payı alacağı olarak ortaya çıkmaktadır³. Eşe ait mal gruplarından katkıda bulunan mal grubu, alacaklı; katkıda bulunulan mal grubu ise borçlu olmaktadır⁴.

Katkıda bulunan ancak bu katkısı nedeniyle hiç ya da uygun bir karşılık almayan eş, katkıda bulunduğu malda bir değer artışının meydana gelmesi, malın değerinde bir değişiklik olmaması⁵, hatta malda bir değer kaybı meydana gelmesi hâlinde dahi, yaptığı katkı nedeniyle, bu alacak hakkına sahip olmaktadır (TMK m. 227/I). Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin özellikle birinci fıkrasına bakıldığında, hükmün, eşlerden birinin, diğerinin malına yönelik yaptığı katkının, mal rejiminin tasfiyesi sırasında geri verilmesini amaçladığı görülmektedir. Katkıda bulunulan malda bir değer artışı meydana gelmişse, katkının bu değer artışı ile birlikte istenebilmesi, kanun koyucunun, bu değer artışından, katkıda bulunan eşin de faydalanmasını istediğini göstermektedir. Yoksa kanun koyucunun buradaki amacı, yalnız değer artışı söz konusu ise eşin katkısını geri alabilmesi değildir. Her ne kadar değer artış payı alacağı, değer artışının ortaya çıkması halinde söz konusu olmakta ise de, bir değer artışının olmadığı hallerde de başlangıçta yapılan katkı miktarının talep edilebilmesi mümkündür (TMK m 227/I).

B. Değer Artış Payı Alacağının Hukuki Niteliği

Değer artış payı alacağı, bir eşin diğer eşe ait mala ilişkin yaptığı katkı nedeniyle ortaya çıkan bir alacak hakkıdır⁶. Bu alacak, münhasıran aile hukukuna ilişkin bir alacak olarak edinilmiş mallara katılma rejiminde söz konusu olmaktadır⁷. Öğretide⁸ değer artış payı alacağının, mutlak

³ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.316; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s.171; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku (2005), Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s.355; GENÇCAN, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s.699; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK 185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.323; HAYRAN, Burhan: 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu Mal Rejimleri Şerhi, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s.226; HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: Berner Kommentar (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht), (BK), Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, in Meier-Hayoz, Arthur (ed.), Stämpfli Verlag AG, Bern 1992, ZGB Art. 206, N. 8, s.631; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş - Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.295; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Katkı - Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları – Yargıtay İçtihatları – Tablolar), (Katkı-Katılma), 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s.6; ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.469-470; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011, s.49; JUNGO, Alexandra: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage in Breitschmid, Peter/JUNGO, Alexandra (ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2016, ZGB Art. 206, N. 1, s.665-666; SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s.264-265; ŞİPKA, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.180-182; ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, N. 399-401, s.180-181; ZEYTİN, Zafer: “Değer Artış Payı, Eklenecek Değerler ve Denkleştirme Alacağı”, (Değer Artış Payı) Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, III. Dönem (17-18 Kasım 2006), İstanbul 2007, s.43.

⁴ACABEY, s.170, 172; ACAR, s.320; ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.300; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.103, s.202-203; ÖZTAN, s.483; ÖZÜĞÜR, s.49; ZEYTİN, N. 462, s.216.

⁵ÖZTAN, s.470; SARI, s.275.

⁶AKINTÜRK/ATEŞ, s.171; DEMİR, Mehmet: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (61), 2005, s.296; GENÇCAN, s.700; GÜNARSLAN, Banu Fatma: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.58; HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, N. 441, s.106; HAYRAN, s.226; KILIÇOĞLU, s.295, 307; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.6, 20; ÖZTAN, s.470; ŞİPKA, s.182-183; TOPUZ, Gökçen: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1), 2011, s.107; ZEYTİN, N. 452, s.206; ZEYTİN, Zafer: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (Veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, (8), 2007, s.15. Bu alacak hakkının eşyaya bağlı bir alacak hakkı olduğu yönünde bkz. HAYRAN, s.226.

⁷ACABEY, s.61; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onbeşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, N. 1145, s.230; GÜMÜŞ, s.323; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206 N. 1, s.1188; ZEYTİN, N. 398, s.179; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s. 43; ZEYTİN, Zafer: “Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi”, (Katkı Alacağı), Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 10(36), 2011, s.306.

⁸ACAR, s.318; GÜMÜŞ, s.349; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 25, s.1195; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.97, 12.98, s.201; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 2, s.666; ÖZTAN,

olmamakla birlikte hem yapılan katkıyı hem de katkıdan sonra ortaya çıkan değer artışını kapsaması nedeniyle bir bütün ve tek bir alacak teşkil ettiği ileri sürülmektedir. Zira değer artış payı alacağı, değer artış payı ile katkı miktarının toplanması sonucu elde edilmektedir⁹. Bu durumda değer artış payı alacağı yalnız katkıda bulunulan maldaki değer artışını değil; bununla birlikte katkının başlangıçtaki değerini de kapsamaktadır.

Katkıda bulunulan malda herhangi bir değer artışı meydana gelmişse, değer artış payı, malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanacağından ve meydana gelen değer artışına göre belirleneceğinden değişkendir¹⁰. Değer azalması göz önünde bulundurulmadığı için de tek yönlü bir alacaktır¹¹. Öğretide bir görüşe göre¹² ise değer artış payı alacağı, kanundan doğan bir alacak hakkıdır¹³. Değer artış payı alacağı, aynı bir hak olmayıp alacak hakkı niteliğinde şahsi bir haktır¹⁴. Bu sebeple yalnız katkıda bulunulan malın maliki olan eşe karşı ileri sürülebilir¹⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: “Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler.” Hükümden de anlaşılacağı üzere eşler, yazılı bir anlaşmayla başlangıçtaki katkı miktarından vazgeçmeden değer artışına katılmaktan vazgeçebilmekte ya da pay oranında değişiklik yapabilmektedir¹⁶. Bu durumda değer artış payından vazgeçilerek; yalnız katkı miktarının istenmesi mümkündür.

C. Değer Artış Payı Alacağına Hükmedilebilmesinin Şartları

Değer artış payı alacağına hükmedilebilmesinin şartları, eşlerden birinin diğerine ait mala ilişkin katkıda bulunması, katkının o malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yönelik olması, eşin, hiç ya da uygun bir karşılık almadan katkıda bulunmuş olmasıdır¹⁷.

Değer artış payının gündeme gelebilmesinin ilk şartı, eşlerden birinin diğerine ait mala ilişkin katkıda bulunmasıdır. Buradaki “mal” ifadesi ile kastedilmek istenen, belirli bir malvarlığı

s.470, 483; SARI, s.276; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 6, s.674; TOPUZ, s.107; ZEYTİN, N. 452, s.206; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.43.

⁹DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1171, s.234; GÜMÜŞ, s.347; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 25, s.1195; HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: Grundriss des Eherechts, Vierte, überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000, N. 26.50, s.268; NUSPLIGER, Isabelle: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. überarbeitete Auflage in Kren Kostkiewicz, Jolanta/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (ed.), Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016, ZGB Art. 206, N. 8, s.391; SARI, s.276; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 7, s.675; ZEYTİN, N. 408, s.183; ZEYTİN, Zafer: “Artık Değere Katılma ve Değer Artış Payı Alacağına Zamanaşımı”, (Zamanaşımı) Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, 2009, s.955; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.48.

¹⁰ACAR, s.323; DEMİR, s.297; GÜMÜŞ, s.349; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 25, s.1195; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.97, 12.98, s.201; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 22, s.673; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1251, s.347; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 5, s.390; ÖZTAN, s.483; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 3, s.673; SUTTER-SOMM, Thomas/KOBEL, Felix: Familienrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2009, N. 336, s.77; ZEYTİN, N. 402, s. 181; N. 452, s.206; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.43.

¹¹ACAR, s.323; DEMİR, s.297; GÜMÜŞ, s.349; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 25, s.1195; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.97, 12.98, s.201; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 22, s.673; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1251, s.347; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 5, s.390; ÖZTAN, s.483; SUTTER-SOMM/KOBEL, N. 336, s.77; ZEYTİN, N. 452, s.206.

¹²KILIÇOĞLU, s.295, 307; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.6, 20; ÖZTAN, s.483.

¹³Değer artış payı alacağının boşanma sonunda doğan bir talep hakkı değil; mal rejiminin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan mal rejimsel bir talep hakkı olduğu yönünde bkz. GÜMÜŞ, s.346.

¹⁴DEMİR, s.298; ÖZDAMAR, Demet/KAYIŞ, Ferhat/YAĞCIOĞLU, Burcu/AKGÜN, Aliye: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.861; Yargıtay 8. HD., 02.07.2012, E.2012/5806, K.2012/6641 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 22.11.2020).

¹⁵Bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinin, ancak, malik eşin, diğer eşin katılma alacağını azaltma amacıyla üçüncü kişilere kazandırmada bulunması hâlinde, üçüncü kişilere davanın ihbarı ile mümkün olduğu yönünde bkz. HAYRAN, s.230.

¹⁶GÜMÜŞ, s.357; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 41, s.1203; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.114, s.206; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, ZGB Art. 206, N. 46, s.652.

¹⁷ACABEY, s.151; DEMİR, s. 97; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1147 vd., s.231 vd.; GÜMÜŞ, s.328; ÖZTAN, s.471-475; ŞİPKA, s.187-200; ULUÇ, Yusuf: Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.869 vd.; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch 13. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2009, § 32, N. 16, s.369; ZEYTİN, N. 409 vd., s.1833 vd.; ZEYTİN, Zamanaşımı, s.953; ZEYTİN, Katkı Alacağı, s.306.

değeridir¹⁸. Katkı, hangi mal grubundan yapılmışsa, o mal grubu lehine değer artış payı oluşturulmaktadır. Değer artış payı alacağı, eşlerden birinin diğer eşe yönelik katkısının kişisel mallarından olması durumunda katkıda bulunan eşin kişisel malları, edinilmiş mallarından olması durumunda ise katkıda bulunan eşin edinilmiş malları lehine oluşacaktır¹⁹. Burada söz konusu olan katkı, para ya da başka bir maddi edim olabileceği gibi bir iş görme edimi de olabilir²⁰. Kişisel mal talepleri ile eşlerden birinin evlilik giderlerine katılma amacıyla verdiği şeyler katkı olarak nitelendirilemez. Aile hukukundan ve özellikle evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi niteliğindeki olağan katkılar da bu kapsamda değerlendirilmelidir²¹.

Eşlerden birinin diğerine yapacağı katkı, o eşe ait malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yönelik olmalıdır. Eşlerden birine ait malın edinilmesindeki katkı, malın mülkiyetinin elde edilmesinde söz konusu olabileceği gibi mal üzerinde, bir sınırlı aynı hak kurulmasında da gündeme gelebilir²². Aynı şekilde, malın edinimine ilişkin vergi, harç ve çeşitli masraflar da bu kapsamda değerlendirilmektedir²³. Malın iyileştirilmesine yönelik katkıdan kasıt, o malın değerinin esaslı bir şekilde artırılmasına yönelik katkıdır²⁴. Örneğin, eşlerden birine ait olan yazlık evin fayans olan yer döşemelerinin parkeye çevrilmesi ya da evin dış cephesinin nemden etkilenmeyecek bir malzemeyle kaplanmasında yazlık evin değerinin artırılması; dolayısıyla bir iyileştirme söz konusudur. Malın korunmasına yönelik katkı ise söz konusu malın herhangi bir değer kaybına uğramaması, varlığını ve işlevini devam ettirebilmesi adına yapılan önemli katkıları ifade etmektedir²⁵. Örneğin, eşlerden birine ait elma bahçesinin yılda bir kez ilaçlanması, elma bahçesinin korunmasına yöneliktir.

Eşlerden birinin, diğer eşe ait mala ilişkin katkısı nedeniyle değer artış payı talep edebilmesinin bir diğer koşulu, katkıda bulunan eşin, bu katkı nedeniyle hiç ya da uygun bir

¹⁸ACABEY, s.159; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 3, s.1188; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.77, s.196; MÜLLER, Roland: Der Mehrwertanteil im neuen Ehegüterrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main 1993, s.47; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1272, s.352; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 1, s.389; ODENDAHL, Hanswerner: "Türk Medeni Kanunu'nun Yeni "Mal Rejimleri" Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma", Prof. Dr. Şeref Gözübüyük'e Armağan, Ankara 2005, s.480-481; SARI, s.267; ŞIPKA, s.190; ULUÇ, s.869.

¹⁹Bunun için bkz. ACAR, s.320; ERDEM, s.301; ÖZTAN, s.484-486. Artık değerinin hesaplanmasındaki durum için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1117 vd., s.236 vd.; GÜMÜŞ, s.351 vd.; ÖZTAN, s.483 vd.; ZEYTİN, N. 462, s. 211.

²⁰ACABEY, s.151; ACAR, s.325; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1148, s.231; GENÇCAN, s.745; GÜMÜŞ, s.332; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 5, s.1189; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.78, s.196; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 26.53, s.269; KILIÇOĞLU, s.302; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.14; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 1, s.389; ÖZÜĞÜR, s.53; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 2, s.672; ŞIPKA, s.195; Tuor/Schnyder/Scmid/Rumo-JUNGO, § 32, N. 16, s.369; ZEYTİN, N. 409, s.184; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.44; BGE 123 III 152 E. 6a (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 20.12.2020). Eşe ait bir borcun ödenmesinin de katkı sayılacağı yönünde bkz. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.78, s.196; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 26.54, s.269; ÖZTAN, s.472.

²¹DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1148, s.231; KILIÇOĞLU, s.299; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.10; ZEYTİN, N. 411, s.184; "...aile birliği için yapılan harcamalar ile müşterek çocuklar için yapılan harcamaların davalıdan istenmesinin mümkün olmadığını..." Yargıtay 8. HD., 10.10.2013, E.2013/3345, K.2013/14705 (KARAMERCAN, Fatih: Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 489-490); "Dava, katkı bedelinin tahsili istemidir. Kadının, ev işlerini yapması ve çocuklara bakmış olması, diğer eşin edindiği mala katkı sayılamaz..." Yargıtay 2. HD., 04.02.2010, E.2008/19251, K.2010/1757 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 11.12.2020).

²²ACAR, s.315, dn. 466; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1150, s.232; GÜMÜŞ, s.333; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, ZGB Art. 206, N. 13, s.635; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 6, s.667; ÖZTAN, s.472; ZEYTİN, N. 416, s.186. Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin birinci fıkrasında "hakkın" edinilmesinden değil "malın" edinilmesinden söz edildiği için mal üzerinde mülkiyet harici bir aynı hak kurulması halinde maddenin uygulanmayacağı ancak üst hakkına ayrı bir sayfa açılabilmesi ve bu hakkın taşınmaz gibi devredilebilmesi niteliği gereği, ayrı bir sayfa açılmış üst hakkının bu madde kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin görüş için bkz. ŞIPKA, s.190-191.

²³GÜMÜŞ, s.334; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.81, s.197; ÖZTAN, s.472; SARI, s.268; ŞIPKA, s.191.

²⁴DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1151, s.232; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.81, s.197; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, ZGB Art. 206, N. 14, s.635; KILIÇOĞLU, s.301; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.13; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 2, s.389; ÖZTAN, s.474; ZEYTİN, N. 419, s.188; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.44.

²⁵ACAR, s.315, dn. 468; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1152, s.232; GÜMÜŞ, s.334; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.81, s.197; KILIÇOĞLU, s.301; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.13; ÖZTAN, s.474-475; ŞIPKA, s.193; ZEYTİN, N. 420, s.188; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.44.

karşılık almamış olmasıdır²⁶. Eşin katkısı karşılığında hiç ya da uygun bir karşılık almamış olması koşulu, aynı zamanda eşlerden birinin katkıda bulunurken bağışlama kastının olmaması hususunu da içermektedir²⁷. Eşlerden birinin, diğer eşe ait mala yaptığı katkının, karşılıksız olması nedeniyle, bu işlem, her ne kadar bağışlama gibi görünse de öğretide²⁸, burada, karşılıksız kazandırmanın bağış olmadığı yönünde bir karinenin söz konusu olduğu ileri sürülmektedir. Zira kanun koyucu da karşılık almaksızın katkıda bulunan eşin, katkısı oranında değer artış payı alacağına sahip olacağını düzenleyerek; bu türden katkıların bağış niteliğinde olmadığı yönünde bir karine kabul etmektedir. Ancak yapılan katkının bağış niteliğinde olduğunun ispatı halinde, değer artış payı alacağı söz konusu olmayacaktır.

D. Değer Artış Payı Alacağının Hesaplanması

Değer artış payı alacağı, Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, katkıda bulunulan malda bir değer artışı söz konusu ise malın tasfiye sırasındaki değerine göre; değer kaybı söz konusu ise katkının başlangıçtaki değeri esas alınarak hesaplanmaktadır. Tasfiye sırasında malın değerinde bir artış söz konusuysa²⁹, katkıda bulunan eş, değer artışı için katkısı oranında bir alacağına sahip olacaktır. Bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanacaktır. Katkıda bulunulan malda, tasfiye sırasında bir değer kaybı olması söz konusu olduğunda ise katkının başlangıçtaki değeri esas alınacaktır (TMK m. 227/I). Aynı durum malın değerinde bir değişiklik olmaması bakımından da söz konusudur³⁰. Dolayısıyla maldaki değer kaybından, yapılan katkı etkilenmeyecektir³¹. Katkıda bulunulan malda değer kaybı söz konusu olduğunda da değer artış payı alacağına hükmedilecek; ancak burada değer artış payı alacağı yapılan katkı miktarının nominal değerine eşit olacak; farklı olarak, değer artış payı hesaplaması yapılmayacaktır³². Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin birinci fıkrası katkıda bulunan eşin, değer artışına katılmasını öngörürken; değer kaybına katılmasını öngörmemektedir. Bu durum, hükmün, nominal bir değer garantisi sağladığını göstermektedir³³.

Katkıda bulunulan malın tasfiye sırasında elden çıkartılmış olması hâlinde³⁴ uygulanacak hüküm, Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Mevzu Kanun İsviçre Medeni Kanunu'nun 206. maddesinin ikinci fıkrasındaki (ZGB Art. 206/II) malın elden

²⁶ACABEY, s.154; ACAR, s.316; AKINTÜRK/ATEŞ, s.171; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1153, s.232; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.82, s.197; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 5, s.667; KILIÇOĞLU, s.304; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.17; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 1, s.389; ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.109; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 13, s.677; ŞIPKA, s.196; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 32, N. 16, s.369; ULUÇ, s.870; ZEYTİN, N. 401, s.180-181; N. 424, s.190.

²⁷ACABEY, s.155; ACAR, s.332; DEMİR, s.298; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1153, s.232; ERDEM, s.297; GENÇCAN, s.748; GÜMÜŞ, s.335; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 9, s.1189; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 5, s.667; KARAMERCAN, s.510; KILIÇOĞLU, s.302-303; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.14; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 1, s.389; SARI, s.273; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 13, s.677; ŞIPKA, s.197; ZEYTİN, N. 401, s.180-181; N. 422, s.189; ULUÇ, s.879; ZEYTİN, Zamanaşımı, s.953; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.44.

²⁸HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.83, s.197; ÖZTAN, s.475; ŞIPKA, s.197.

²⁹Bu artışın konjonktürel bir artış olması gerektiği, diğer eşin kişisel becerilerine bağlı olarak ortaya çıkan artışın hesaplamada dikkate alınmayacağı yönünde bkz. GÜMÜŞ, s.336; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 13, s.1190; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.85, s.198; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, ZGB Art. 206, N. 23, s.640; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 5, s.390; ÖZTAN, s.476; ŞIPKA, s.202-203; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 32, N. 16, s.370; ZEYTİN, N. 426, s.191-192.

³⁰ÖZTAN, s.470; SARI, s.275.

³¹ACAR, s.329; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 14, s. 670; KILIÇOĞLU, s.323; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.40-41; ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.109; SARI, s.275; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 32, N. 16, s.370; ZEYTİN, N. 408, s.183.

³²HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 1, s.1188; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.88, s.198; SARI, s.276; ŞIPKA, s.202; ZEYTİN, N. 408, s.183; N. 429, s.192.

³³GÜMÜŞ, s.351; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.88, s.198; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 14, s.670; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 5, s.390; ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.109; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 4, s.673; SUTTER-SOMM/KOBEL, N. 342, s.78; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 32, N. 16, s.370; ZEYTİN, N. 402, s.181; N. 431, s.193.

³⁴Bu durumda değer artış payının mevzu Kanun İsviçre Medeni Kanunu'nun 206. maddesinin ikinci fıkrasına (ZGB Art. 206/II) uygun olarak derhal muaccel olacağı ve derhal istenebilmesi gerektiğine ilişkin bkz. ACAR, s.328. Ancak ÖZTAN, Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak katkıda bulunulan malın, mal rejiminin tasfiyesinden önce elden çıkarılmış olması halinde dahi değer artış payı alacağının tasfiye anında talep edilebileceğini ileri sürmektedir, bkz. ÖZTAN, s.493.

çıkarılmış olması ihtimalinde diğer eşe ödenecek alacağın elden çıkarma anında elde edilen değere göre belirleneceğine ilişkin hüküm, Türk Medeni Kanunu'na alınmamıştır. Bu durumda, Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hâkim, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.

Öğretide³⁵ değer artış payının mal rejiminin tasfiyesi davasından bağımsız bir talep olarak ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Eşler arasındaki mal rejimi devam ederken değer artış payı talep edilememekte; bunun için eşler arasında geçerli olan edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi gerekmektedir³⁶. Yargıtay da bir kararında³⁷, açıkça, değer artış payı alacağının hesaplanmasını, mal rejiminin tasfiyesinin talep edilmiş olmasına bağlamaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 235. maddesinin birinci fıkrasına göre mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş mallar, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılmaktadırlar. Türk Medeni Kanunu'nun 239. maddesinin üçüncü fıkrası ise değer artış payı alacağına tasfiyenin sona ermesinden itibaren faiz yürütülebileceğini düzenlemektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin birinci fıkrasına göre değer artış payı alacağının hesaplanabilmesi için malın tasfiye anındaki değerinin de belirlenmesi gerektiğinden, değer artış payı alacağının talep edilebilmesi için mal rejiminin tasfiyesinin gerçekleştirilmiş olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bu durumda değer artış payı alacağının muaccel olduğu an, tasfiyenin tamamlandığı andır³⁸.

Değer artış payı alacağının hesaplanabilmesi için öncelikle katkıda bulunulan malda değer artışı söz konusu olmalıdır. Değer artışı, malın, tasfiye anındaki sürüm değerinden katkının yapıldığı andaki değerinin çıkarılması suretiyle bulunmaktadır³⁹. Güncel değer artış payı, yapılan katkı miktarı ile katkıda bulunulan malın katkının yapıldığı andaki değerinin birbirine oranlanması sonucu elde edilen katkı oranının⁴⁰, katkıda bulunulan malda meydana gelen değer

³⁵ACABEY, s.156; GÜMÜŞ, s.337; ÖZÜĞÜR, s.53; SARI, s.274; ZEYTİN, N. 403, s.181-182. Sadece bir eşin kişisel mallarından diğer eşin kişisel mallarına yapılan bir katkı sonucunda meydana gelen değer artış payı alacağının, yapılacak tasfiye sonucunda katılma alacağının yanında bağımsız olarak hükmedilebileceğine ilişkin bkz. ACAR, s.324-325; GÜMÜŞ, s.342-343. Ancak ZEYTİN, mal rejimi sona ermeden bir eşin kişisel mallarından diğer eşin kişisel mallarına yapılan katkının istenebileceğinin savunulmasının, kanun koyucunun mal rejimi devam ederken uyumsuzluklara yol açılmaması gerektiğine ilişkin amacı ve maddenin lafzı göz önünde bulundurulduğunda, mümkün olmadığını ileri sürerek bu fikre karşı çıkmaktadır, bkz. ZEYTİN, N. 407, s.183. Öte yandan bir eşin mal rejimi devam ederken diğer eşteki kişisel malını talep etmesinin önünde bir engel yoktur, bkz. Yargıtay 2. HD, 30.01.2006, E.2005/16299, K.2006/467: "Değer artış payı eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesi halinde istenebilir. Olayda, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi devam ettiğinden istek hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmelidir. Öte yandan, davacının ziynet eşyasına yönelik isteği kişisel malın iadesine ilişkin olup edinilmiş mallara katılma rejiminin devam etmekte olması kişisel malın aynen iadesini veya bedelinin iadesini isteme hakkını engellemez." (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 05.12.2020).

³⁶ACABEY, s.156; GÜMÜŞ, s.337; SARI, s.274; ZEYTİN, N. 406, s.183; "Dava taşınmazlara katkıya ilişkindir. (TMK m. 227) Katkı payının istenebilmesi için mal rejiminin sona ermesi zorunludur.", bkz. Yargıtay 2. HD., 16.02.2009, E.2009/19539, K.2009/2353 (GENÇCAN, s.738); Yargıtay 2. HD., 26.09.2006, E.2006/2698, K.2006/12452 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 02.11.2020). Farklı yönde görüş için bkz. ERDEM, s.298. Yazara göre değer artış payı her zaman talep edilebilir, bkz. ERDEM, s.298.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden önce değer artış payına hükmedilmesinin, ancak eşler arasındaki rejimin mal ayrılığına dönüştürülmesinin talep edilmesi ve bu dönüşümün gerçekleşmesi sonucunda mümkün olacağı yönünde bkz. ÖZÜĞÜR, s.52-53.

³⁷"Kanun, değer artış payından doğan alacağın, edinilmesine katkıda bulunulan malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanacağını öngördüğüne göre (TMK md. 227) mal rejiminin tasfiyesi istenmeden değer artış payının hesaplanmasına olanak yoktur. Mal rejiminin tasfiyesi ise, bunun talep edilmesi halinde söz konusu olur." bkz. Yargıtay 2. HD., 23.11.2004, E.2004/12432, K.2004/13759 (GENÇCAN, s.715-716.)

³⁸ACAR, s.324; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1158, s.233; N. 1182, s.237; GÜMÜŞ, s.342, 355; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 37, s.1203; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, ZGB Art. 206, N. 53, s.657; ÖZTAN, s.479, 491; ÖZÜĞÜR, s.53; SARI, s.258, 279; ŞIPKA, s.186; TOPUZ, s.107; ZEYTİN, N. 430, s.192; N. 467, s.221. Tasfiye anının, tasfiye kararının kesinleşmesinden sonra fiilen tasfiyenin yapıldığı anı ifade ettiği yönünde bkz. ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.83. Yargıtay ise bir kararında tasfiye anının, karar tarihi olduğunu ve tasfiyeye konu malın, karara en yakın tarihteki sürüm değerinin belirlenmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir, bkz. Yargıtay 8. HD., 22.11.2016, E.2015/7311, K.2016/15935 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.12.2020). Ayrıca bkz. Yargıtay 8. HD., 10.10.2018, E.2018/13955, K.2018/17053 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 10.12.2020). Tasfiye anının son keşif ve bilirkişilik incelemesinin yapıldığı an olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, s.322; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.38.

³⁹DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1165, s.234; GÜMÜŞ, s.347; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 17-19, s.1191; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 26.50, s.268; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 6, s.390; ÖZTAN, s.477; ZEYTİN, N. 434, s.194; ZEYTİN, Zamanaşımı, s.954.

⁴⁰ACABEY, s.160; ACAR, s.327; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.90, s.199; ÖZTAN, s.478; ÖZÜĞÜR, s.55; SARI, s.276; ŞIPKA, s.203; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 32, N. 16, s.370; ZEYTİN, N. 447, s.199.

artışı ile çarpılması sonucu elde edilen değerdir⁴¹. Değer artış payı alacağı ise katkıda bulunan eş tarafından yapılan ilk katkı ile değer artış payının toplamıdır⁴².

Örneğin, eşlerden birine ait, değeri 450.000 TL olan bir taşınmazın onarımı için diğer eş tarafından 50.000 TL’lik bir katkıda bulunulmuştur. Taşınmazın tasfiye anındaki değeri 1.000.000 TL’dir. Bu durumda malın, katkının yapıldığı andaki değeri 450.000+50.000=500.000 TL, tasfiye anındaki sürüm değeri ise 1.000.000 TL’dir. Katkıda bulunan eşin, 500.000 TL’de 50.000 TL’lik katkısı bulunduğu göre değer artış payı oranı 1/10 olmaktadır. Katkıda bulunulan malda meydana gelen değer artışı 1.000.000-500.000=500.000 TL’dir. Taşınmazda meydana gelen değer artışı, değer artış payı oranıyla çarpıldığında değer artış payı bulunacağından, değer artış payı, 500.000x1/10 işlemi yapıldığında, 50.000 TL olarak bulunmaktadır. Katkıda bulunan eşin talep edeceği değer artış payı alacağı ilk katkı ile değer artış payının toplamı, 50.000+50.000=100.000 TL olarak hesaplanır. Değer artış payı alacağı, oran orantı kurmak suretiyle de kısa yoldan tespit edilebilir⁴³. Bu durumda hesaplama şu şekilde olacaktır: 500.000 TL’de 50.000 TL’lik katkıda bulunulmuşsa, 1.000.000 TL’deki katkı ne kadardır? Bu orantının sonucu değer artış payı alacağını verecektir. Değer artış payı alacağı yine 100.000 TL olarak bulunur.

III. TÜRK MEDENİ KANUNU’NUN 230. MADDESİNİN ÜÇÜNCÜ FIKRASI UYARINCA DEĞER ARTIŞINA KATILMA: DENKLEŞTİRME ALACAĞI

Türk Medeni Kanunu’nun 230. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca değer artışına katılma ise denkleştirme alacağını ifade etmektedir⁴⁴. Buna göre: “Bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılır.” Görüleceği üzere kanun koyucu, aynı eşe ait bir mal grubundan diğerine yönelik bir katkıda bulunulması ve katkıda bulunulan malda bir değer artışı meydana gelmesi durumunda da değer artışına katılmayı öngörmektedir. Katkıda bulunulan malda bir değer kaybı meydana geldiğinde ise değer kaybına katılım söz konusu olmaktadır. Burada söz konusu olan aynı eşe ait mal grupları arasındaki katkıya yönelik denkleştirme alacağıdır⁴⁵. Bir mal grubuna ilişkin borcun, diğer bir mal grubundan ödenmesi durumunda söz konusu olan denkleştirme alacağı (TMK m. 230/I-II), inceleme konusunun kapsamının dışındadır.

A. Denkleştirme Alacağı Kavramı

Mal rejiminin devamı süresince eşlere ait kişisel mallar ve edinilmiş mallar şeklinde bir ayrıma gidilmemekte, eşlerin malvarlıkları bir bütün olarak görülmektedir. Ancak, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sırasında bu mal grupları arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Zira eşlerden birine ait kişisel mallar tasfiyeye katılmazken, edinilmiş mallar tasfiyede göz önünde bulundurulmaktadır⁴⁶. Bir eşin, mal gruplarının içeriğinin belirlenmesi tasfiyeye katılacak miktarın belirlenmesi açısından da son derece önemlidir. Evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin kendisine ait bir mal grubundan yine kendisine ait diğer bir mal grubuna katkıda bulunması söz konusu olabildiğinden; bir mal grubu diğer aleyhine artış gösterebilmekte ya da değer kaybı yaşamaktadır. İşte denkleştirme alacağı da tek bir eşe ait mal gruplarının

⁴¹DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1165, s.234; GÜMÜŞ, s.348; ÖZTAN, s.479; ZEYTİN, Zamanaşımı, s.955.

⁴²DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1171, s.234; GÜMÜŞ, s.347; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 25, s.1195; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 26.50, s.268; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 8, s.391; SARI, s.276; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 7, s.675; ZEYTİN, N. 408, s.183; ZEYTİN, Zamanaşımı, s.955; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.48.

⁴³Bu şekildeki hesaplama için bkz. ACAR, s.328. Aynı yönde bkz. ACABEY, s.162; ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.110.

⁴⁴Türk Medeni Kanunu’nun 230. maddesinin üçüncü fıkrasının karşılığı olan, mehz Kanun İsviçre Medeni Kanunu’nun, “Ersatzforderungen zwischen Errungenschaft und Eigengut (kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme alacağı)” kenar başlıklı 209. maddesinin üçüncü fıkrası, İsviçre hukuk öğretisinde “Mehrwertbeteiligung (değer artışına katılma)” ifadesiyle anılmaktadır, bkz. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 1, s.1215; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.115, s.206; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 9, s.398.

⁴⁵DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1199, s.239; ERDEM, s.307; GÜMÜŞ, s.358; MÜLLER, s.80; ZEYTİN, N. 563, s.260.

⁴⁶ACABEY, s.86; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1086, s.219; KILIÇOĞLU, s.337; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.133.

birinden, bir diğerine yönelik gerçekleşen değer kaymalarının denkleştirilmesine yöneliktir⁴⁷.

B. Denkleştirme Alacağıın Hukuki Niteliği

Eşlerden birine ait bir mal grubundan bir diğerine katkıda bulunma şeklinde bir geçiş olduğu durumda aynı eşe ait farklı mal gruplarının birbirlerinden alacaklı olması gündeme gelir⁴⁸. Burada sözü edilen alacak, denkleştirme alacağıdır. Öğretide⁴⁹ anlatım kolaylığı sağlanması açısından alacak ifadesinin kullanıldığı belirtilmekte, aksine, tasfiyede kolaylık sağlamak amacıyla oluşturulmuş aynı eşe ait mal gruplarının birbirlerinden alacaklı olmalarından, dolayısıyla mal grupları arasında bir borç ilişkisinden ve alacak hakkından bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak yine de denkleştirme alacağı, bir eşin mal grupları arasında oluşan bağımlı bir alacak olarak kabul edilmekte ve bu sebeple devredilemeyeceği ve rehnedilemeyeceği ileri sürülmektedir⁵⁰.

Bir mal grubundan diğer bir mal grubundaki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yönelik katkıda bulunulması durumunda, denkleştirme alacağı, ödenecek miktar bakımından değer artışı veya azalmasından etkilenmeyeceği için değişkendir⁵¹. Bu durumda denkleştirme alacağı hem değer artışı hem değer kaybı göz önünde bulundurularak hesaplanacağı için çift yönlüdür⁵².

Denkleştirme alacağından, kişisel malları yüklüyor olması halinde, tek taraflı olarak feragat edilebilirken; edinilmiş malları yüklüyor olması halinde ise Türk Medeni Kanunu'nun 221. maddesi çerçevesinde yalnız diğer eşin rızası ile feragat edilebilir⁵³.

C. Denkleştirme Alacağına Hükmedilebilmesinin Şartları

Türk Medeni Kanunu'nun 230. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında denkleştirme alacağına hükmedilebilmesinin şartları, hükümden de anlaşılacağı üzere, değer artış payı alacağına hükmedilebilmesine ilişkin şartlarla son derece benzerdir. Denkleştirme alacağı bakımından da, değer artış payı alacağında olduğu gibi, eşlerden birine ait bir mal grubundan yine aynı eşe ait diğer bir mal grubundaki mala ilişkin bir katkıda bulunulması ve bu katkının, o malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına yönelik olması gerekmektedir. Örneğin, eşlerden biri, evlilik birliğinin ve edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı sürecinde, bankada biriktirmiş olduğu 300.000 TL ile bir ev satın almıştır. Babasından kalan traktörü de 30.000 TL'ye satarak buradan elde ettiği meblağ ile eve tadilat yaptırmıştır. Bu durumda eşlerden birinin edinilmiş malına kişisel malından o edinilmiş malın iyileştirilmesi için katkıda bulunulmuş olmaktadır. Yine değer artış payı alacağında olduğu gibi denkleştirme alacağı bakımından da bir karşı edimin söz konusu olmaması gerekir. Aynı eşe ait mal grupları arasında bağışlama mümkün olmayacağı için burada bağışlamada bulunma ihtimali söz konusu olmamaktadır⁵⁴.

D. Denkleştirme Alacağıın Hesaplanması

Katkıda bulunulan malda bir değer artışı meydana gelmişse denkleştirme alacağı, tıpkı değer artış payı alacağında olduğu gibi, katkı oranına bağlı olarak hesaplanacak; katkı miktarı ile

⁴⁷ACABEY, s.171; ACAR, s.312; AKINTÜRK/ATEŞ, s.169; DEMİR, s.299; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1188, s.238; GÜMÜŞ, s.358; KILIÇOĞLU, s.311, 337-338; KILIÇOĞLU, Katkı-Katılma, s.25; ÖZTAN, s.496; ÖZÜĞÜR, s.62; SARI, s.202; ZEYTİN, N. 552, s.253; N. 563, s.260.

⁴⁸ACABEY, s.171; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1187, s.238; HAYRAN, s.269; ÖZÜĞÜR, s.62; SARI, s.203; ŞIPKA, s.238-239.

⁴⁹ACABEY, s.171; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1481, s.419; SARI, s.203; ŞIPKA, s.244.

⁵⁰ACAR, s.314; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.131, s.210; ÖZTAN, s.502; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 209, N. 33, s.732.

⁵¹ACAR, s.337; s. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2005, s.374; GÜMÜŞ, s.364; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 21, s.1219; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.130, s.210; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 10, s.398; ÖZTAN, s.502; SARI, s.208; ZEYTİN, N. 550, s. 252; N. 563, s.260. Bu şekildeki denkleştirme alacağını "olağanüstü denkleştirme alacağı" olarak adlandıran görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1199, s.239; GÜMÜŞ, s.364. "Değişken denkleştirme alacağı" şeklindeki kullanım için bkz. ZEYTİN, N. 550, s.252.

⁵²HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 21, s.1219; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.130, s.210; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 10, s.398; ÖZTAN, s.502;

⁵³ACAR, s.314; DEMİR, s.301; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 31, s.1222; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.129, s.209; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, BK, ZGB Art. 209, N. 56, s.758; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 26.71, s.274; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 13, s.399; ÖZTAN, s.502.

⁵⁴Bkz. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 20, s.1219; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.121, 12.122, s.208; MÜLLER, s.81.

meydana gelen değer artışının toplanması suretiyle bulunacaktır⁵⁵. Örneğin, eşlerden biri evlilik birliğinin ve edinilmiş mallara katılma rejiminin devamı sürecinde, bankada biriktirmiş olduğu 200.000 TL'sinin üzerine babasından kalan evi satarak elde ettiği 400.000 TL'yi de koyarak 600.000 TL'ye bir ev satın almıştır. Tasfiye sırasında evin değeri 1.200.000 TL olmuştur. Burada da değer artış payı alacağına hesaplanmasında olduğu gibi önce yapılan katkı ve malın katkının yapıldığı andaki sürüm değeri bulunarak katkı oranı hesaplanacak; sonra malın tasfiye anındaki sürüm değerinden malın katkının yapıldığı andaki değerinin çıkarılması suretiyle elde edilen değer artışına katkı oranı uygulanarak değer artış payı bulunacaktır. İlk katkı ile değer artış payının toplanması ile de denkleştirme alacağı hesaplanacaktır. Buna göre kişisel malından 400.000 TL vererek 600.000 TL'lik malın edinilmesine katkıda bulunan eşin değer artış payı oranı $400.000/600.000=2/3$ 'tür. Maldaki değer artışı $600.000-400.000=200.000$ 'dir. Değer artışına değer artış payı oranının uygulanması ile değer artış payı elde edilir. Bu durumda $200.000 \times 2/3=400.000$ TL değer artış payıdır. Bu durumda denkleştirme alacağı, baştaki katkı değeri olan 400.000 TL ile değer artış payı olan 400.000 TL'nin toplamı olan 800.000 TL olarak hesaplanır.

Katkıda bulunulan malda bir değer kaybı söz konusu ise geri verilecek miktar yine oranlama suretiyle belirlenecektir⁵⁶. Bu oranlama sebebiyle katkının gerçek miktarı değil, değer kaybı sonucu teşkil ettiği miktar baştaki katkıdan daha az olarak iade edilecektir⁵⁷. Bu durumda denkleştirme alacağı, yapılan katkı miktarı ile değer kaybının toplanması suretiyle bulunmaktadır⁵⁸.

Kişisel mallardan edinilmiş mallara bir katkıda bulunulması hâlinde kişisel mallar alacaklı olacak, tasfiye sırasında denkleştirme alacağı edinilmiş malların borcu olarak pasiflere eklenecektir. Edinilmiş mallardan kişisel mallara katkı yapılması hâlinde ise edinilmiş mallar, kişisel mallardan alacaklı olacak ve tasfiye sırasında denkleştirme alacağı edinilmiş malların alacağı olarak aktiflere eklenecektir⁵⁹. Kişisel mallar lehine bir ek yapıldıysa bu miktar edinilmiş mallardan düşülmekte; edinilmiş mallar lehine bir ek yapıldığında ise denkleştirme miktarı edinilmiş mallara eklenmektedir. Bu şekilde edinilmiş malların toplam değeri hesaplanırken denkleştirme de sağlanmış olmaktadır⁶⁰. Öğretide bir görüşe göre⁶¹ dosyadan denkleştirme alacağına varlığına ilişkin olguların elde edilmesi hâlinde taraflar talep etmemiş olsa dahi hâkim resen denkleştirme alacağını hesaplamalıdır.

IV. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN 227. MADDESİ İLE 230. MADDESİNİN ÜÇÜNCÜ FIKRASI ARASINDAKİ BENZERLİK VE FARKLILIKLAR

Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesi ile 230. maddesinin üçüncü fıkrası arasında Kanunda ele alınmış tarzı, hukuki nitelik, alacağın özgüleneceği malvarlığı ve hesaplama bakımından birtakım benzerlik ve farklılıklar bulunmaktadır.

A. Kanunda Ele Alınmış Tarzları Bakımından

Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesi ile 230. maddesinin üçüncü fıkrası, kullanılan ifadeler bakımından neredeyse aynıdır. Her iki hükümde de farklı mal grupları arasında, bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine ya da korunmasına yönelik gerçekleşen katkıdan söz edilmektedir. Ancak, esas itibarıyla, bu hükümler, birbirlerinden oldukça farklıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinde bir eşin malvarlığından, diğer eşin malvarlığına yönelik bir katkı söz konusudur.

⁵⁵Bkz. ACAR, s.313; ERDEM, s.307-308; GÜMÜŞ, s.365; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 21, s.1219; JUNGO, CHK, ZGB Art. 209, N. 12, s.694; KILIÇOĞLU, s.339; ÖZTAN, s.498; ÖZÜĞÜR, s.62; SARI, s.210; ŞİPKA, s.239, 241; ZEYTİN, N. 690, s.314.

⁵⁶ACAR, s.313; ÖZTAN, s.500; SARI, s.210-211; ZEYTİN, N. 690, s.314.

⁵⁷ACAR, s.313; SARI, s.210-211.

⁵⁸DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1200, s.240; GÜMÜŞ, s.365.

⁵⁹ACABEY, s.169, 171; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1201, s.240; GÜMÜŞ, s.365; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 26.70, s.274; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 12, s.399; ÖZÜĞÜR, s.62; ŞİPKA, s.243-244; ULUÇ, s.1106, 1107; ZEYTİN, N. 690, s.314; N. 695, s.315.

⁶⁰HATEMİ, N. 461, s.109; ÖZÜĞÜR, s.62; SARI, s.201.

⁶¹KARAMERCAN, s.699; SARI, s.205, 216; ULUÇ, s.1104; ZEYTİN, N. 551, s.252-253. Yargıtay da bu görüşü paylaşmaktadır, bkz. Yargıtay 8. HD., 28.04.2015, E.2013/23822, K.2015/9565: "Davalının kişisel malı niteliğindeki toplam 79.530 TL'nin TMK'nın 231.maddesine göre artık değer belirlenirken, TMK'nın 230. maddesi gereğince denkleştirmeden elde edilen miktar olarak re'sen tasfiyede dikkate alınması gerekir." (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.12.2020).

Buna karşılık Kanunun 230. maddesinin üçüncü fıkrası, tek bir eşe ait olan, dolayısıyla aynı malvarlığı içerisinde bulunan farklı mal grupları arasındaki katkıya ilişkindir. Bu nedenle, 227. madde dışsal bir katkıdan söz ederken; 230. maddenin üçüncü fıkrasında sözü edilen katkı içseldir⁶². Dolayısıyla denkleştirme alacağına özne tek iken değer artış payı alacağına iki özne bulunmaktadır⁶³.

Değer artış payına ilişkin 227. maddede yalnız değer artışı söz konusu olduğunda katılımın söz konusu olacağı belirtilerek, değer kayıpları bakımından katkıda bulunan eşin katılımı öngörülmemektedir. Zira değer kaybı söz konusu olduğunda başlangıçtaki katkının iadesinin söz konusu olacağı düzenlenmektedir. Buna karşılık denkleştirme alacağına ilişkin 230. maddede katkıda bulunan eşin, hem değer artışına hem değer kayıplarına, katkısı oranında katılacağı ifade edilmektedir⁶⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinin üçüncü fıkrasında eşlerin, yazılı bir anlaşmayla, değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri ya da pay oranını değiştirebilecekleri kabul edilmektedir. Bu durumda değer artış payı alacağına ilişkin düzenlemenin aksinin kararlaştırılmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Sözleşmeyle aksi kararlaştırılabileceğine göre söz konusu kural, emredici nitelikte değil; yedek hukuk kuralıdır⁶⁵. Buna karşılık, denkleştirme alacağına ilişkin kuralın, aksinin kararlaştırılabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda Türk Medeni Kanunu'nun 230. maddesinin üçüncü fıkrasının emredici nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁶.

B. Hukuki Nitelik Bakımından

Denkleştirme alacağı, eşlerden birine ait mal grupları arasındaki farazi bir alacak hakkıdır; ancak değer artış payı alacağı eşlerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri bağımsız ve somut bir alacak hakkıdır⁶⁷. Değer artış payı alacağı, meydana gelen değer artışına göre belirleneceğinden değişken; değer azalması göz önünde bulundurulmadığı için de tek yönlü bir alacaktır⁶⁸. Buna karşılık denkleştirme alacağı, ödenecek miktar bakımından değer artışı veya azalmasından etkileneceği için değişken⁶⁹; hem değer artışı hem değer kaybı göz önünde bulundurulurken hesaplanacağı için ise çift yönlüdür⁷⁰.

Denkleştirme alacağı söz konusu olduğunda, katkıda bulunan ve bulunulan mal grupları, aynı eşe ait olup tek bir malvarlığı içerisinde bulunduğundan; mal grupları arasında yapılan katkının bağış olması ya da bir bedel karşılığı yapılması mümkün değildir. Bu durumda katkının

⁶²HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.117, s.207; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 1, s.396.

⁶³ACAR, s.333; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.117, s.207; ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.109.

⁶⁴Aynı yönde bkz. ACAR, s.330; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1199, s.239-240; GÜMÜŞ, s.364-365; HEGNAUER/BREITSCHMID, N. 26.69, s.273; MÜLLER, s.80; ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.109; ÖZTAN, s.499; "Tasfiyeye konu malvarlığında, katkı tarihinden sonra değerinde azalma olmuşsa, katkının başlangıçtaki değeri esas alınır (TMK'nun 227/1. m). Denkleştirmede ise, aksine değer azalması olması durumunda azalmış hali ile değerlendirilir (TMK'nun 230)." bkz. Yargıtay 8. HD., 22.11.2016, E.2015/7311, K.2016/15935 (karararama.yargitay.gov.tr, E.rişim: 10.12.2020). Ayrıca bkz. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.88, s. 198; N. 12.120, s.207-208.

⁶⁵GÜMÜŞ, s.357; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.114, s.206; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 12, s.391; ÖZTAN, s.470, 494-495; JUNGGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 2, s.666; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 32, s.686; ŞİPKA, s.200; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGGO, § 32, N. 16, s.369; ZEYTİN, N. 432, s.193; ZEYTİN, Zamanaşımı, s.954; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.45. Ayrıca bkz. ACAR, s.336.

⁶⁶DEMİR, s.299; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.117, s. 207; N. 12.129, s.209; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 13, s.399; ÖZTAN, s.496, 502; ÖZÜĞÜR, s.63; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 209, N. 31, s.732; ULUÇ, s.1104; ZEYTİN, N. 551, s.252-253. Maddenin emredici bir hüküm olmadığı; yalnız ikinci fıkranın emredici nitelikte olduğuna ilişkin bkz. HAYRAN, s.269.

⁶⁷DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2005, s.367; GÜMÜŞ, s.357; ŞİPKA, s.244.

⁶⁸ACAR, s.323; DEMİR, s.297; GÜMÜŞ, s.349; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 25, s.1195; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.97, 12.98, s.201; JUNGGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 22, s.673; NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1251, s.347; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 5, s.390; ÖZTAN, s.483; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 3, s.673; SUTTER-SOMM/KOBEL, N. 336, s.77; ZEYTİN, N. 452, s.206; ZEYTİN, Değer Artış Payı, s.43.

⁶⁹ACAR, s.337; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, 2005, s.374; GÜMÜŞ, s.364; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 21, s.1219; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.130, s.210; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 10, s.398; ÖZTAN, s.502; SARI, s.208; ZEYTİN, N. 550, s.252; N. 563, s.260.

⁷⁰HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 21, s.1219; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.130, s.210; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 10, s.398; ÖZTAN, s.502.

bağış olarak yapılıp yapılmadığı ihtimali gündeme gelmeyecektir. Buna karşılık değer artış payı alacağı söz konusu olduğunda yapılan katkının bağışlama niteliği taşıyabileceği ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır. Zira eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, korunmasına ya da iyileştirilmesine yönelik bir katkıda bulunması durumunda, katkıda bulunan ve bulunulan mal grupları farklı kişilere aittir ve bu durumda bağışlama söz konusu olabilir⁷¹.

C. Alacağın Özgüleneceği Mal Grubu Bakımından

Değer artış payı alacağı, hangi mal grubundan katkı yapılmışsa o mal grubuna ait bir alacak; hangi mal grubuna katkı yapılmışsa o mal grubuna ait ödenmesi gereken bir borç olmaktadır⁷². Örneğin, evlilik birliği içerisinde eşlerden biri diğerine ait arazinin satın alınması için katkıda bulunmuşsa ve tasfiye sırasında arazide bir değer artışı söz konusuysa, değer artış payı alacağı, arazinin bulunduğu mal grubundan; dolayısıyla katkıda bulunulan eşin edinilmiş mallarından talep edilecektir. Zira burada borçlu mal grubu, katkıda bulunulan eşin edinilmiş mallarıdır. Alacaklı mal grubu ise katkıda bulunan eşin katkısının kaynağı olan mal grubuna göre değişiklik göstermektedir. Katkıda bulunan eş, kişisel mallarından katkıda bulunduysa, değer artış payı alacağı, eşin kişisel mallarına; edinilmiş mallarından katkıda bulunduysa edinilmiş mallarına özgülenecektir. Birden fazla mal grubundan katkıda bulunulduğu takdirde, katkının yapıldığı mal grupları ve bu katkının mal gruplarına göre oranı, değer artış payı alacağının hangi mal grubuna özgüleneceği hususunda önem taşımaktadır⁷³.

Türk Medeni Kanunu'nun 230. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca malın edinilmesi yönünde bir katkıda bulunulmuşsa denkleştirme alacağının hangi mal grubu lehine olduğunun belirlenebilmesi için öncelikle malın hangi mal grubuna ait olacağının belirlenmesi gerekmektedir. Malın, hangi mal grubuna ait olacağı ise öğretilde isabetli bulunan bir görüşe göre⁷⁴ yapılan katkının büyüklüğüne bağlı olarak belirlenecektir. Malın edinilmesine yönelik olarak, hangi mal grubundan daha fazla katkıda bulunulmuşsa mal, o mal grubuna ait olacak; dolayısıyla denkleştirme alacağı da daha az katkıda bulunan mal grubu lehine doğacaktır. Malın edinilmesinden sonraki aşamada bir katkıda bulunulması halinde ise malın ait olduğu mal grubunda bir değişiklik olmayacak; bu durumda denkleştirme alacağı, katkının yapıldığı mal grubu lehine belirlenecektir⁷⁵.

D. Hesaplama Bakımından

Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinde de 230. maddesinin üçüncü fıkrasında da değer artışına katılmaya ilişkin hesaplama bakımından genel olarak aynı yöntem esas alınmaktadır⁷⁶. Katkıda bulunulan maldaki değer artışı nedeniyle ortaya çıkan alacak, her iki hüküm bakımından da katkı oranı ile malın tasfiye anındaki değerinin göz önünde bulundurulması ve yapılan katkı ile değer artışının toplanması suretiyle hesaplanmaktadır⁷⁷. Tasfiye anında malın elden çıkarılması hâlinde ise değer artış payı alacağının hesaplanmasında olduğu gibi denkleştirme alacağının hesaplanması da hakkaniyete göre yapılmaktadır (TMK m. 227/II, 230/III).

Katkıda bulunulan malda değer kaybı söz konusu ise durum farklıdır. Kanunda, denkleştirme alacağı hesaplanırken, malın değerinin azalması durumunda da artması durumunda da katkı oranında denkleştirme yapılacağı ifade edilmektedir. Buna karşılık değer artış payı alacağında, katkıda bulunulan malda bir değer kaybı söz konusu olduğunda, katkının başlangıcındaki değeri esas alınarak hesaplama yapılacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla değer

⁷¹ACAR, s.314, 335; GÜMÜŞ, s.365; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.117, s.207; MÜLLER, s.81; ÖZTAN, s.499; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 209, N. 18, s.727; ZEYTİN, N. 563, s.260.

⁷²ACAR, s.320; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 27, s.1195; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.97, s.201; N. 12.203, s.202-203; ÖZTAN, s.483; ÖZÜĞÜR, s.49; ZEYTİN, N. 459, s.208; N. 462, s.211.

⁷³Bkz. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 206, N. 28, s.1195; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.99, s.201; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 206, N. 8, s.391; ZEYTİN, N. 460, s.208.

⁷⁴ACAR, s.335; ÖZTAN, s.500; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 209, N. 20, s.727; ZEYTİN, N. 566, s.261.

⁷⁵ACAR, s.335; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.124, s.208; ÖZTAN, s.500; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 209, N. 21, s.728.

⁷⁶HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.125, s.208; JUNGO, CHK, ZGB Art. 209, N. 12, s.694; ÖZTAN, s.500; ZEYTİN, N. 564, s.260.

⁷⁷Bkz. ACAR, s.313; ERDEM, s.307-308; GÜMÜŞ, s.365; KILIÇOĞLU, s.339; ÖZTAN, s.498; ÖZÜĞÜR, s.62; SARI, s.210; ŞIPKA, s.239, 241; ZEYTİN, N. 690, s.314.

artış payı alacağı bakımından malda yaşanacak değer kayıplarına karşı yapılan katkılar koruma altına alınmakta; katkının başlangıçtaki değerinin esas alınacağı belirtilerek nominal bir değer garantisi sağlanmış olmaktadır⁷⁸. Denkleştirme alacağı bakımından ise, değer kaybında dahi katkı oranında denkleştirme yapılacağı belirtildiğinden, nominal değer garantisi bulunmamaktadır⁷⁹. Bu durumda katkıda bulunulan malın tamamen yok olması söz konusu ise, denkleştirme alacağı açısından bir alacak gündeme gelmeyeceken; değer artış payı alacağı açısından en azından mala yapılan katkının başlangıçtaki değeri geri alınabilecektir⁸⁰.

İki madde arasında, hesaplama bakımından söz konusu olan bu farklılık, öğretide bir görüş⁸¹ tarafından, 227. maddede korunması gereken bir yarar varsa 230. maddede de aynı yararın bulunduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu görüş, iki hüküm arasındaki bu farklılığın, özellikle ailenin kullanımına sunulmuş bir malda, kullanım nedeniyle bir değer kaybı yaşandığında haksız sonuçlar doğurabileceğini; yatırım amacıyla hareket eden eşin, diğer eşe sunduğu katkı bakımından değer kaybına da katlanması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak bu farklılığı, hükümlerin getiriliş amacıyla açıklamak mümkündür. Değer artış payı alacağı bakımından, katkıda bulunulan malda bir değer artışı meydana gelmese dahi katkının başlangıçtaki değerinin alınabileceğine ilişkin düzenleme, bir eşin malvarlığının, tamamen diğer eş tarafından finanse edilmesini engellemeye yöneliktir. Denkleştirme alacağına ilişkin düzenleme ise malların tek bir mal grubunun ve diğer eşin katılma alacağının zararına olacak şekilde edinilmesinin engellenmesini amaçlamaktadır⁸². Bu durumda iki hüküm arasında bilinçli olarak yarattığı düşünülen bu farklılığın isabetli olduğu savunulabilir.

Değer artış payı alacağına hükmedilebilmesi için talep edilmesi gerekirken⁸³; denkleştirme alacağının hâkim tarafından resen dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁴. Kanuni düzenleme bakımından her iki alacağın da muacceliyet tarihi tasfiye anıdır (TMK m. 227/I, TMK m. 230/III). Ancak Türk Medeni Kanunu'nun 230. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında, eşin kendi mal grupları arasında bir denkleştirme söz konusu olacağından, muacceliyet tarihinden önce geri ödeme mümkündür. Buna karşılık 227. madde gereğince değer artış payı alacağının muacceliyet tarihinin öne çekilmesi diğer eşle yapılacak anlaşmaya bağlıdır⁸⁵.

V. SONUÇ

Edinilmiş mallara katılma rejiminde değer artışına katılma, Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesi ve 230. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesi değer artış payı alacağına, 230. maddesinin üçüncü fıkrası ise denkleştirme alacağına ilişkindir. Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesinde bir eşin malvarlığından, diğer eşin malvarlığına yönelik bir katkıda bulunulması durumunda meydana gelen değer artışına katılmayı öngörmektedir. Buna karşılık 230. maddenin üçüncü fıkrası ise tek bir eşe ait olan, dolayısıyla

⁷⁸DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 1156, s.233; GÜMÜŞ, s.365; JUNGO, CHK, ZGB Art. 206, N. 14, s.670; MÜLLER, s.80; ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.109; ÖZTAN, s.476, 499; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 206, N. 4, s.673; SUTTER-SOMM/KOBEL, N. 342, s.78; ŞİPKA, s.242; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, § 32, N. 16, s.370; ZEYTİN, N. 402, s.181.

⁷⁹HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.120, s.207-208; MÜLLER, s.80; NUSPLIGER, OFK, ZGB Art. 209, N. 9, s.398; ODENDAHL, s.489; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 209, N. 17, s.726; SUTTER-SOMM/KOBEL, N. 371, s.84.

⁸⁰ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.109; ÖZTAN, s.476; SARI, s.275.

⁸¹Bkz. ACAR, s.330-331. Bu farklılık nedeniyle adil olmayan birtakım sonuçların ortaya çıkabileceği yönünde bkz. ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s.110. Değer artış payı alacağı bakımından değer artışına katılan eşin değer kaybına katılmıyor olmasını "evliliğin bir hayat ortaklığı ve kader birliği olması anlayışıyla" bağdaşmadığı yönünde bkz. ACABEY, s.164.

⁸²Bkz. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.117, s.207. Eşlerden birinin, diğerine yönelik bir katkıda bulunmak isteyip istemediği konusundaki kararında genelde özgür olmadığı; çoğu zaman evlilik birliğindeki gerilimlerden kaçınmak istediği için katkıda bulunmak zorunda kaldığını göz önünde bulunduran kanun koyucunun, katkıda bulunan eşin değer kaybına katılmayacağını öngören bu düzenlemesinin bir eşitsizlik ya da adaletsizlik yaratmadığı yönünde bkz. NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1267, s.350.

⁸³ACABEY, s.156; GÜMÜŞ, s.337; ÖZUĞUR, s.53; SARI, s.274; ZEYTİN, N. 403, s.181-182.

⁸⁴KARAMERCAN, s.699; SARI, s.205, 216; ULUÇ, s.1104; ZEYTİN, N. 551, s.252-253.

⁸⁵ACAR, s.336; GÜMÜŞ, s.357; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, BSK, ZGB Art. 209, N. 22, s.1219; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N. 12.117, s.207; ÖZTAN, s.494, 500; STECK/FANKHAUSER, FamKomm, ZGB Art. 209, N. 19, s.727. Farklı görüş için bkz. ÖZUĞUR, s.52. Yazara göre, değer artış payı katkıda bulunulan malda tasfiye sırasında ortaya çıkan değer artışı durumunda söz konusu olabileceğine göre tasfiye gündeme gelmeden istenemeyecektir, bkz. ÖZUĞUR, s.52. Başlangıçtaki katkının anlaşmaya gerek olmaksızın her zaman geri ödenebileceğine ilişkin bkz. NÄF-HOFMANN/NÄF-HOFMANN, N. 1327, s.369-370.

aynı malvarlığı içerisinde bulunan farklı mal grupları arasındaki katkı nedeniyle meydana gelen değer artışına katılmayı düzenlemektedir. Kanunun 227. maddesi, aksi kararlaştırılabilir bir yedek hukuk kuralı iken 230. maddenin üçüncü fıkrası, emredicidir.

Değer artış payı alacağı, meydana gelen değer artışına göre belirleneceğinden; denkleştirme alacağı da miktar bakımından değer artışı veya azalmasından etkileneceği için değişkendir. Buna karşılık, değer artış payı alacağı değer azalması göz önünde bulundurulmadığı için tek yönlü; denkleştirme alacağı ise hem değer artışı hem değer kaybı göz önünde bulundurulurken hesaplanacağı için çift yönlü bir olacaktır. Dolayısıyla değer artış payı alacağı bakımından malda yaşanacak değer kayıplarına karşı yapılan katkılar koruma altına alınmakta; katkının başlangıçtaki değerinin esas alınacağı belirtilerek nominal bir değer garantisi sağlanmış olmaktadır. Denkleştirme alacağı bakımından ise, değer kaybında dahi katkı oranında denkleştirme yapılacağı belirtildiğinden, nominal değer garantisi bulunmamaktadır.

Bu iki alacak ve dolayısıyla iki hüküm arasındaki, özellikle hesaplama bakımından ortaya çıkan bu farklılık, hükümlerin amacına bakılarak anlaşılabilir. Değer artış payı alacağı bakımından, katkıda bulunulan malda bir değer artışı meydana gelmese dahi katkının başlangıçtaki değerinin alınabileceğine ilişkin düzenleme, bir eşin malvarlığının, tamamen diğer eş tarafından finanse edilmesini engellemeye yöneliktir. Denkleştirme alacağına ilişkin düzenleme ise malların tek bir mal grubunun ve diğer eşin katılma alacağına zararına olacak şekilde edinilmesinin engellenmesini amaçlamaktadır. Bu durumda kanun koyucu tarafından iki hüküm arasında bilinçli olarak yaratıldığı düşünülen bu farklılığın, isabetli olduğu savunmak mümkündür.

KAYNAKÇA

- ACABEY, Beşir M.: Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 22. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- DEMİR, Mehmet: “Türk Medeni Kanunu’na Göre Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı ve Denkleştirme Alacağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (61), 2005, s.292-303.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Onbeşinci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku (2005), Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK 185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- GÜNARSLAN, Banu Fatma: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- HAUSHEER, Heinz/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Basler Kommentar (BSK), Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, in Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser Thomas (ed.), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/AEBI-MÜLLER, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Vierte, überarbeitete und erweiterte Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2010.
- HAUSHEER, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: Berner Kommentar (Kommentar zum schweizerischen Privatrecht), (BK), Band II: Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 3. Teilband: Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband: Allgemeine Vorschriften, Art. 181-195a ZGB; Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, Art. 196-220 ZGB, in Meier-Hayoz, Arthur (ed.), Stämpfli Verlag AG, Bern 1992.
- HAYRAN, Burhan: 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu Mal Rejimleri Şerhi, Adil Yayınevi, Ankara 2004.

- HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: Grundriss des Eherechts, Vierte, überarbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2000.
- JUNGO, Alexandra: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK), Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage in Breitschmid, Peter/Jungo, Alexandra (ed.), Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2016.
- KARAMERCAN, Fatih: Katkı-Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş - Güncelleştirilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Katkı - Katılma Alacağı (Bilirkişi Raporları – Yargıtay İçtihatları – Tablolar), (Katkı-Katılma), 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- MÜLLER, Roland: Der Mehrwertanteil im neuen Ehegüterrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel und Frankfurt am Main 1993.
- NÄF-HOFMANN, Marlies/NÄF-HOFMANN, Heinz: Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1998.
- NUSPLIGER, Isabelle: Orell Füssli Kommentar (OFK), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. überarbeitete Auflage in Kren Kostkiewicz, Jolanta/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Fankhauser, Roland (ed.), Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.
- ODENDAHL, Hanswerner: “Türk Medeni Kanunu’nun Yeni “Mal Rejimleri” Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma”, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara 2005, s.475-496.
- ÖZDAMAR, Demet/KAYIŞ, Ferhat/YAĞCIOĞLU, Burcu/AKGÜN, Aliye: Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.
- SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- STECK, Daniel/FANKHAUSER, Roland; FamKommentar (FamKomm), Scheidung, Band I: ZGB, 3. Auflage in Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland (ed.), Stämpfli Verlag AG, Bern 2017.
- SUTTER-SOMM, Thomas/KOBEL, Felix: Familienrecht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2009.
- ŞIPKA, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- TOPUZ, Gökçen: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerden Birinin Üçüncü Kişilere Borcundan Dolayı Malvarlığının Haczi”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(1), 2011, s.95-117.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch 13. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2009.
- ULUÇ, Yusuf: Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- ZEYTİN, Zafer: “Artık Değere Katılma ve Değer Artış Payı Alacağında Zamanaşımı”, (Zamanaşımı), Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, 2009, s.945-964.
- ZEYTİN, Zafer: “Değer Artış Payı, Eklenecik Değerler ve Denkleştirme Alacağı”, (Değer Artış Payı) Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, III. Dönem (17-18 Kasım 2006), İstanbul 2007, s.43-60.
- ZEYTİN, Zafer: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimindeki Artık Değere Katılma Alacağı (Veya Değer Artış Payı Alacağı) Haczedilebilir mi?”, Terazi Hukuk Dergisi, (8), 2007, s.13-20.
- ZEYTİN, Zafer: “Yasal Mal Rejiminde Katkı Alacağı ve Değer Artış Payı Alacağı İlişkisi”, (Katkı Alacağı), Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 10(36), 2011, s.299-317.

TÜRK ANAYASACILIĞININ DÜNÜ VE BUGÜNÜ

PAST AND PRESENT OF TURKISH CONSTITUTIONALISM

Ömer KESKİNSOY*  & Semih Batur KAYA** <https://doi.org/10.21492/inuhfd.812532> **Makale Bilgi**Gönderim: 19/10/2020
Kabul : 01/03/2021**Anahtar Kelimeler***Anayasacılık,
Demokrasi,
Hukuk Devleti,
Osmanlı
Anayasacılığı,
Türk Anayasacılığı.***Article Info**Received: 19/10/2020
Accepted: 01/03/2021**Keywords***Constitutionalism,
Democracy, Rule of
Law,
Ottoman
Constitutionalism,
Turkish
Constitutionalism.***Özet**

Anayasacılık hareketleri, iktidarın sınırlandırılması ve hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanması amacıyla başlamıştır. Anayasacılığın özü denge ve denetimdir. Bu yönüyle anayasacılık beraberinde hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi getirir. Değerler dizisi demokratik hukuk devleti etrafında somutlaşmaktadır. Demokratik hukuk devleti, ideal olana varma sürecinde elde edilen çok değerli ve somut bir kazanımdır. Bununla birlikte yeryüzünde uygulanabilecek iyi bir yönetimin somut görünüm biçimi olarak demokratik hukuk devletinin çok değişkenli bir denklemin niteliğinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla demokratik hukuk devleti basit ve tekil bir yapıya sahip değildir. Anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi demokratik hukuk devletini oldukça sofistike bir hale getirmektedir. Bu çalışmanın temel hedefi şudur: Türk anayasacılığı geriye mi gitmektedir? Ağır aksak işleyen bir demokrasiye ve hukuk devletine mesafeli siyasal ve hukuksal tavırlar Türk anayasacılığını bir adım ileri iki adım geri bir pozisyona düşürücü olabilir mi? Bu sorular bağlamında, son yıllarda yapılan bazı düzenlemeler dikkate alındığında yürütme erki etrafında iktidarın tekil ve tekelleşmesine yönelik bir sürecin işletiliyor olması Türk anayasacılığını adeta başa sarmıştır.

Abstract

Constitutionalism is about restriction of power and securing of rights and freedoms. In this context, there is balance and control in the essence of constitutionalism. On that sense, constitutionalism brings about a series of values such as rule of law, separation of powers and pluralistic democracy. This series of values come to existence around the democratic state of law. Democratic state of law is a very valuable and tangible achievement obtained while trying to achieve the ideal. On the other hand, it would not be wrong to classify the democratic state of law as an equation with multiple variables that reflect a concrete view of good governance that can be implemented in the world. Therefore, democratic state of law does not have a simple and singular structure. Constitutionalism and associated series of values make the democratic state of law a very sophisticated structure. Answers are sought to the following question in the present study: Is Turkish constitutionalism going back in time? Political and legal attitudes that are distant to a somehow functioning democracy and state of law caused Turkish constitutionalism in a position that is one step forward two steps back. Considering the recent developments, monopolization and singularizing of the government around executive power visibly reset the entire progress. The indistinct nature of balance and control that form the essence of constitutionalism and return of the judicial power from “judicial activism” to “judicial pacifism” in terms of human rights have been the main factors that influenced the process. In our opinion, Turkish presidential system caused political and legal system went back to the period before 1909 when changes were made in Kanun-i Esasi. However, it is required to overcome this vicious cycle. The way to achieving this goes through democratic state of law that is shaped around universal values.

I. GİRİŞ

Anayasacılık iktidarın sınırlandırılması ve hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanmasıdır. Anayasacılık hareketlerinin, mutlak monarşik devlet iktidarının tebea lehine sınırlandırılması amacıyla başladığı söylenebilir. Dolayısıyla anayasacılık hareketlerinin zirve noktası olan anayasa metinlerinin iki temel gayesi vardır: Bunlardan biri iktidarın sınırlandırılması, bununla bağlantılı olmak üzere diğeri ise hak ve özgürlüklerin güvenceye bağlanmasıdır. Başak bir ifade şekliyle anayasacılığın iki boyutu olduğu söylenebilir. Birincisi devlet iktidarının sınırlandırılması, ikincisi yönetilenlerin temel hak ve özgürlüklerinin güvenceye kavuşturulmasıdır. Devlet iktidarı ve onun muhatabı olan yönetilenler, biri diğere göre mütemmim cüz mesabesindedir. Bunların varlığı ve devamlılığı aralarındaki hassas dengenin yönetilenler lehine olacak şekilde kurulmuş olmasına bağlıdır. Çünkü devlet, yapısı gereği zaten güç merkezidir. Yönetilenin gücünün ise devlet iktidarı karşısında ziyadesiyle zayıf kaldığı malumdur. Devlet iktidarının illegal yapılardan en temel farklarından biri onun meşru olmasıdır. Meşruiyet ise halk nezdinde kabul görmüşlükle ölçülür. Meşruiyetin zayıflaması, biri diğere göre mütemmim cüz olan yönetilenler ve devlet iktidarı bakımından devletin yok oluşuna kadar gidebilir. Bu durumda, yaygın söylemiyle iktidar boşluk kabul etmeyeceğinden yönetilenler ya yeni bir devlet kurma yoluna gider ya da kurulu bir devlet yapısı altında toplanırlar. Bu bağlamda anayasacılığın özü denge ve denetimdir.

Anayasacılık beraberinde hukuk devleti, kuvvetler ayrılığı ve çoğulcu demokrasi gibi değerler dizisi getirir. Bu değerler dizisi demokratik hukuk devleti etrafında somutlaşmaktadır. Demokratik hukuk devleti, ideal olana varma sürecinde elde edilen çok değerli ve somut bir kazanımdır. Bununla birlikte yeryüzünde uygulanabilecek iyi bir yönetimin somut bir görünüm biçimi olarak demokratik hukuk devletinin çok değişkenli bir denklem niteliğinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla demokratik bir hukuk devleti basit ve tekil bir yapıya sahip değildir. Anayasacılık ve buna bağlı değerler dizisi demokratik hukuk devletini oldukça sofistike bir hale getirmektedir.

Bu çalışmanın temel amacı şudur: Türk anayasacılığı geriye mi gitmektedir? Yoksa ağır aksak işleyen bir demokrasiye ve hukuk devletine mesafeli siyasal ve hukuksal tavırlar Türk anayasacılığını bir adım ileri iki adım geri bir pozisyona düşürücü mahiyette midir? Son yıllardaki bazı düzenlemelerin, iktidarın yürütme erki etrafında tekil ve tekelleştirilmesi amacıyla yapıldığı görülür. Bu durum Türk anayasacılığını adeta başa sarmıştır.

Anayasacılığın özü olan denge ve denetimin zayıflaması, yargının insan hakları ekseninde “yargısal aktivizm”den “yargısal pasifizm”e dönüşmesi bu bağlamda başat rol oynayan etkenlerdir. Türk tipi başkanlık sistemi ile siyasal ve hukuksal sistem, kanımızca isim farklılığı dışında, Kanun-ı Esasi’deki dahi 1909 değişikliklerinin gerisine düşmüştür. Ancak bu kısır döngünün aşılması gerekir. Bunun yolu ise evrensel değerler etrafında şekillenen demokratik hukuk devletinden ve onun başat ilkelerinden taviz vermemekten geçmektedir.

Bu çalışma, öz olarak yukarıda ifade edilen nedenlere istinaden Türk anayasacılığının evrensel anayasacılık karşısındaki yerinin gözlemlenmesi sonucunda kaleme alınmıştır. Ayrıca bu çalışma ile amaçlanan bir diğ husus Türk anayasacılığının girdiği kısır döngüye dikkat çekmektir. Bu doğrultuda Türk anayasacılığı; Osmanlı dönemi anayasacılığı ve Cumhuriyet dönemi anayasacılığı olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir. Sonuç bölümünde ise Türk anayasacılığının başa sardığı ancak bu girdaptan çıkılması gerektiği vurgulanmıştır. Bilinmesinde fayda mülhaza edilen en önemli nokta şudur ki, demokratik hukuk devletinin hiçbir coğrafyada garantisi yoktur.

Başlarken Türk anayasacılığındaki değişim ve dönüşümü ve bununla bağlantılı olarak hürriyet sorununu oldukça açık bir şekilde ortaya koyan Ahmet Hamdi Tanpınar’ın sözlerini olduğu gibi almakta yarar vardır:

“Politikadaki hürriyet, bir yığın hürriyetsizliğin anahtarı veya ardına kadar açık duran kapısıdır... Ben bu kadar kendi zıddı ile beraber gelen ve zıtlarının altında kaybolan nesne görmedim. Kısa ömrümde yedi sekiz defa memleketimize geldiğini işittim. Evet, bir kere bile kimse bana gittiğini söylemediği halde, yedi sekiz defa geldi ve o geldi diye biz sevincimizden, davul zurna sokaklara fırladık. Nereden gelir? Nasıl birdenbire gider? Veren mi tekrar elimizden alır? Yoksa biz mi birdenbire bıkar, ‘Buyurunuz efendim, bendeniz, artık hevesimi aldım. Sizin olsun, belki bir işinize yarar!’ diye hediye mi ederiz? Yoksa masallarda, duvar diplerinde, birdenbire parlayan, fakat yanına yaklaşıp avuçlayınca gene birdenbire kömür veya toprak yığını haline giren o büyüüli hazinlere mi

benzer? Bir türlü anlayamadım... Nihayet şu kanaate vardım ki, ona (hürriyete) hiç kimsenin ihtiyacı yoktur. Hürriyet aşkı, ... bir nevi snobizmden başka bir şey değildir. Hakikaten muhtaç olsaydık, hakikaten sevseydik, o sık gelişlerinden birinde adamakıllı yakalar, bir daha gözümüzün önünden, dizimizin dibinden ayırmazdık. Ne gezer? Daha geldiğinin ertesi günü ortada yoktur. Ve işin garibi biz de yokluğuna pek çabuk alışıyoruz”¹.

II. TÜRK ANAYASACILIĞI

A. Osmanlı Dönemi Anayasacılığı

1. Genel Olarak

Osmanlı-Türk anayasacılığı modernleşme süreciyle yakından ilintilidir². Gerçekten de Osmanlı’dan Cumhuriyet’e modernleşme³ hareketlerinin mahiyeti ancak anayasacılık hareketlerinin tahlil edilmesiyle ortaya konabilir. Buradaki sürecin ortaya konulması toplum katmanlarının kültürel çözümleri⁴ için önemli bir dönüm noktasıdır. Zira geleneksel olarak Osmanlı’dan Cumhuriyete ilk önce toplumsal katmanlar belirli bir kimlik oluşturmuşlar⁵ ve ontoloji üzerinde anayasal tezler⁶ ortaya koymuşlardır. Bu durum hem Osmanlı anayasacılığı hem de Cumhuriyet anayasacılığı için geçerlidir. Her iki yaklaşımın kültürel kodları da anayasacılık anlayışında somutlaşmaktadır. Ancak her ne kadar kavramsal ve olgusal farklılaşmalar olsa da her iki kültür kodu organik benzeşim göstermişlerdir. Geleneksel olarak var oluşunu devlet üzerinden tanımlayan Osmanlı kültürünün devlet geleneği ve anayasacılık anlayışı Cumhuriyet dönemi anayasacılığında da sürdürülmüştür. Şimdi her iki yaklaşımın izini sürmek üzere Osmanlı ve Cumhuriyet anayasacılığının ayrıntılarına bakmak gerekir.

2. Sened-i İttifak

Osmanlı dönemi anayasacılığının 1808 Sened-i İttifak ile başlanması doktrinde üzerinde herkesin ittifak ettiği bir husustur. Çünkü devlet iktidarının sınırlandırılmasına matuf olmak üzere ve anayasacılık anlamında Sened-i İttifak bir ilk niteliğini taşımaktadır⁷. Sened-i İttifak’ta genel kazanımlar yönetici “kullar”, yoksullar ve reaya ile ilgili güvencelerdir⁸. Bunlar sadrazamın keyfi eylemlerinin yasaklanması, yoksulların ve reayanın korunması, vergilerin haksız ve ezici olmaması, reaya zulmün yasaklanması, suç işlenmesi durumunda soruşturma yapılmadan ceza verilmemesi, cezaların suça göre sadrazam tarafından verilmesi, ayaklanan kişilerin de soruşturma yapılmadan idam edilmemesi gibi noktalarda ortaya çıkar. Bu genel kazanımlardan şu sonuçlar çıkmaktadır. İlk olarak kazanımlar yalnızca Merkezi ve taşrayı değil, geneli ve kamuyu da ilgilendirmektedir. İkincisi ise genel kazanımların gözden kaçırılmaması gereken önemidir: Bu çerçevede keyfiliğin yasaklanması, kişi dokunulmazlığı, suçlarda ve cezalarda yasallık ilkesinin aranması gibi hususlar önemli kazanımlardan sadece bazılarıdır⁹. Öte yandan Sened-i İttifak’ın iki taraflı bir belge, bir misak olması da dikkat çekilmesi gereken bir olgudur¹⁰.

¹TANPINAR, Ahmet Hamdi: Saatleri Ayarlama Enstitüsü, Dergah Yayınları, İstanbul 1992, s.20-21.

²ARSLAN, Zühtü: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s.117. Ayrıca bkz. KARPAT, Kemal: Türkiye’de Siyasal Sistemin Evrimi, Çev. Esin Soğancılar, İmge Yayınları, Ankara 2007, s.8.

³Bu bağlamda bir çalışma için bkz. KAYA, Semih Batur: “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Muhafazakar ve Kemalist Modernleşmenin Gelenek ve Değişim Sarkacındaki Kültürel Devinimleri”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 5(13), 2013.

⁴Devlet ile toplum arasında, en geniş haliyle siyasal düzen şeklinde adlandırılabilir, oldukça karmaşık ilişkiler söz konusudur. İşte siyasal kurumlar denilen yapılar, söz konusu bu karmaşık ilişkiler ağını düzenlemeye; devleti yönetebilme, toplumu ise o devlet uygulamalarını bir taraftan hazmedip diğer taraftan dönüştürebilmek için gerekli araçlarla donatmaya yöneliktir. Bu nedenle bir ülkenin siyasal kurumları, onun tarihinden, toplumun sınıfsal yapısı ve kültürel dokusundan, gelişmişlik düzeyinden ve yaygın inanışlardan bağımsız değerlendirilemez. Zira bütün bu nitelikler yani anayasal, siyasal düzenin unsurları, siyaset olarak isimlendirilen eylem şeklini ve onu gerçekleştirmeye yönelik kurumları belirleyecektir. Siyasal kurumlar oluşturulurken örnek alınan ülkelerle az ya da çok farklılıklar bulunmasının nedeni de siyasal düzen unsurları arasındaki bu farklılaşmadır. SEVİNÇ, Murat: Anayasa Yazıları, İmaj Yayınevi, Ankara 2010, s.1.

⁵Nitekim “devlet mitosu”nun anayasacılık üzerinden Cumhuriyet’e aktarımı burada söz konusudur. Mardin’in belirttiği gibi devlet, kamu gibi imgeler kendine özgü saygı ve korku yaratmaya yönelik semboller olarak Cumhuriyetin yönetim sisteminde de yer aldı. MARDİN, Şerif: Türk Modernleşmesi, 20. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2011, s.356.

⁶Cumhuriyet dönemi anayasal tezler için bkz. TANÖR, Bülent: Anayasal Gelişme Tezleri, İstanbul 2008.

⁷Ayrıca bkz. PAMİR, Aybars: “Osmanlı Egemenlik Anlayışında Sened-i İttifak’ın Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(2), 2004, 61-82, s.79.

⁸AKŞİN, Sina: “Sened-i İttifak ile Magna Carta’nın Karşılaştırılması”, Tarih Araştırmaları Dergisi, 16(27), 1992, 115-123, s.118-119.

⁹TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 19. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2010, s.47.

¹⁰Sened-i İttifak her ne kadar uygulamaya geçirilmese de hukuki değer taşımaktadır. Zira Padişah ve hükümetin üzerinde “üstün bir hukuk normu” yaratmıştır. Böylelikle Osmanlı’nın ilk kamu hukuku normu olma özelliğini

Senedi İttifak bu yönüyle siyasi tarih açısından devlet iktidarının kontrol altına alınmasını ifade eder¹¹.

Çalışmanın başında ifade edildiği üzere anayasacılık hareketlerinin varlık sebebi güçlü konumdaki devlet iktidarının zayıf konumdaki yönetilenler lehine sınırlandırılmasıdır. Bu boyutuyla Sened-i İttifak devlet iktidarının sınırlandırılması amacıyla atılan ilk adımdır. Bunun yanı sıra Sened-i İttifak hem devlet iktidarının sınırlandırılması bakımından hem de Türk anayasacılık hareketlerinin başlangıç noktası olması bakımından bir milat olarak kabul edilmektedir.

3. Tanzimat Fermanı

1839 Gülhane Hattı Hümayun kişi hak ve özgürlükleri bakımından eksik ancak derli toplu ilk Osmanlı listesinin yazılı bir şekilde ilanıdır¹². Bu belge Türkiye’de hukuk devletinin ilk tohumunu atmıştır¹³. Tanınan hak ve özgürlükler arasında ilk başta kişi dokunulmazlığı ve güvenliği gelmektedir. Bu, yasadışı nedenlerle suçlanmama ve cezalandırılmama, adil ve açık usullerle yargılanma, şeref, haysiyet ve ırzın korunması gibi esasları içerir. Bu şekilde, “kanunsuz suç ve ceza olmaz”, “yargılanmadan kimseye ceza verilemez” ilkeleri benimsenmiş oluyordu¹⁴. Padişahın da örfi ceza verme yetkisinin olmadığı ilan edilmekle, bunların mahkemelere ait olduğu garanti altına alınmış oluyordu. Kişinin maddi ve ekonomik varlığının korunmasına ilişkin olarak da mal güvenliğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu bağlamda müsadere yasağı başta olmak üzere mülkiyet güvenceleri söz konusuydu. Adil ve eşit vergileme ve harcamaların denetlenmesi gibi vergilendirmede uygulanacak ilkeler de bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁵. Askerlik hizmetinin adalet ve eşitlik ilkelerine göre yeniden düzenlenmesi bir diğer yeniliktir. Can ve mal güvenliğinin teminat altına alındığı yönünde fermanla hüküm yer almaktaydı¹⁶.

Bu çerçevede Gülhane Hattı Hümayunu¹⁷ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile dikkat çekici benzerlikler içermektedir. Benzeşme ya da esinlenme kişisel dokunulmazlık ve güvenceler bakımından ortadadır. Can güvenliği ve vücut dokunulmazlığı, yasadışı sebeplerle suçlanmama, cezalandırılmama, mülkiyet güvenceleri, vergileme ve eşitlik ilkeleri gibi ilkeler bunu ortaya koymaktadır¹⁸. Ayrıca çalışmanın başında Sened-i İttifak kapsamında ifade edilenler saklı kalmak üzere, Gülhane Hattı Hümayunu ile Osmanlı devlet düzeninde ilk defa olarak padişah kendi iradesiyle kendi yetkilerini ve iktidarını sınırladığını ilan etmiştir. Bu kendi kendini sınırlama özellikle kişi hakları ile yargı ilkeleri alanında oldukça belirgindir¹⁹.

4. Islahat Fermanı

Islahat Fermanı, nitelik itibarıyla Tanzimat Fermanından farklı değildir. Dolayısıyla hukuki niteliği itibarıyla anayasa değildir. Sadece bir anayasacılık hareketidir²⁰.

Islahat Fermanı içerik itibarıyla Tanzimat Fermanında daha geniştir. Bunun yanı sıra Islahat Fermanının ilanında dış güçlerin etkisi daha belirgindir. Zira bu Fermanın ilan edildiği gün Osmanlı İmparatorluğu Paris Konferansına katılmıştır. Dolayısıyla bir nevi Batıya şirin gözükme

kazanmıştır. KARAKOÇ, İrem: “1876 Tarihli Kanun-ı Esasi’de Yürütme Organı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2006, 115-149, s.121.

¹¹İNALCIK, Halil: “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, Belleten Dergisi, XXVIII(112) 1964, 603-623, s.9603.

¹²Gülhane Hattı Hümayun’u hazırlayan etkenler için bkz. DURHAN, İbrahim: “Tanzimat Dönemini Hazırlayan Temel Etkenler Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, V(1-4), 2001, 65-89, s.65 vd.

¹³KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, s.139, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/400c3b113695644_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, (Erişim Tarihi:14.03.2018)

¹⁴Ayrıca bkz. KABOĞLU, s.149.

¹⁵İNALCIK, Halil: “Tanzimat’ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri”, Belleten Dergisi, XXVIII(112) 1964, 623-691, s.623.

¹⁶TANÖR, s.89-90.

¹⁷Tanzimat döneminin kültürel arka planı için bkz. MARDİN, Şerif: Türkiye’de Toplum ve Siyaset, 13. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2006, s.261 vd.

¹⁸KARAL Enver Ziya: “Gülhane Hattı Hümayununda Batının Etkisi”, Belleten Dergisi, XXVIII(112), 1964, 581-601, s.598. TANÖR, s.90.

¹⁹TANÖR, s.91.

²⁰DEMİRCİ, Fatih: Islahat Fermanı ve Müsâvât Meselesi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999, s.111.

boyutu da olan²¹ birtakım yenilikler ilk kez bu Fermanla ilan edilmiştir²². Bunlardan bazıları; Müslim gayrimüslim eşitliğinin açıkça ifade edilmesi ve böylece yazılı zeminde olmak üzere cemaatten bireye geçilmesi²³, azınlıklar için askerlik ve devlet memurluğu yolu açılması gibi hususlardır.

Ezcümle Islahat Fermanı Kanun-ı Esasinin eşiğine gelindiğini göstermektedir.

5. Kanun-ı Esasi

Kanun-ı Esasi hukuki yönden, padişahın tek yanlı bir işleminden doğmuş ferman nitelikli anayasa örneğidir²⁴. Ancak Tanzimat Fermanı ve Islahat Fermanı ile 1876 metni arasındaki fark çok belirgindir²⁵. Zira Kanun-ı Esasi kişisel olmayan soyut bir dille, yasa diliyle kaleme alınmış ve yazımında hukuki bir terminoloji kullanılmıştır²⁶. Metin bu yönüyle ayanların ağzından çıkmışçasına yazılan Sened-i İttifak ile padişah adına kaleme alınan Tanzimat Fermanından farklıdır²⁷. Öte yandan her ne kadar padişah asli bir organ olarak ortaya konulmuş ise de Kanun-ı Esasi’de egemenliğin kime ait olduğu açık bir hüküm ile düzenlenmemiştir.

Bununla beraber Kanun-ı Esasi’nin tek temsili ve demokratik organı sayılabilecek olan Heyet-i Mebusan, yasama faaliyetleri hususunda tam bir serbestliğe sahip değildir. Bu heyet Padişah, Meclis’i Vükela, Heyet-i Ayan ve Şura-yı Devlet’ten oluşan bir dörtgen ile kuşatılmıştır. Bu düzenin merkezini ise Padişah teşkil etmektedir. Dolayısıyla, demokratik bir yasama organı ve sürecinden söz edilmeyeceği gibi, kurulan düzeni gerçek anlamda bir meşrutiyet saymaya da imkân yoktur²⁸. Fakat mutlak monarşi dönemindeki yapıdan farklı bir durum söz konusu olmuştur²⁹. Öyle ki, meclisler padişaha karşı iradelerini kabul ettiremiyorlarsa padişah da Meclis-i Mebusan’ın benimsemediği bir konuyu yasalaştırma gücüne artık sahip değildir. Yasalaştırmada nasıl meclisler padişahın izin ve onayına bağlıysalar, padişah da yasaların oluşumunda meclislerin ve özellikle de mebusan meclisinin olumlu tutumunu beklemek zorundadır. Bu yüzden de Meclis-i Umumi genel olarak ve tek başına bir yasama erki ve organı değildir; ancak sıkı kayıtlarla da olsa yasama faaliyetine katılma hakkını haizdir. Şu hâlde ilk Osmanlı Meclisi istediğini yasalaştırabilen bir organ değilse bile, istemediğini yasalaştırmayan bir yapıya sahiptir³⁰.

Bunun yanında padişahı, tüm anayasal sistemin merkezi ve en üstün gücü olarak tanıyan Kanun-ı Esasi, onu bir de sorumsuzluk ile taçlandırmaktadır. O kadar ki padişah anayasaya bağlılık yemini dahi etmemektedir. Hâlbuki 37 yıl önce yine tek yanlı bir iradeyle ortaya çıkan Tanzimat Fermanını ilan etmiş olan bir diğer hükümdar, vermiş olduğu sözleri bir yeminle bağlamıştı³¹. O halde bu sistemin gerçekten sınırlanmış monarşi kavramına uymadığı ortadadır. Çünkü Kanun-ı Esasi’nin öngördüğü kutsallık ve mutlak sorumsuzluk ilkesi padişahı dokunulmaz hale getirmektedir. Burada yürütme yetkisini padişaha ait sayan geleneksel ve monarşik anlayış sürmekte, yasama alanında da ona geniş yetkiler tanınmaktadır. Bu yönüyle Kanun-ı Esasi kuvvetler birliğini öngörmüştür. Öyle ki öğretide ifade edildiği gibi, anayasalı dönemin Padişahı, anayasasız döneminkilerden bile daha güvencelidir³².

Öte yandan Kanun-ı Esasinin hak ve özgürlüklere hatırı sayılır derecede değiştiği

²¹ENGELHARDT: Tanzimat ve Türkiye, (Tercüme eden Ali Reşad), İstanbul 1999, s.113.

²²ERDEM, Gazi: “İlanından Yüz Elli Yıl Sonra Avrupa Birliği Müzakereleri Bağlamında Islahat Fermanı’na Yeniden Bir Bakış” Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 51(1), s.329.

²³ARMAOĞLU, Fahir: 19. Yüzyıl Siyasal Tarihi (1789-1914), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1997. s.258; ERYILMAZ, Bilal: Osmanlı Devleti’nde Millet Sistemi, İşaret Yayınları, İstanbul 1992, s.63; DEMİRCİ, s.171, 172.

²⁴Kanun-ı Esasi’de Mithat Paşanın rolü büyüktür. Bu bakımdan bkz. ÖZGÜLDÜR, Yavuz/ÖZGÜLDÜR, Serdar: “1876 Anayasası’nın Hazırlanmasında Mithat Paşanın Rolü ve Fonksiyonu”, Ankara Üniversitesi Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, (5), 1994, 311-348, s.311-348.

²⁵Gerçekten de Kanun-ı Esasi bir rastlantı sonucunda ortaya çıkmamıştır. Monarşiden anayasal düzene geçiş oldukça önemli bir dönüşüm olup Osmanlı için ciddi bir açılımdır. Bkz. FENDOĞLU, Hasan Tahsin: “1876 Anayasası veya Monarşik Modernleşme Dönemi”, http://www.hasantahsinfendoglu.com/dokumanlar/akademik/1876_ANAYASASI_VEYA_MONARSIK_MODERN_LESME_DONEMI.pdf, (Erişim Tarihi: 14.03.2018).

²⁶Kanun-ı Esasi’nin hazırlanışı için bkz. KARAKOÇ, s.126.

²⁷TANÖR, s.134.

²⁸TANÖR, s.141.

²⁹Ayrıca bkz. MARDİN, Şerif: Siyasal ve Sosyal Bilimler, 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2010, s.140-141.

³⁰TANÖR, s.141.

³¹TANÖR, s.143.

³²TANÖR, s.143-144.

söylenbilir³³. Özellikle yargı organı konusundaki ilkeler bu noktada dikkat çekicidir. Gerçekten de, bireyleri ilgilendiren yargısal güvenceler açısından Kanun-ı Esasi'nin getirdikleri hiç de azımsanacak gibi değildir. Kimsenin, yasa da belirtilen mahkemeden başka bir mahkeme önüne gitmeye zorlanamaması, bir davaya ancak ait olduğu mahkemede bakılması, mahkemelerin kendi görevlerine giren davalara bakmaktan kaçınmaması, mevcut olan belli mahkemeler dışında olağanüstü mahkemeler veya yargı kararı vermeye yetkili özel komisyonlar kurulmaması gibi esaslar, “tabii yargı yolu”, ya da “tabii hâkim” anlayışının benimsendiğini göstermektedir. Kanun-ı Esasi, yargılamaların aleniyeti ilkesini, herkesin mahkemeler önünde tüm yollardan yararlanarak kendisini ve davasını savunabilmesini, işkencenin ve her türlü eziyetin yasaklanmasını da kabul etmiştir. Öğretide belirtildiği gibi yargının statüsü ile ilgili yazılanları da dikkate alırsak, Kanun-ı Esasi'nin yargı ve yargısal güvenceler alanındaki katkısının, her şeye rağmen yine de çok önemli olduğu görülür³⁴.

6. Kanun-ı Esaside 1909 Değişiklikleri

Kanun-ı Esasi'de 1909'da oldukça önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler o denli önemliydi ki ortaya çıkan anayasal durum bugün genellikle, yeni bir anayasadan söz eder gibi, “1909 Anayasası” olarak anılmaktadır. Doktrinde belirtildiği üzere anayasa değişikliklerinden sonra, en azından teorik olarak, tam bir parlamenter monarşi için uygun bir anayasal çerçeve çizilmiştir³⁵. Bu değişiklikler neticesinde, hükümetin ve bakanların Mebusan Meclisine karşı sorumlulukları getirilmiş, yürütme işlemleri için “karşı imza” kuralına yer verilmiş ve padişahın fesih yetkisi kayıtlanmıştır. Bunlar arasında, Meclis üyelerinin kanun teklif edebilmeleri için padişahın ön izninin kaldırılması ve padişahın mutlak veto hakkının bir “geciktirici ve güçleştirici veto” yetkisine çevrilmiş olması kayda değer niteliktedir. Bununla beraber İkinci Meşrutiyet dönemindeki anayasa değişikliklerinin kimi düzenlemeleri de temel haklara ilişkindir. Bu bağlamda, sansür yasaklanmış, padişahın sürgün yetkisi kaldırılmış ve özel yazışmaların dokunulmazlığı hakkı ile dernek ve toplanma hakları anayasal güvenceye kavuşturulmuştur³⁶.

1909 değişiklikleriyle birlikte Osmanlı rejimi bir “meşrutî monarşi”ye dönüşmüştür³⁷. Doktrinde belirtildiği gibi bu tür bir düzen demokratik bir nitelik taşımaktadır. Zira bu tür bir düzende yasama yetkisi halkın temsilcilerinden teşekkül eden yasama organı; yürütme yetkisi ise yasama yetkisine dayanan hükümet tarafından kullanılır. Dolayısıyla padişahın gerek yasama gerek yürütme organına yönelik yetkileri esas itibari ile semboliktir. İşte bu nedenle 1909 değişiklikleriyle birlikte Osmanlı'nın mutlak monarşiden kesin olarak çıktığı ve sınırlı monarşi dönemine girdiği söylenebilir³⁸.

Şimdiye dek ifade edilenler çerçevesinde Osmanlı anayasacılığını değerlendirmek gerekir. Osmanlı anayasacılığı modernleşmenin bir ürünüdür. Motivasyonu hukuksal anlamda iktidarın sınırlandırılması değil siyasal ve sosyolojik olarak iktidarın ayakta kalabilmesini sağlamak olmuştur. Anayasacılığın özü olan denge ve denetim henüz ortak bir anlayış haline gelememiştir. Dolayısıyla Osmanlı anayasacılığı daha çok iktidar mücadelelerinin bir ürünüdür. Bu yüzden de anayasal kurumlar ve düşünceler istikrarlı bir gelişim göstermemiştir. Ancak bu mücadeleler insan hakları, özgürlükler, demokrasi ve hukuk devleti adına ciddi bir kavramlar bütünü miras bırakmıştır. Bu kavramlar bütünü tartışılmış olması bile oldukça önemli bir kazanımdır.

Nitekim doktrinde ifade edildiği üzere Osmanlı'nın son döneminden Cumhuriyet dönemine bu açıdan sağlam bir miras kalmamış olsa da en azından anayasal-demokratik siyaset dilinin temel kavramlarından olan temsil, meclis, muhalefet, hatta “millî hâkimiyet”³⁹ gibi modern siyasi fikirlerin doğup gelişmesinin ilk adımları atılmıştır. Gerçekten de 1920'lerin başlarına gelindiğinde demokratik meşruluk düşüncesi o denli yerleşmişti ki, o dönemin diktatöryel ve otoriter siyasetleri bile millî hâkimiyet ve millî irade gibi kavramlarla meşrulaştırılmaya

³³Ayrıca bkz. ONAN, Belkıs: “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV(4), 2011, 253-288, s.277.

³⁴TANÖR, s.147.

³⁵ERDOĞAN, Mustafa: Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, 7. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2011, s.47.

³⁶ERDOĞAN, s.47-48.

³⁷Ayrıca bkz. BİRSEL, Mahmut T., “Osmanlı İmparatorluğunun Anayasal Yapısı ve Yeni Anayasa İçin Öneriler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12, (Özel Sayı), 2010, 1185-1203, s.1196vd.

³⁸GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri (2007), 4. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2007, s.25.

³⁹Ayrıca bkz. UYANIK, Mevlüt: Osmanlı Tarihinde Parlamenter Sistem Arayışları: İslamiyet'in Belirleyiciliği Üzerine Değerlendirmeler”, Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2, 2002, 47-60, s.56.

çalışılmıştır⁴⁰. Kanımızca buradaki milli irade vurgusu özellikle saltanata alternatif bir söylem geliştirme motivasyonunun bir sonucudur.

Bu minvalde olmak üzere Arslan, Osmanlı anayasacılığının başarılı olmamasını başlıca üç nedene dayandırmaktadır. Bunlar kendi içerisinde kontrol ve denge mekanizmaları içeren, otoritenin dağınık vaziyette olduğu geleneksel siyasi yapının yıkılması ve yerine merkezîyetçi bir yapının kurulması, yukarıdan aşağıya ve seçkin bir modernleşme modelinin izlenmesi sonucunda yaygın halk katılımının dışlanması ve reformcuların militarist bir zihniyete sahip olması olarak belirtilebilir⁴¹.

B. Cumhuriyet Dönemi Anayasacılığı

1. 1921 Anayasası Dönemi

Osmanlı devlet düzeni bakımından mutlak monarşiydi. Padişahın yetkilerini sınırlandıracak yazılı hukuk normları manzumesi ve bu normları etkin hale getirecek hukuki mekanizmalar yoktu. Tüm devlet yetkileri padişahın elinde toplanmıştı. Ancak yine de teorik olarak padişahın bu yetkilerini şeriat kurallarına göre kullanması gerekiyordu. Bununla beraber padişahın eylem ve işlemlerinin şeriata uygunluğunu etkili bir şekilde denetleyecek bir mekanizma kurulmuş değildi. Üstelik şeriatta kamu hukukuna yönelik kurallar pek az olduğundan, bu tür bir denetlemeye zaten imkân bulunmamaktaydı⁴². Fakat 1808 Sened-i İttifak'tan 1909 Kanun-ı Esasi anayasa değişikliklerine varan devlet iktidarının sınırlandırılmasına yönelik bir birikim söz konusuydu.

İşte bu birikim üzerine milli mücadele döneminde 20 Ocak 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ihdas edildi⁴³. 24 maddelik kısa bir anayasa olan 1921 Anayasası Kanun-ı Esasi'yi resmen ve açıkça ilga etmiyordu. Ancak 1921 Anayasası Kanun-ı Esasi'den bütünüyle olmasa da temel noktalar itibarıyla ayrılmaktaydı. Burada getirilen en önemli yenilik şüphesiz milli egemenlik ilkesidir. 1921 Anayasasının 1. maddesine göre; *“Hakimiyet bilakayd ü şart milletindir. İdare usulü halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenittir”*⁴⁴. Getirilen milli egemenlik ilkesi devlet iktidarının sınırlandırılmasında çok önemli bir aşamadır. Zira iktidarın kaynağı padişahın şahsında bütünleşmiş ve gökyüzünde bulunan konumundan yeryüzüne indirilmiştir. Böylece devlet iktidarı bir yandan sekülerleşmiş bir yandan da sınırlandırılmasına yönelik bir ortam hazırlanmıştır. Zira eski haliyle aşkın olan bir olgu olarak devlet iktidarının sınırlandırılması ve denetlenmesi mümkün değildi.

Ancak bu kısa anayasanın da temel kimi sorunları bulunmaktaydı. Her şeyden önce bu kısa anayasada kuvvetler ayrılığı söz konusu değildi. Yasama ve yürütme kuvvetleri mecliste toplanmaktaydı. Anayasanın 2. maddesine göre *“İcra kudreti ve teşrii salahiyeti milletın yegâne ve hakiki mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder”*. Yine 3. maddede *“Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti ‘Büyük Millet Meclisi Hükümeti’ unvanını taşır”*⁴⁵. Dolayısıyla 1921 Anayasası bir “meclis hükümeti” kurgulamaktadır⁴⁶. Bununla beraber 1921 Anayasası bir devlet başkanlığı makamı da öngörmemiştir. Ancak devlet başkanına ait olması gereken kimi görev ve yetkilerin Büyük Millet Meclisi Başkanı tarafından yürütülmesi kabul edilmiştir⁴⁷.

Burada hükümet tarzına ve niteliğine ilişkin bir değerlendirme yapmak gerekir. Anayasa hukuku öğretisi hükümet sistemlerini sınıflandırırken, kuvvetler arasındaki ilişkiyi, daha doğrusu yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbiriyle olan ilişkilerini⁴⁸ ölçüt olarak kabul etmektedir. Buna göre, yasama ve yürütme kuvvetlerinin aynı iradede toplandığı rejimler “kuvvetler birliği” rejimleri, bu kuvvetlerin ayrı organlara verildiği rejimler de “kuvvetler ayrılığı” rejimleri olarak

⁴⁰ERDOĞAN, s.54-55.

⁴¹ARSLAN, s.128-130.

⁴²ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.25.

⁴³1921 Anayasasının hazırlanışı için bkz. SEVİNÇ, s.4 vd.

⁴⁴KİLİ, Suna/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2000, s.100.

⁴⁵KİLİ/GÖZÜBÜYÜK, s.100.

⁴⁶ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2012, s.23.

⁴⁷1921 Anayasası madde 9'a göre “Büyük Millet Meclisi Umumiyesi tarafından intihap olunan reis bir intihap devresi zarfında Büyük Millet Meclisi Reisidir. Bu sıfatla Meclis namına imza vazına ve Heyet-i Vekile mukarreratını tasdika salahiyettardır. İcra Vekilleri heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi vekiller heyetinin de reis-i tabiidir.” KİLİ/GÖZÜBÜYÜK, s.101.

⁴⁸Şüphesiz yargı her durumda bağımsız ve tarafsız olmalıdır.

tanımlanmaktadır. Kuvvetler birliği söz konusu iki kuvvetin ya yürütme organında ya da yasama organında birleşmesi suretiyle gerçekleşebilir. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin yürütme organında birleşmesi, mutlak monarşilerde ve diktatörlüklerde söz konusu olur. Bu iki kuvvetin yasama iradesinde birleşmesine ise, meclis hükümeti⁴⁹ adı verilir⁵⁰. İşte 1921 Anayasası ortaya koyduğu karakteriyle kuvvetler birliği sınıfında yer almaktadır ve meclis hükümeti sistemini öngörmektedir.

Öte yandan 1921 Anayasasında yargı organının görev yetkileri düzenlenmemiştir. Doktrinde ifade edildiği üzere yargı hususunda 1876 Kanun-ı Esasinin hükümlerinin yürürlükte olduğu düşünülebilir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Kanun-ı Esasiyi resmen ilga etmemiştir. Bu nedenle Kanun-ı Esasinin 1921 Anayasasına aykırılık oluşturmayan düzenlemelerinin geçerliliğini koruduğu çıkarımını yapmak mümkündür. Fakat uygulama tam tersi yönde tezahür etmiştir. Zira bu dönemde yargı yetkisinin de Meclis'in elinde olduğu düşüncesi egemen olmuştur. Gerçekten de söz konusu bu dönemin olağanüstü koşulları altında “istiklal mahkemeleri” kurulmuştur. Üstelik bu mahkemelerin üyeleri Meclis tarafından kendi üyeleri arasından seçilmiştir. Dolayısıyla bu mahkemelerin oluşum tarzı, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesine ve tabii hâkim güvencesine tamamıyla aykırıdır⁵¹. Şu hâlde 1921 Anayasasında yargıya ilişkin bir hukuk boşluğu söz konusudur. Yargılama ve onun ilkeleri tamamıyla göz ardı edilmiş ve *de facto* bir durum oluşmuştur.

2. 1924 Anayasası

1924 Anayasası meclis hükümeti sistemi ile parlamenter rejim arasında karma bir rejim benimsendiğine dair düzenlemeler getirmiştir⁵². Gerçekten de Anayasada her iki hükümet şekline has özellikler bulunmaktadır⁵³. Gözler ve Özbudun doktrinde bu karma sisteme “kuvvetler birliği ve görevler ayrılığı sistemi” demektedir⁵⁴. Ancak genel olarak bakıldığında 1924 Anayasasında da kuvvetler birliği söz konusu olmuştur. Zira bu anayasa egemenliğin kullanılması yetkisini TBMM'nin tekelinde tutmuş, icra ve yargı organları arasında paylaşmamıştır. Doktrinde yazarların çoğu da Anayasanın kuvvetler birliğine yer verdiğini ifade etmektedir⁵⁵. Ancak kuvvetler birliği burada, 1921 Anayasası gibi homojen bir şekilde olmayıp, heterojen nitelik taşıyan bir şekle büründüğü, yürütmeye yönelik hükümlerden kolayca anlaşılmaktadır. Bir diğer ifade ile 1924 Anayasasında kuvvetler birliği, Anayurt'un tabiriyle “gevşek” bir şekle sokulmuştur⁵⁶. Ancak anayasa her ne kadar kanunların anayasa uygun olması gerektiğini belirtmişse de bu noktada bunun denetimini sağlamak üzere bir anayasa mahkemesini öngörmemiştir. Dolayısıyla burada anayasa bir anlamda kuvvetlerin yasamada toplanmasının bir gereği olarak Meclis'in mutlak üstünlüğüne yer vermiştir. Bu durum, anayasanın kendisi liberal bir felsefe taşısa da⁵⁷, onun en zayıf yönünü teşkil etmektedir. Zira Meclis'in üstünlüğü ve denetimsizliği, uygulamada temel hak ve özgürlüklerin çoğunluğun iadesine terk edilmesi sonucunu doğurmuştur⁵⁸.

1924 Anayasası demokratik bir ruha sahip olmakla birlikte, bu, “çoğulcu” demokrasi değil, “çoğunlukçu”⁵⁹ demokrasi anlayışını yansıtmaktadır⁶⁰. Köklerini Rousseau'nun genel irade görüşünden alan çoğunlukçu demokrasi anlayışı⁶¹, kısaca genel irade ya da milli irade olarak adlandırılan çoğunluk iradesinin daima kamu iyiliğine yöneldiği; zira çoğunluğun çıkarları ile

⁴⁹SEVİNÇ, s.5.

⁵⁰ÖZBUDUN, s.28.

⁵¹GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 17. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2014, s.25-26.

⁵²Ayrıca bkz. SEVİNÇ, s.13.

⁵³ÖZBUDUN, s.31; GÖZLER, 2007, s.1.

⁵⁴GÖZLER, s.31.

⁵⁵Bkz. ANAYURT, Ömer: “1924 Anayasası'nda Meclis-Yürütme İlişkileri”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, 13, (39), 1997, <http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-39/1924-anayasasinda-meclis-yurutme-iliskileri>, (erişim Tarihi: 20.03.2018).

⁵⁶ANAYURT, a.g.e.

⁵⁷KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s.109.

⁵⁸ANAYURT, Ömer: “1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7, (1-2), 2003, 1-21, s.2.

⁵⁹DİNÇKOL, Bihterin: “1924 Anayasası Döneminde Siyasal Muhalefet”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/273373>, (erişim Tarihi:15.03.2018).

⁶⁰Çoğunluk ilkesinin anayasacılık açısından bir değerlendirmesi için bkz. TURHAN, Mehmet: “Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 50, (1), 1995, s.401-413.

⁶¹DİNÇKOL, s.340.

toplumun genel çıkarlarının hiçbir zaman çatışmayacağı noktasından hareket eder⁶². Rousseau'nun deyimiyle genel irade “yanılmaz” niteliktedir. Ancak bunun neticesi sınırsız çoğunluk yönetimidir⁶³, Bununla beraber Özbudun'un belirttiği gibi demokrasi, salt bir çoğunluk yönetimi şeklinde tanımlansa dahi, yine de demokratik bir rejimde azınlık haklarının çoğunluğa karşı korunması ilkesinden vazgeçilemez. Çünkü toplum iradesinin gerçek anlamda belirebilmesi için, çeşitli görüşlerin özgür bir şekilde ifade edilebilmesi ve tartışılabilmesi gerekir. Yalnızca kamuoyunun bu şekilde serbestçe oluşabileceği bir toplumda, çoğunluk iradesi özgür olarak ortaya çıkabilir. Bu durum da azınlıkların haklarının garanti altına alınmasını gerektirir. Aksi takdirde, belirli bir andaki çoğunluğun görüşü her zaman için topluma hâkim hale getirilmiş ve bugünkü azınlığın yarınki çoğunluk haline gelmesi ortadan kaldırılmış olur⁶⁴. Böyle bir durum ise Zürcher'in deyimiyle “huzursuz bir demokrasi” ile sonuçlanır⁶⁵.

Gelinen noktada belirtmek gerekir ki, Cumhuriyet rejiminin idealleri Batı yanlısı modernist seçkinlerin gelenekçi karşıtlarına karşı zaferinin sembolü olan yeni bir anayasada cisimleşmiştir⁶⁶. Bu bakımdan neredeyse yarım yüzyıl boyunca yürürlükte kalan 1876 Kanun-ı Esasi, Osmanlı siyasal kültürü ve gelenekleri ile Avrupa anayasal monarşisinin ilkelerini uzlaştırmaya çalışmıştı. Bu nedenle Kanun-ı Esasi, o zamanın Osmanlı toplumunun toplumsal ve kültürel gelenekleriyle olduğu kadar modernist politik özlemleriyle de oldukça uyuşmaktaydı.

1921 Anayasası savaş koşullarında hazırlanmıştı ve çoğunluk tarafından paylaşılan özgürlük, bağımsızlık ve halk egemenliğini belirtmekteydi. 1876 Anayasası gibi 1921 Anayasası da gücünü belli bir oranda ulusal kültürde bulunan köklerinden ve ülkenin şartlarından alıyordu. Bunun aksine 1924 Anayasası ise iktidardaki seçkinlerin tasarlayıp yorumladıkları biçimiyle⁶⁷, geleceğe ayarlanmış bir değişim ve dönüşüm aracı olarak hazırlanmıştı⁶⁸. Bu çerçevede 1924 Anayasası halefi olduğu anayasalara göre devrimci yönü baskın olan bir anayasadır. Kaldı ki, 1924 Anayasası dönemindeki gelişmeler ve Anayasada yapılan köklü değişiklikler bu yargıyı destekleyici niteliktedir. Bu manada; 1928 yılında, Devletin dinin İslam Dini olduğuna dair düzenlemenin Anayasadan çıkarılması, 1937 yılında lâikliğin Anayasal dayanağa kavuşturulması, 1946-1950 yılları arasında çok partili siyasal hayatla ilgili gelişmeler ve açık oy gizli sayım ve döküm yerine gizli oy açık sayım ve döküm esaslarına göre seçimlerin yapılması hususları sayılabilir.

3. 1961 Anayasası Dönemi

1961 Anayasası maddi ve şekli olarak tam anlamıyla bir anayasadır. Anayasanın özellikle ikinci maddesi 1961 Anayasasının karakterini oldukça net bir biçimde ortaya koymaktadır. İkinci maddeye göre “*Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıç'ta belirlenen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.*” Bu ifadede Anayasanın karakterini belirleyen çok önemli temel ilkeler bulunmaktadır. Her şeyden evvel bu maddeye göre önce devlet insan haklarına dayanmaktadır. Bu diğer anayasalara nazaran fevkalade paradigmal bir değişimi beraberinde getirmektedir. İnsan hakları insanların doğuşlarında beraberinde getirdikleri hak ve özgürlüklerdir. Kısaca hak, bireylere hukuk düzenince tanınmış yetki olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan, doğal olarak şu netice ortaya çıkar: Hakkı olan birey, sahip olduğu hakka dayanarak öteki bireylerin, kendi hakkına saygı göstermesini bekleyebilir ve bu beklentisinin hukukça desteklenmesi ve korunması gerekir⁶⁹. İşte burada devletin temeli insan haklarına dayandırılarak en üst düzeyde hukuksal güvence sağlanması amaçlanmıştır.

⁶²Bu anlayış çok partili yaşamda özellikle DP ile CHP arasındaki ilişkilerin gerginleşmesinin ardından, DP'nin elinde daha sonra patlayan bir “silah” olmuştur. Dolayısıyla da özellikle 1957 seçimlerinin ardından Anayasanın kimi frenlerden yoksun olduğu savı sıkça savunulmuş ve muhalefet, sonrasında 1961 Anayasasını hazırlayanlara rehberlik edecek önerilerde bulunmuştur. SEVİNÇ, s.13.

⁶³ÖZBUDUN, s.34.

⁶⁴ÖZBUDUN, s.34.

⁶⁵ZÜRCHER, Eric Jan: Modernleşen Türkiye'nin Tarihi, 24. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2009, s.323 vd.

⁶⁶KARPAT, Kemal: Türkiye'de Siyasal Sistemin Evrimi, Çev. Esin Soğancılar, İmge Yayınları, Ankara 2007, s.34-35.

⁶⁷Bu bakımdan 1924 Anayasasının Cumhuriyet modernleşmesi üzerindeki etkileri oldukça çoktur. Bu bağlamda bir çalışma için bkz. AKIN, Fehim: “1924 Anayasasının Modernleşme Açısından Anlamı”, Sosyal Bilimler Dergisi, <http://www.sbd.aku.edu.tr/VIII3/fakin.pdf>, (Erişim Tarihi:14.03.2018).

⁶⁸KARPAT, s.35.

⁶⁹AYBAY, Rona: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015, s.3. 1961 Anayasasına hakkın özü ve bunun sınırlandırılması için ayrıca bkz. ÖRÜCÜ, Esin: “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özünü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özünü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 41(3-4), 1975, s.145-161.

Zaten 1961 Anayasasının önemli bir katkısı da daha önceki anayasalarla mukayese edildiğinde, oldukça kuvvetli bir temel hak ve özgürlükler rejimi oluşturmuş olmasıdır⁷⁰. Gerçekten de Anayasa devlet ve toplum-birey ilişkilerinde esas duyarlılık ve endişeyi ikincilerin korunması konusunda göstermiştir. Anayasasının felsefesinden yapılanmasına kadar çeşitli kademelerden bu durum açık bir şekilde anlaşılmaktadır⁷¹. Devletin nitelikleri sayılırken de herhangi bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın “insan haklarına bağlılık” ön planda gelmektedir. Böylelikle 1961 Anayasasına göre “hak ve özgürlük” devletin temel nitelik ve görevlerindedir⁷², devletin devlet olma ya da farklı ifade şekliyle kuruculuk vasfına yönelik bir şeydir. Bu bağlamda özgürlük esas müdahale istisnadır ve devlet iktidarı da buna saygı göstermekle yükümlüdür⁷³. Buradaki özgürlüğün iki açıdan tanımlandığı söylenebilir. İlki, var olanın korunmasıdır: Zira Anayasaya göre “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir (m. 10/1). İkincisi özgürlük korunması ve güvenceye bağlanması gerekli bir nesnedir. İşte devlet de tam burada “özgürleştirici” rol oynamalıdır. Anayasasının dibacesinde yer alan düzenlemelere göre “demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak” (Başl. Parag. 5), insanın ve özgürlüğün gelişmesi için “siyasi ve sosyal bütün engelleri kaldırmak ve gerekli şartları hazırlamak” (m. 10/2) da devletin ödevlerindedir. Yani devlet yalnızca saygı göstermekle kalmaz, özgürlüğü gerçekleştirici koşulları hazırlaması gerekir. Nitekim Anayasasının sosyal devlet, sosyal adalet ilkeleri ve sosyal haklar sistemi de bu anlayışın somutlaşmasıdır⁷⁴. Sosyal ve ekonomik hakların tanınmasıyla çağdaş özgürlükçü anlayış benimsenmiştir⁷⁵.

Bununla beraber 1961 Anayasasının demokratik hukuk devleti niteliğine de değinmek gerekir. Hukuk devletinin en önemli yönlerinden birisi hukukun üstünlüğünün sağlanmasıdır. Hukukun üstünlüğü, yasama ve yürütme işlemleri karşısında son sözü hukukun söylemesi, bir diğer anlatımla devlet iktidarının hukukla sınırlı olması demektir. Daha önceki anayasalardan farklı olarak 1961 Anayasası, hukukun üstünlüğünü sözde bırakmamış, Anayasa Mahkemesi gibi mekanizmalara yer vermek suretiyle bunu hayata geçirici düzenlemeler de getirmiştir.

Devletin yasama, yürütme ve yargı iktidarları, hukukla sınırlandırıldığı sürece bireyin temel hak ve özgürlükleri, devlet iktidarı karşısında güvenceye bağlanmış ve keyfi yönetim önlenmiş olur⁷⁶. Hukuk devleti, hukuka bağlı ve hukukla boyunduruk altına alınmış bir devlettir. Bu tür bir devlet kendi isteğiyle değil, özgür ve eşit insanların yasalar aracılığıyla bir araya gelerek oluşturdukları bir devlettir. Böylece sadece hukukun bağlayıcılığı ve özgürlük teminat altına alınmış olmaz. Bunun yanı sıra hukuk devletinin formel ve maddi boyutu da açığa çıkmış olur⁷⁷.

Öte yandan 1961 Anayasası devlet iktidarını oldukça etkin bir şekilde bölüştürmüştür⁷⁸. Türkiye’de bu döneme kadar hâkim olan yapı, kuvvetlerin tek elde birleşmesi, dolayısıyla devlet iktidarının belirli bir kesiminde temerküz ettirilmesi şeklindedir. 1961 Anayasasının selefi olan Anayasasının teorisinde görünürde meclis, gerçekte ise tek partiden güç alan hükümet, en etkin ve aktif güç merkezi olarak öngörülmüş, devlet yetkileri parti bünyesinde temerküz ettirilmiştir. Dolayısıyla devlet çatısı altında siyasal faaliyet gösteren bir partiden ziyade parti devleti görüntüsü hâkimdi. Bu durum sadece teorik düzeyde kalmamış icraata da geçirilmiştir. Hâlbuki olması gereken; partinin devleti ya da parti devleti olmak değil, devletin ve onun vatandaşlarını temsil eden halkın partisi olmaktır. Zira biraz önce ifade edilenlerle adeta özdeşleşen tek parti veya iktidar partisi oligarşileri kuvvet yoğunlaşmasından başka bir anlam ifade etmez hale gelmişti. ,

⁷⁰KAPANİ, s.117-118.

⁷¹TANÖR, Bülent: İki Anayasa, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 1991, s.25.

⁷²SOYSAL, Mümtaz: “Haklar ve Özgürlükler Bakımından 1961 Anayasasının Evrensel Anlamı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 24(1), 1969, 91-94, s.92.

⁷³TANÖR, s.25.

⁷⁴TANÖR, s.26.

⁷⁵KAPANİ, s.121.

⁷⁶ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, 2001-2, 29-68, s.30.

⁷⁷ARNAULD, Andreas von: “Hukuk Devleti”, Çev. Arslan Topakkaya, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 2014, s.716.

⁷⁸Ayrıca bkz. KAPANİ, s.116. Burada kuvvetler ayrılığının altını çizmek gerekir. SAVCI, Bahri: “1961 Anayasasının Müdür Prensiplerine ve Müesseselerine Mukayeseli Kısa Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 19(3), 1964, 11-36, s.22.

1961 Anayasasının ikinci büyük katkısı da devlet iktidarının ve egemenliğin kullanılmasının çeşitli organ ve kurumlar arasında dağıtılması ve bunlar arasında karşılıklı fren ve dengelerin⁷⁹ oluşturulmasıdır⁸⁰. Bu döneme kadar teorik ve uygulama olarak TBMM’nde birleşen yasama ve yürütmeyi, yumuşak bir kuvvetler ayrılığı biçiminde ikiye ayrılıp organlar belli organlar arasında paylaştırılması bunun ilk adımıdır. Ayrıca meclis artık egemenliği kullanan tek iktidar alanı değil, bunlardan yalnızca bir tanesidir. Bununla beraber kullandığı yasama yetkisi açısından da yargı denetimine, Anayasa Mahkemesi denetimine, tabi tutulmuştur⁸¹. Yasama ve yürütme iradeleri arasında, nispeten birincisi kayırlmakla beraber birbirlerini dışlamak ve yok saymak olanağı bırakmayan bir iş birliği ve denge oluşturulmuştur. Çoğunluk, yani iktidar ile azınlık, yani muhalefet ilişkileri de ikincisinin korunması biçiminde bir yenilik göstermektedir. Ayrıca yürütme içinde de yekparelik ve merkeziyetçilik yumuşatılmıştır. Gerçekten de yerel yönetimler, yerinden yönetim usulleri anayasal güvenceleri açısından sağlamlaştırılmış, özerk kuruluşlar yürütmenin yekpareliğini demokratik yönde yumuşatmıştır. Yasam organı da iki meclisli hale getirilerek ikiye bölünmüş, Senato’nun içerisinde genel oydan gelmeyen kimi “dengeler” konmuştur⁸². Böylece 1961 Anayasasıyla hukuk devleti olmanın asgari gereklerini yerine getiren düzenlemeler yapılmış ve 1924 Anayasasında farklı olarak sadece hukukun üstünlüğüne vurgu yapılarak bunun sözde bırakılması yerine fren ve denge mahiyetinde hukukun üstünlüğünün pratiğe döküldüğü mekanizmalara da yer verilmiştir.

Bu çerçevede kuvvetler ayrılığının en önemli yönlerinden biri yargı organının statüsüdür. Gerçekten de bu Anayasada yargı güçlendirilmeye çalışılmıştır⁸³. 1961 Anayasası, siyasal karar organlarının yargı organı üzerinde etkisinin önlenmesine, buna karşılık yargının bunları denetlemesi esasına dayanır⁸⁴. “Etkinin önlenmesi” olayı yargı bağımsızlığı ve güvencelerin sağlanmasıdır ki, bu alanda anayasasının en önemli katkısı, yargıçların tüm özlük işlerine bakmakla yetkili Yüksek Hâkimler Kurulu’nu getirmiş olmasıdır. Bu alandaki ikinci büyük yenilik de “tabii hâkim ilkesi”nin getirdiği güvencedir. Yargının siyasal karar organlarını denetleyebilmesindeki radikal katkılar ise Anayasa Mahkemesinin kurulması ile idarenin tüm eylem ve işlemlerinin Danıştay’ın denetimine tabi tutulması suretiyle sağlanmıştır. Bunlar “demokratik hukuk devleti” ilkesinin en temel gerekleri ve güvenceleridir⁸⁵.

1961 Anayasası daha önceki anayasalara göre demokratik hukuk devletine oldukça uygun araç ve ilkelerle donatılmıştır. Bu durumun birkaç sebebi vardır. Her şeyden önce Anayasa’da sistematik açıdan hak ve özgürlükler etraflı bir şekilde düzenlenmiştir. Hak ve özgürlükler Anayasasının karakteristik yapısını oluşturmaktadır. Bu Anayasaya göre özgürlük esas sınırlandırma istisnadır. 1961 Anayasasında hak ve özgürlüklerin geniş ve ayrıntılı tutulması Anayasasının bütününden de anlaşıldığı gibi bir “tepki” Anayasası olmasından ileri gelmektedir. İkinci olarak kuvvetler ayrılığı ciddi ve tutarlı bir şekilde Anayasasının bütününe işlenmiştir. Bu durum 1961 Anayasasının anayasacılığın özünü doğruya yakın kavramış olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasacılık, devlet iktidarının sınırlandırılmasını ve bireyin hak ve özgürlüklerini korumayı hedefler. Bu bakımdan anayasacılığın özü denge ve denetimdir. Gerçekten de 1961 Anayasası iki meclisli yapısıyla, Anayasa Mahkemesini öngörmesiyle, idarenin yargısal denetimiyle bir bütün olarak denge ve denetime ayrı bir önem vermiştir. Zira 1961 Anayasasının daha önceki anayasalara, özellikle 1924 Anayasasına tepki olması hasebiyle ve onlar dönemindeki sorunları önlemek amacıyla mevzu bahis düzenlemelere anayasada yer verilmesi bir zorunluluk haline gelmiştir. 1961 Anayasası egemenliğin kullanılması yetkisi ve onun somutlaştığı iktidarı parçalamış ve siyasal iktidarı belirlemiş, dengelemiş ve denetlemiştir. Üçüncü olarak 1961 Anayasası çoğulcu demokrasiyi benimsemiştir. Böylece Anayasa yalnızca düşünsel ve kurumsal olarak bir teminat kurmakla kalmamış gerek iktidarlar arasında yatay olarak

⁷⁹KAPANİ, s.116.

⁸⁰TANÖR, s.23.

⁸¹1924 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin güvence altına almak bakımından ne kadar zayıf idiye, 1961 Anayasası tam aksine o denli güçlüdür. Denebilir ki, siyasal iktidarın yetki taşmalarını önlemek ve özgürlükleri korumak için anayasa tekniğinde şimdiye kadar tanınan ve bilinen belirli başlı ne kadar kurum varsa (Anayasa Mahkemesi, İkinci Meclis, Yüksek Hâkimler Kurulu, İdarenin Yargısal Denetimi) hemen hepsi yeni Anayasaya alınmıştır. KAPANİ, s.126.

⁸²TANÖR, s.23.

⁸³ÖZKUL, Fatih: “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2016, 201-263, s.221.

⁸⁴TANÖR, s.24.

⁸⁵TANÖR, s.24.

gerek birey, toplum ve devlet ilişkilerinde dikey olarak çoğulculuğu vurgulamıştır. Bu yönüyle 1961 Anayasası demokratik hukuk devletine yakışır, özgürlükçü ve çoğulcu demokrasiden yana hükümler ihtiva eden bir anayasadır.

1961 Anayasasının kısa ömürlü olmasının en temel iki gerekçesi olduğu ifade edilebilir. Bunlardan birincisi Anayasanın askeri vesayetini eseri olarak şekillendirilmesidir. İkincisi ve daha önemlisi olduğunu ifade edebileceğimiz gerekçe ise bu Anayasanın meşruiyet sorunudur. Türk anayasacılık tarihinde 1961 Anayasasının bir dönüm noktası teşkil etmesi onun kusursuz bir anayasa olduğu anlamına gelmez. Zira bu Anayasa her şeyden evvel askeri vesayetinin ürünüdür. Lakin 1961 Anayasasının en önemli avantajı selefi olan Anayasanın kötü olmasıdır. Başka bir ifade şekliyle Anayasacılık tarihimizde 1961 Anayasasının bir kırılma noktası olarak kabul edilmesinin sebebi mukayese edildiği 1924 Anayasasının daha kötü bir Anayasa olmasından kaynaklanmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 1961 Anayasasının kısa ömürlü olmasının asıl gerekçesi ise bu Anayasanın meşruiyet sorunudur. Başka bir ifade şekliyle halka mal edilemeyişidir. Şöyleki bu Anayasanın hazırlanmasında oldukça aktif rolü olan Temsilciler Meclisinin kahir ekseriyeti CHP, çok azı ise ÇKMP üyeleri arasından belirlenmiştir. Dolayısıyla halk nezdinde önemli bir karşılığı olan DP üyeleri dışlanmıştır. Bu durum, siyasette asıl gayenin oy devşirme olmasından mütevellit, sağ cemahtan yer alan partilerin, hususiyile Adalet Partisinin 1961 Anayasasını CHP'nin Anayasası olarak halka lanse etmelerine yol açmıştır. Maalesef, kurt dumanlı havayı sever ya da siyaset boşluk kabul etmez ifadeleri gereği 1971 ve 1973 Muhtıralarıyla Anayasada değişiklikler yapılarak askeri vesayet güçlendirilmiş ve militan demokrasinin temelleri atılmıştır. Ezcümle bu gelişmeler perşembenin gelişi çarşambadan belli olur misali 12 Eylül 1980 İhtilaliyle 1961 Anayasası dönemini sona erdirmiştir.

4. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası 12 Eylül 1982 ihtilali sonrası, kurucu meclis tarafından hazırlanmıştır. Halkoyuna sunulması süreci dahil yaklaşık iki buçuk yıllık bir süreç sonucu 1982 Anayasası ortaya çıkmıştır. 1982 Anayasasının yapılış süreci ve bu süreçteki gelişmeler, halkoyunda evet demeyi mecbur hale getirici niteliktedir. Dolayısıyla 1982 Anayasasının ortaya çıkışının evveliyatından itibaren sonuçlanmasına kadarki süreç oldukça antidemokratiktir. Hatta 1982 Anayasasının halkoyuna sunulması bakımından, her ne kadar ismi halkoylaması olsa da cismi plebisit olan bir referandum sürecinin işletildiğini, hakeza sonucu önceden belli olan bir süreçte dair sadece prosedürün tahakkuk ettirilmesinden ibaret bir oylamanın yapıldığını ifade etmek çok fazla abartı olmayacaktır. Çünkü işin ucunda Cumhurbaşkanlığı olduğu için Kenan Evren'in adeta sopayı eline alıp ülkeyi karış karış dolaşarak Anayasaya evet denmesini dikte ettiği görülmektedir.

Ayrıca, 1961 Anayasasından farklı olarak 1982 Anayasasının kabul edilmemesi halinde ne yapılacağı belirtilmemesi, en kötü sivil iktidar en iyi askeri yönetimden daha iyidir fikrinin kamuoyunda yerleşmesini sağlamıştır. Belirtilmelidir ki, bu amaçla olduğu şüphelerinin haklılığı karşısında 1982 Anayasasının hazırlanması sürecinin iki buçuk yıl sürmüş olması bir tesadüf değildir. Hayır oylarının şeffaf zarflara konulması ve benzeri birçok husus dikkate alındığında, halkoylaması bakımından sanki sivil yönetime geçiş için kaçırılmaması gereken bir fırsat ortamı doğmuş gibi hava oluşturulmuş ve neticesi de alınmıştır. Zira 1982 Anayasasının halkoyu sonucu kabul oyları %92'ye yakındır. Bunun sebebinin Anayasanın mükemmelliğinden kaynaklanmadığını ifade etmek herkesin yapabileceği bir çıkarımdır.

1982 Anayasası Türk anayasaları içinde en kazuistik, Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları içinde ise en sert olanıdır. Bunların yanı sıra 1961 Anayasasında 1971 ve 1973 muhtıralarıyla yapılan değişiklikler gereği devlet yönetimi bakımından kurulmaya ve kabul ettirmeye çalışılan zihniyet dönüşümü 1982 Anayasasıyla zirveye taşınmıştır. Zira bu Anayasada, olağanüstü hallerin sayısının artırılması, temel hakların durdurulması, Devlet yönetiminin her noktasında Cumhurbaşkanının emniyet sübabı işlevi görmesine yönelik düzenlemelerin gayet ince bir şekilde işlenmesi söz konusu olmuştur. Şöyle ki 1982 Anayasasının ilk şekli itibarıyla temel haklar bakımından genel sınırlama sebepleri korunmuştur. Aynı şekilde Milli Güvenlik Kurulunun etkinliğine dokunulmamıştır. Bunlara ilave olarak; Cumhurbaşkanının üniversiteler üzerindeki etkisinin sağlanması amacıyla Yükseköğretim Kurulu üyelerini ve rektörleri seçeceği hususları Anayasaya işlenmiştir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamını seçeceğinin Anayasaya işlenmesiyle Cumhurbaşkanının yasama üzerindeki etkinliği pekiştirilmiştir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin tamamını seçme yetkisinin Cumhurbaşkanına verilmesi suretiyle ise yargı üzerindeki nüfuz belirginleştirilmiştir.

1982 Anayasasıyla ilk kez kurulan Devlet Denetleme Kuruluna, Türk Silahlı Kuvvetleri ve

yargı hariç, Cumhurbaşkanının istemiyle bütün kamu kurum ve kuruluşları ve kamu meslek kuruluşları ile sendikalar ve üst kuruluşları üzerinde inceleme araştırma yetkisinin tanınması yoluyla bu yerler üzerinde Cumhurbaşkanının etkili olması temin edilmeye çalışılmıştır.

Cumhurbaşkanının doğal olarak yürütmenin başı ve devletin başı olmasının yanı sıra özellikle yürütmeye dair yetkilerinin artırılması suretiyle yönetim ve idarenin geneli üzerindeki hâkimiyeti sağlamıştır.

Siyasi partilerin kadın kolu, gençlik kolu kurması yasaklanmak suretiyle çoğulcu demokrasinden sapılmış çoğunlukçu demokrasiye dönmüştür. Bunlara ilave olarak siyasi partiler hakkında getirilen yasaklar dikkate alındığında adeta yasağın kural serbestinin istisna teşkil ettiği bir düzenlemeler manzumesi aracılığıyla militan demokrasiye yeşil ışık yakılmıştır. Bütün bunlar Türk tarihinde demokrasi, insan hakları, hukuk devleti adına elde edilen kazanımlar bakımından bir kısır döngü kabilinden başa sarma anlamına gelmektedir.

Ancak, yukarıda ifade edilenlerin önemli bir bölümünün 1982 Anayasasının ilk şekli bakımından geçerlilik arz ettiği tekrar belirtilmelidir. Zira 1982 Anayasasında; hususiyile 1995, 2001, 2007, 2010, 2017 yıllarında yapılan değişikliklerle önemli farklılıklar olmuştur. Bunlardan bazılarını kısaca zikretmek gerekir. 1995 yılında Anayasada yapılan değişikliklerle siyasi partilerin kadın kolu ve gençlik kolu kurmalarının önündeki engeller kaldırılmış, sendika kurma hakkının kapsamı genişletilmiş ve böylece çoğulcu demokrasi adına önemli adımlar atılmıştır. 2001 yılında ise temel hak ve hürriyetlerin tamamı bakımından geçerli olan genel sınırlama sebepleri anayasa metninden çıkarılmış, adil yargılanma hakkı anayasal dayanağa kavuşturulmuş ve kanuna aykırı delil etme yasağı anayasal dayanağa kavuşturulmuş olmakla hukuk devleti mefhumu güçlendirilmiştir. 2007 yılında yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçileceği hususu Anayasa metnine işlenmiştir. 2010 yılında Anayasada yapılan değişikliklerle Anayasa Mahkemesinin ve Hakimler ve Savcılar Kurulunun yapıları yeniden düzenlenmiş, siyasi partilerin kapatılması zorlaştırılmış ve kişisel verilerin korunmasını isteme, kamu denetçisine başvurma, bilgi edinme, toplu sözleşme gibi bazı temel haklara Anayasada yer verilmiştir.

III. 1982 ANAYASASININ 2017 DEĞİŞİKLİKLERİ EKSENİNDE ANAYASACILIĞI

Türkiye’de hükümet sistemi tartışmaları hep olagelmıştır. Gerçekten de 1982 Anayasasının oluşturuluş aşamasında da meydana çıkan bu sorun daha sonraları ciddi bir girişimde bulunulmasa da Turgut Özal ve Süleyman Demirel tarafından da dile getirilmiştir. Cumhurbaşkanı Erdoğan ve AK Parti tarafından kimi zaman gündeme taşınan yeni anayasa yapımı söylemi tam olarak hayata geçmese de 2007 ve 2010 yıllarında Anayasada kapsamlı değişiklikler yapılarak kısmen gerçekleştirilmiştir.

2007 yılında yapılan değişikliklerle Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin öngörülmesi, esasında son referandumun yapılmasının da mihenk taşı olmuştur⁸⁶. Meclis Anayasa Komisyonundaki görüşmelerin tamamlanmasının ardından 18 maddelik değişiklik teklifi oylama süreci 9 Ocak 2017’de başladı. Oylamanın ilk turu 15 Ocak’ta tamamlandı. Onaylanan değişikliğin Cumhurbaşkanınca doğrudan yayımlanması için gereken TBMM üye tamsayısının üçte ikisine ulaşamadı. Dolayısıyla nihai oylama, zorunlu referandum sınırı ve anayasa değişikliklerinin kabulü için aranan asgari sayı olan 330’u geçerek 339 oyla kabul edildi. Bununla beraber Cumhurbaşkanınca doğrudan yayımlanma veya referandumun ihtiyarılığı için gerekli asgari olan 367 barajına ulaşamadı. Mecliste kabul edilen 18 maddelik anayasa değişikliği hakkındaki kanun teklifi Cumhurbaşkanlığına gönderildi. TBMM’de kabul edilen teklif, Cumhurbaşkanının referandumuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanması yönündeki tasarrufu sonucu 11 Şubat 2017 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan teklif 16 Nisan 2017’de⁸⁷ referandumuna sunuldu. Nihayet 6771 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” yüzde 51,41 oyla kabul edildi⁸⁸.

Peki, bu şekilde oldukça hızlı hareket edilerek gerçekleştirilen bu Anayasa değişikliğini, Kaboğlu’nun ifadesiyle “anayasa operasyonu”nu nasıl değerlendirmek gerekir⁸⁹? Her şeyden

⁸⁶Yeni Şafak Gazetesi, <https://www.yenisafak.com/secim-referandum-2017>, (Erişim Tarihi:20.03.2018)

⁸⁷Yeni Şafak Gazetesi, <https://www.yenisafak.com/secim-referandum-2017>, (Erişim Tarihi:20.03.2018)

⁸⁸KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Halkoylaması Sonucunu Okurken”, <https://www.birgun.net/haber-detay/halkoylamasi-sonucunu-okurken-158992.html>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018)

⁸⁹KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Halkoylaması Sonucunu Okurken”, <https://www.birgun.net/haber-detay/halkoylamasi-sonucunu-okurken-158992.html>, (Erişim Tarihi:20.03.2018)

önce 6771 sayılı kanun ile kabul edilen ve yürütme erki etrafında tekil ve tekil bir iktidar kurgulayan⁹⁰ bu Anayasa değişikliği Türkiye için sürdürülebilir değildir. Dolayısıyla “demokratik hukuk devleti” paradigması çerçevesinde ve olabildiğince geniş bir mutabakatla gerçekleştirilmesi gereken yeni bir anayasa değişikliği çalışması yerine getirilmesi acil bir görev olarak kamuoyunun önünde durmaktadır. Zira bu Anayasa değişikliği yasamam-yürütme-yargı ilişkisini biçimsel olarak ele almaktadır. Dolayısıyla yapılan değişiklikleriyle, maddi boyutuyla hukuksal ve siyasal gerçek bir olgu niteliğindeki kuvvetler ayrılığı silik bir vaziyet almıştır. Yürütme görev ve yetkisi tek bir kişiye⁹¹ verilmiştir. Yasama yetkisinin, tek kişinin hegemonyasında olacak şekilde Meclis tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür. Yargı yetkisi⁹² ise bazen doğrudan bazen dolaylı olacak şekilde yine tek bir kişinin müdahalesine oldukça açıktır⁹³. Dolayısıyla siyasal iktidarın denge ve denetimi ziyadesiyle zayıflatılmıştır.

Görüldüğü gibi bu Anayasa değişikliğinde anayasacılık bağlamında pek çok sorundan söz edilebilir. Ancak burada sadece Cumhurbaşkanı Kararnamelerine kısaca değinilecektir. 2017 yılında halk oylamasına sunulan anayasa değişikliği ile mevcut hukuksal düzendeki kanun hükmünde kararnameler yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ikame edilmektedir. Her şeyden önce Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile siyasal, sosyal ve idari alanda olmak üzere yürütme iradesine açık bir alan belirlenmiştir ve bu alan Cumhurbaşkanı bakımından asli yetki niteliğindedir. Çünkü Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleme yapılması için yasama organının yetkilendirilmiş olması gerekmemektedir. Oysa yürütme organının düzenleme yapmaması asıl, yapması istisnadır. Dolayısıyla yasal bir dayanak söz konusu olmaksızın Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı, doğrudan yapmakla yetkilendirilmiştir⁹⁴. Hâlbuki özgün bir kurum olarak, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilecek konuların neler olduğu ve sınırları dikkate alınarak bir düzenleme yapılması gerekirdi⁹⁵. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin; yasama yetkisinin genelliği, asliliği ve devredilmezliği ilkeleri bakımından önemli sorunlar ihtiva ettiği söylenebilir.

Yasama organı bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek devletin faaliyet alanı içerisine almaya veya devletin faaliyet alanı içerisindeki bir ilişkiyi bu alandan çıkarmaya yetkilidir⁹⁶. Yasama organının bir konunun genel ilkelerini saptamakla yetinip, ayrıntıların veya Anayasa Mahkemesinin deyişiyle “ihtisasa ve idare tekniğine taalluk eden hususların” düzenlenmesini yürütme iradesine bırakması, “iyi yönetim”in gereklerine ve yasama organının yapısal mahiyetine uygun düşebilir. Fakat bu hususta yasama iradesinin hukuki bir yükümlülük altında olduğunu söylemeye şüphesiz olanak bulunmamaktadır.

Yasama yetkisinin asliliği gereği yasama organı bir kanunu ihdas ederken daha önce mevcut bir hukuk kuralına dayanmak zorunda değildir. Bu nedenle yasama işlemlerinin ise anayasadan kaynaklanma gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kanunların

⁹⁰Ayrıca bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö.: “16 Nisan Halkoylaması Sürdürülebilir Mi?”, <https://www.birgun.net/haber-detay/16-nisan-halkoylamasi-surdurulebilir-mi-186629.html>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018)

⁹¹Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atar ve görevlerine son verir. Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler. Yabancı devletlere Türkiye Cumhuriyeti’nin temsilcilerini gönderir, Milli güvenlik politikalarını belirler ve gerekli tedbirleri alır. TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetleri’nin Başkomutanlığını temsil eder. Türk Silahlı Kuvvetleri’nin kullanılmasına karar verir. Yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir; olağanüstü hâl ilan eder. Ayrıca Anayasa’da ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır. Seçimlerin yenilenmesine karar verir. Bu durumda, TBMM genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır. Cumhurbaşkanının ikinci döneminde Meclis tarafından seçimlerin yenilenmesine karar verilmesi halinde, Cumhurbaşkanı bir defa daha aday olabilir. . KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Türkiye Cumhuriyeti Değil, Kişi Anayasası”, <https://www.birgun.net/haber-detay/turkiye-cumhuriyeti-degil-kisi-anayasasi-147935.html>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018)

⁹²Yargı için tarafsızlık ilkesi öngörülmüş olunmakla beraber, tüm yargı mensupları konusunda karar verme konumunda olan Hâkimler ve Savcılar Kurulu, -kendisine partizanlık yolu açılan- Cumhurbaşkanınca doğrudan ve muhtemelen Meclisteki çoğunluğu tarafından, yargının kendisi tamamen dışlanarak, belirlenecek. Siyasi kişi ve iradelerin güdümü altındaki yargı mensuplarının bağımsız ve tarafsız karar verebilmeleri oldukça zordur; çünkü bağımsızlık (statü) olmadan tarafsızlık (erdem) beklentisi açık bir çelişkidir. KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Neye Evet, Neye Hayır?”, <https://www.birgun.net/haber-detay/halk-neyi-oylayacak-7-neye-evet-neye-hayir-155142.html>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018)

⁹³Ayrıca bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Türkiye Cumhuriyeti Değil, Kişi Anayasası”, <https://www.birgun.net/haber-detay/turkiye-cumhuriyeti-degil-kisi-anayasasi-147935.html>, (Erişim Tarihi:20.03.2018)

⁹⁴AFRDUÇOĞLU, Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2017, 21-51, s.21.

⁹⁵ARDUÇOĞLU, s.21.

⁹⁶ÖZBUDUN, s.213.

yapılabilmesi için anayasanın herhangi bir hükmüne dayanılması zorunlu olmayıp, yapılan kanunun anayasaya uygun olması kâfidir⁹⁷. Bu nedenle anayasa-kanun ilişkisi ile kanun-idari işlem ilişkisi birbirlerinden farklıdır. İfade edilen bu hususlar zaviyesinden Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle zaman sınırlaması olmaksızın ve doğrudan düzenleme yapılması sürekli tartışılmaya açık ve meşruyeti sorgulanabilecek niteliktedir.

Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gereği yasama organının anayasa ile kendisine verilmiş olan yasama yetkisinin başka bir devlet organına devredilmez. Bu devir yasağı pek çok anayasada açıkça hükme bağlanmıştır⁹⁸. 1982 Anayasası'nın 7. Maddesine göre “yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez”. Fakat Gözler'in de belirttiği gibi bu konuda açık bir hüküm olmasa dahi, yasama iradesi yine bu yetkisini devredemez. Çünkü kamu hukukunda hiçbir devlet organı, anayasa ve kanunlardan aldığı bir yetkiyi, bu metinlerde açık bir izin söz konusu olmaksızın bir diğer devlet organına devretme yetkisine sahip değildir⁹⁹. Ancak getirilen düzenlemelerle öngörülen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi eski hukuksal düzendeki Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerine benzemektedir ve bu durum olağanüstü halin olağanlaştırılması riskini beraberinde getirmektedir ki¹⁰⁰, bunun hukuk devleti ve demokratik devlet olmanın gerekleriyle bağdaşmadığı ortadadır. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin oluşturulması ve ortaya çıkması sürecinde TBMM'nin devre dışı bırakıldığı görülmektedir ve TBMM bakımından yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi zedelenmiştir. Zira Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin “kanun hükmünde” olmasına rağmen TBMM'nin tamamen dışlandığı bir usulle ortaya çıkması, yasama yetkisinin devredilmezliğinden taviz verildiği anlamına gelmektedir¹⁰¹, Böyle bir durum, Anayasanın kendi içerisinde birbirine aykırı maddeler içermesi sonucunu doğurmaktadır¹⁰². Bunların yanı sıra olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile konu sınırlaması olmaksızın ve TBMM'nin onayına sunma zorunluluğu bulunmaksızın Cumhurbaşkanlığı tarafından tek başına çıkarılacak kararnamelerle tüm hak ve özgürlüklerin sınırlanması, kısmen veya tamamen durdurulması mümkün olabilecek ve bu hususta bir denetim söz konusu olmayacaktır. Bunlar temel haklar bakımından yok edilmiş sonuçlanmaya gebedir¹⁰³.

VI. SONUÇ

Anayasacılık, devlet iktidarının sınırlandırılmasını ve bu sınırlı ortamda hak ve özgürlüklerin korunup gerçekleştirilmesini hedeflemektedir. Bu yönüyle anayasacılık karşısına devleti ve bunun icracı gücü haiz bir kurumu olan siyasal iktidarı hedef almaktadır. Anayasacılık devleti ve toplumsal üst yapı kurumlarını bu şekilde bir yandan modern değerler etrafında toplamakta diğer yandan bu modernleşmenin efkâr-ı umumiyesi mahiyetinde hak ve özgürlükler olarak belirlemektedir. Türk anayasacılığı ise bu bakımdan eksik kalmaktadır. Gerçekten de Osmanlı'dan Cumhuriyet'e kurumsal modernleşme anayasacılık ekseninde gerçekleştirilmiştir; ancak ne yazık ki aynı modernleşmenin nihai hedefi olarak birey olgusu ve onun hak ve özgürlükleri etrafında toplanılamamıştır. Tam tersine “devlet bekası”, devletin birliği yani kısacası “devlet-i ebed müddet” anlayışı devam ettirilmiştir. Dolayısıyla Türk anayasacılığında getirilen modern kurumlar ve ilkeler tözsel bir kavrayışa yol açmamıştır. Ancak salt kurumsal modernleşme devlet paradigması bağlamında hak ve özgürlükler üzerinde ciddi tehditlere neden olmaktadır.

Bu anlayış yeni Anayasa değişikliği sürecinde de sürdürülmüştür. İlk olarak kuvvetler ayrılığı silikleşmiştir. Anayasa devlet ve organlarını kapsam ve yetki olarak belirlemektedir. Kuvvetler ayrılığı olmadan bir anayasanın varlığından söz edilmez ya da sözde anayasadan söz edilir. Çünkü kuvvetler ayrılığı ile bir yandan iktidarlar ayrıştırılmakta diğer yandan yasama, yürütme ve yargı iradeleri arasında denge kurulmaktadır. Bu denge ise beraberinde özellikle yargı

⁹⁷ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, 7. Baskı, Konya 2012, s.169, 170.

⁹⁸GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları (2014), Ekin Yayınları, 5. Baskı, Bursa 2014, s.358.

⁹⁹GÖZLER, 2014, s.358.

¹⁰⁰KÖKER, Levent, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Çelişkileri ve Sorunları”, T 24, <http://t24.com.tr/haber/prof-levent-koker-yazdi-cumhurbaşkanlığı-kararnamesinin-celiskileri-ve-sorunlari,392793>, (Erişim Tarihi:20.02.2018).

¹⁰¹KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Halk Neyi Oylayacak”, <https://www.birgun.net/haber-detay/yasama-yetkisi-kimin-600-kisi-mi-bir-kisi-mi-halk-neyi-oylayacak-2-150051.html>, (Erişim Tarihi:20.03.2018).

¹⁰²KÖKER, a.g.e.

¹⁰³KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Yasama Yetkisi Kimin: 600 Kişi Mi Bir Kişi Mi?”, <https://www.birgun.net/haber-detay/yasama-yetkisi-kimin-600-kisi-mi-bir-kisi-mi-halk-neyi-oylayacak-2-150051.html>, (Erişim Tarihi:20.03.2018).

iradesi aracılığı ile denetim getirmektedir. Yeni anayasa ile kuvvetler ayrılığı ekseninde denge ve denetim olgusu aşınmıştır. İkinci olarak yeni Anayasa düzenlemesi ile birlikte anayasacılığın özünü teşkil eden hak ve özgürlükler ciddi tehditlere açık hale getirilmiştir. Olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanı Kararnameleri ile hak ve özgürlüklere ilişkin sorunlu düzenlemelerin yapılması mümkün hale getirilmiştir. Türkiye’de geçmişten günümüze öyle ya da böyle olağanüstü hal rejimlerinin olağanlaştırılmış olması göz önüne alındığında bu sorunun katlanarak artması kuvvetle muhtemeldir. Üçüncü olarak yargıda atamaların yürütme ve hatta tek kişinin iradesine bırakılması ile yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı zedelenmiştir. Bu durumda hak ve özgürlüklerin nasıl ve kim tarafından korunup denetleneceği sorunsalı olduğu gibi ortada durmaktadır. Dolayısıyla mevzu bahis hususlar ve riskler özellikle siyaset kökenli olmayan cumhurbaşkanları bakımından ayrıca önemsenmesi gerekir.

Sonuç olarak kanımızca bu yeni Anayasa değişikliği bir “anayasasızlaştırma” hareketi olmaya evrilmek için oldukça müstaittir. Hususiyle fren ve denge ya da oto kontrol mekanizmaları bağlamında Anayasanın özünün sarsıldığı ve paradigma miladı niteliğinde değişikliklerin yapıldığı söylenebilir. Çünkü her şeyden önce anayasa bireylerin hak ve özgürlüklerini güvenceleyen ve geliştiren bir olgudur. Bu olgunun ortadan kaldırılması ülkeyi anayasasız bir yönetime terk etmek demektir. Bu terk ediş ise Türk anayasacılığında oldukça ciddi manada bir geriye dönüşe işaret etmektedir. Dolayısıyla Türk anayasacılığı girdiği bu tarihsel girdaptan kurtulmalıdır ya da bu süreci en az zayıfla atlatmalıdır.

Anayasalar, sadece toplumun yönlendirdiği ve topluma uydurulan metinler olmaktan ibaret değildir. Anayasalar topluma yön veren ve güncel gelişmelere gereği değiştirilmesi kaçınılmaz olan, bu yönüyle dinamik olma niteliğini hiç kaybetmeyen, belki de kaybetmemesi gereken temel metinlerdir. Özellikle 1982 anayasası bakımından bu durum ayrıca anlamlıdır. Zira askeri mantıkla hazırlanan 1982 anayasasıyla sivil kesim zoraki otuz altı yıldır yönetilmektedir. Bu nedenle maalesef anayasa değişikliği tartışmaları Türkiye’nin gündeminden hiç düşmemiştir ve düşeceği de benzer bir gidişat yoktur. Dolayısıyla yeni bir anayasa yapma ihtiyacı ciddi bir şekilde varlığını korumaktadır. 1982 anayasası döneminde neredeyse her bir buçuk yılda bir anayasada değişiklik yapılmış, bu değişikliklerin beşinde referanduma gidilmiştir. Anayasa metinlerinin dinamik olma ve yönetilenlerin iradesinden bağımsız olmama özellikleri saklı kalmak üzere, bu husustaki aşırılığın hukuki istikrarsızlığı ve devlete duyulan güvenin sarsılmasına neden olduğu/olacağı açıktır.

Türk anayasacılığının tarihsel gelişimi ve dönüşümü incelendiğinde şu söylenebilir ki demokrasinin ve hukuk devletinin hiçbir coğrafyada garantisi yoktur.

Netice olarak, yamalı bohçaya dönmüş 1982 anayasasının bu günkü şekli dikkate alınarak, üzerinde etraflıca düşünülüp tartışılmak suretiyle uzlaşma zemininde hazırlanacak yepyeni bir anayasanın yapılması sürecinin kaçınılmaz olduğunu tahmin ve temenni etmek mümkündür.

KAYNAKÇA

- AKIN, Fehim: “1924 Anayasasının Modernleşme Açısından Anlamı”, Sosyal Bilimler Dergisi, <http://www.sbd.aku.edu.tr/VIII3/fakin.pdf>, (Erişim Tarihi: 14.03.2018).
- AKŞİN, Sina: “Sened-i İttifak ile Magna Carta’nın Karşılaştırılması”, Tarih Araştırmaları Dergisi, 16(27), 1992, s.115-123.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Hukuk, Hukukun Üstünlüğü, Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Dergisi, 2001-2, s.29-68.
- ANAYURT, Ömer: “1924 Anayasası’nda Meclis-Yürütme İlişkileri”, Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, 13(39), 1997, <http://www.atam.gov.tr/dergi/sayi-39/1924-anayasasinda-meclis-yurutme-iliskileri-erisim>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018).
- ANAYURT, Ömer: “1924 Anayasasında Temel Hak ve Hürriyetler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1-2), 2003, s.1-21.
- ARMAOĞLU, Fahir: 19. Yüzyıl Siyasî Tarihi (1789-1914), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1997.
- ARNAULD, Andreas von: “Hukuk Devleti”, Çev. Arslan Topakkaya, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 2014.
- ARDUÇOĞLU, Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, (3), 2017, s.21-51.
- ARSLAN, Zühtü: Anayasa Teorisi, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.
- ATAR, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, 7. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya 2012.

- AYBAY, Rona: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2015.
- SAVCI, Bahri: “1961 Anayasasının Müdür Prensiplerine ve Müesseselerine Mukayeseli Kısa Bir Bakış”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 19(3), 1964, s.11-36.
- BİRSEL, Mahmut T.: “Osmanlı İmparatorluğunun Anayasal Yapısı ve Yeni Anayasa İçin Öneriler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(Özel Sayı), 2010, s.1185-1203.
- DEMİRCİ, Fatih: Islahat Fermanı ve Müsâvât Meselesi, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1999.
- DİNÇKOL, Bihterin: “1924 Anayasası Döneminde Siyasal Muhalefet”, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/273373>, (Erişim Tarihi:15.03.2018).
- DURHAN, İbrahim: “Tanzimat Dönemini Hazırlayan Temel Etkenler Üzerine Bir İnceleme”, AÜEHFD, V(1-4), 2001, s.65-89.
- ERDEM, Gazi: “İlanından Yüz Elli Yıl Sonra Avrupa Birliği Müzakereleri Bağlamında Islahât Fermânı’na Yeniden Bir Bakış” Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 51(1).
- ERDOĞAN, Mustafa: Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 7. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2011.
- ERYILMAZ, Bilal, Osmanlı Devleti’nde Millet Sistemi, İşaret Yayınları, İstanbul 1992.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin: “1876 Anayasası veya Monarşik Modernleşme Dönemi”, http://www.hasantahsinfendoglu.com/dokumanlar/akademik/1876_ANAYASASI_V_EYA_MONARSIK_MODERNLESME_DONEMI.pdf erişim, (Erişim Tarihi:14.03.2018).
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 5. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2014.
- GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 17. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2014.
- İNALCIK Halil: “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayunu”, Belleten Dergisi, XXVIII(112), 1964, s.603-623.
- İNALCIK, Halil: “Tanzimat’ın Uygulanması ve Sosyal Tepkileri”, Belleten Dergisi, XXVIII(112), 1964, s.623-691.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, s.139, http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/400c3b113695644_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi erişim, (Erişim Tarihi: 14.03.2018).
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Neye Evet, Neye Hayır?”, <https://www.birgun.net/haber-detay/halk-neyi-oylayacak-7-neye-evet-neye-hayir-155142.html>, (Erişim Tarihi:20.03.2018).
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Türkiye Cumhuriyeti Değil, Kişi Anayasası”, <https://www.birgun.net/haber-detay/turkiye-cumhuriyeti-degil-kisi-anayasasi-147935.html>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018).
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: “16 Nisan Halkoylaması Sürdürülebilir Mi?”, <https://www.birgun.net/haber-detay/16-nisan-halkoylamasi-surdurulebilir-mi-186629.html>, (Erişim Tarihi:20.03.2018).
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Yasama Yetkisi Kimin: 600 Kişi Mi Bir Kişi Mi?”, <https://www.birgun.net/haber-detay/yasama-yetkisi-kimin-600-kisi-mi-bir-kisi-mi-halk-neyi-oylayacak-2-150051.html>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018).
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Halkoylaması Sonucunu Okurken”, <https://www.birgun.net/haber-detay/halkoylamasi-sonucunu-okurken-158992.html>, (Erişim Tarihi:20.03.2018).
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Halk Neyi Oylayacak”, <https://www.birgun.net/haber-detay/yasama-yetkisi-kimin-600-kisi-mi-bir-kisi-mi-halk-neyi-oylayacak-2-150051.html>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018).
- KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Halk Neyi Oylayacak? TBMM’nin Yetki Kayıplarını Oylayacak”, <https://www.birgun.net/haber-detay/halk-neyi-oylayacak-4-tbmm-nin-yetki-kayıplarini-oylayacak-152162.html>, (Erişim Tarihi: 20.03.2018).
- KAPANİ, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı Yetkin Yayınları, , Ankara 1993.
- KARAKOÇ, İrem: “1876 Tarihli Kanun-ı Esasi’de Yürütme Organı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 2006, s.115-149.
- KARAL, Enver Ziya: “Gülhane Hattı Hümayununda Batının Etkisi”, Belleten Dergisi, XXVIII(112), 1964, 581-601.
- KARPAT, Kemal: Türkiye’de Siyasal Sistemin Evrimi, Çev. Esin Soğancılar, İmge Yayınları, Ankara 2007.
- KAYA, Semih Batur: “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Muhafazakar ve Kemalist Modernleşmenin Gelenek ve Değişim Sarkacındaki Kültürel Devinimleri”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, 5(13), 2013.
- KİLİ, Suna/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2000.
- KÖKER, Levent: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Çelişkileri ve Sorunları”, T 24, <http://t24.com.tr/haber/prof-levent-koker-yazdi-cumhurbaskanligi-kararnamesinin-celiskileri-ve-sorunlari,392793>, (Erişim Tarihi:20.02.2018).
- MARDİN, Şerif: Siyasal ve Sosyal Bilimler, 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2010.

- MARDİN, Şerif: Türk Modernleşmesi, 20. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2011.
- MARDİN, Şerif: Türkiye’de Toplum ve Siyaset, 13. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul 2006.
- ÖRÜCÜ, Esin: “1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 41(3-4), 1975, s.145-161.
- ONAN, Belkıs: “İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV(4), 2011, s.253-288.
- ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- ÖZGÜLDÜR, Yavuz/ÖZGÜLDÜR, Serdar: “1876 Anayasası’nın Hazırlanmasında Mithat Paşanın Rolü ve Fonksiyonu”, Ankara Üniversitesi Tarih Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, (5), 1994, s.311-348.
- ÖZKUL, Fatih: “Anayasalarımızda Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2016, s.201-263.
- PAMİR, Aybars: “Osmanlı Egemenlik Anlayışında Sened-i İttifak’ın Yeri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(2), 2004, s.61-82.
- SEVİNÇ, Murat: Anayasa Yazıları, İmaj Yayınevi, Ankara 2010.
- SOYSAL, Mümtaz: “Haklar ve Özgürlükler Bakımından 1961 Anayasasının Evrensel Anlamı”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 24(1), 1969, s.91-94.
- TANÖR, Bülent: İki Anayasa, Beta Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 1991.
- TANÖR, Bülent: Anayasal Gelişme Tezleri, İstanbul 2008.
- TANÖR, Bülent: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Yapı Kredi Yayınları, 19. Baskı, İstanbul 2010.
- TANPINAR, Ahmet Hamdi: Saatleri Ayarlama Enstitüsü, Dergah Yayınları, İstanbul 1992.
- TURHAN, Mehmet: “Anayasacılık Açısından Çoğunluk İlkesi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 50(1), 1995, s.401-413.
- UYANIK, Mevlüt: Osmanlı Tarihinde Parlamenter Sistem Arayışları: İslamiyet’in Belirleyiciliği Üzerine Değerlendirmeler”, Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2, 2002, s.47-60.
- Yeni Şafak Gazetesi, <https://www.yenisafak.com/secim-referandum-2017> erişim 20.03.2018.
- ZÜRCHER, Eric Jan: Modernleşen Türkiye’nin Tarihi, İletişim Yayınları, 24. Baskı, İstanbul 2009.

KÜLTÜREL VARLIKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK KURALLARI KAPSAMINDA, ERMENİSTAN VE AZERBAYCAN ARASINDAKİ ÇATIŞMALARDA ZARAR GÖREN KÜLTÜREL VARLIKLARDAN DOLAYI SORUMLULUK

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW RULES ON THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE, ARMENIA AND AZERBAIJAN CONFLICTS AND THE DAMAGED CULTURAL HERITAGE DUE TO THESE CONFLICTS

Mustafa ERÇAKICA*  

Makale Bilgi

Gönderi: 18/01/2021
Kabul : 01/03/2021

Anahtar Kelimeler

*Kültürel Varlıklar,
Al Mahdi Kararı,
Chiragov Kararı,
Dağlık Karabağ.*

Article Info

Received: 18/01/2021
Accepted: 01/03/2021

Keywords

*Cultural Properties,
Al Mahdi Decision,
Chiragov Decision,
Nagorno Karabakh.*

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.862785> 

Kültürel varlıklar, insanlık tarihinin başlangıcından günümüze kadar, insanların ve toplumların yaşamlarının maddi ve manevi boyutlarını ortaya koyan, bütün değerlerin izlerini taşıyan miraslar olup insanlığın ortak değerlerini de taşımaktadır. Silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkları korumayı hedefleyen düzenlemeler de uluslararası insancıl hukukun bir parçasıdır. Bu düzenlemelere bakıldığında, kültürel varlıkların aslında silahlı çatışmalardan zarar görmemesi gerektiği anlaşılmaktadır. Oysa Ermenistan ve Azerbaycan arasında yaşanan çatışmalar, özellikle Dağlık Karabağ'da birçok kültürel varlığın tahribatıyla sonuçlanmıştır. Bu varlıklara verilen zararın sorumluluğunun ortaya konulması elzemdir. Çalışmada bu güncel durum ele alınmaktadır. Bu doğrultuda çalışmada öncelikle kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası insancıl hukuk kurallarına değinilecektir. Bunun ardından, Azerbaycan ve Ermenistan arasında yaşanan silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların zarar gördüğüne ilişkin iddialara yer verilecektir. Hangi süjelerin uluslararası sorumluluğunun gündeme getirilebileceğine ilişkin bir inceleme de yapılacaktır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Chiragov ve diğerleri Ermenistan'a karşı kararına değinilirken, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi kararının da Azerbaycan ve Ermenistan arasındaki çatışmalarda yaşananlar açısından yol gösterici olma durumu tartışılacaktır.

Abstract

Cultural heritage belongs to the humanity and reveal the material and spiritual dimensions of the lives of people from the very beginning of human history to the present. They also reflect the common values of humanity. The regulations that aim to protect cultural properties during the armed conflicts are considered as parts of the international humanitarian law. Today it is an obligation not to harm cultural properties during the armed conflicts. However, the conflicts between Armenia and Azerbaijan destroyed many cultural properties, especially in Nagorno-Karabakh. It is very important to designate the responsibility because of this damaging acts against the cultural properties. This current situation is examined in this article. With considering these issues, first of all, international humanitarian law rules regarding the protection of cultural properties will be mentioned in this article. Secondly, claims regarding the damage to cultural properties during the armed conflict between Azerbaijan and Armenia will be mentioned. The issues on international responsibility and the possible law subjects that could be considered as responsible from the relevant international humanitarian law violations will be evaluated. In this context, while the Chiragov and others v Armenia decision of the European Court of Human Rights will be mentioned, the International Criminal Court's Al Mahdi decision will be discussed in order to see if the decision could be a guide also for the destruction of cultural properties in the armed conflict that was between Azerbaijan and Armenia.

I. GİRİŞ

Kültürel varlıklar, insanlık tarihinin başlangıcından günümüze kadar, insanların ve toplumların yaşamlarının maddi ve manevi boyutlarını ortaya koyan, bütün değerlerin izlerini taşıyan miraslardır¹. Kültürel varlıklar geçmişten geleceğe uzanan bir yoldur². Günümüzde, kimi zaman kültürel varlık ifadesi yerine kültürel miras teriminin de kullanılmaya başlandığı görülmektedir³.

Kültürel varlıklar bütün insanlık için büyük önem taşımaktadır. Ancak silahlı çatışmalar sırasında çatışma taraflarının, karşı tarafının kimliğine zarar vermek amacıyla, onun kültürünün bir parçası olarak kabul ettiği bazı varlıklara saldırdığı görülmektedir. Günümüzde uluslararası hukukta kültürel varlıkların korunması, kültürel haklara saygı duyulmasının ve ihlal edilmemesinin de bir gereği olarak kabul görmektedir⁴. *Soft law*⁵ yaratma etkisi kabul edilen⁶ UNESCO Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi'nin⁷ ilk maddesinde kültürel çeşitliliğin önemi vurgulanmış, dördüncü ve beşinci maddelerinde ise kültürel varlıkları korumanın insan haklarına saygının bir gereği olduğu ortaya konulmuştur⁸. Bu doğrultuda çalışmada ilk olarak silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkları korumaya yönelik olarak kabul edilen ve silahlı çatışmalarda tarafların kültürel varlıklara zarar vermelerini engelleyen uluslararası insancıl hukuk kurallarına ilişkin bilgi verilecektir.

Dağlık Karabağ'da yaşanan Ermenistan ve Azerbaycan arasındaki silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların zarar gördüğü ve bu konudaki uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlal edildiği bilinmektedir; ancak henüz bu konuya ilişkin bir yargılama yapılmadığı, uluslararası sorumluluk kurumunu işleten bir girişimin başlamadığı görülmektedir. Öte yandan, insanlığın ortak mirası olan kültürel varlıkların korunması için bu ihlallerin yaptırımsız kalmaması önem taşımaktadır. Bu nedenle çalışmada ikinci olarak, yakın dönemde gündemi oldukça meşgul eden Dağlık Karabağ sorunu, kültürel varlıkların gördüğü zarar ve bu konudaki uluslararası insancıl hukuku kuralları kapsamında ele alınacaktır. Anılan ihlallerden sorumlu olan süjelerin sorumluluğunun hangi yöntemlerle ortaya konulabileceğine ilişkin çözüm önerilerine de yer verilecektir.

Yukarıda anılanlar ışığında aşağıda yer alan bölümlerde önce kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası insancıl hukuk düzenlemelerine yer verilecektir. Ardından, Azerbaycan ve Ermenistan arasında uzun süredir yaşanan uyuşmazlığın ana konusu olan Dağlık Karabağ sorununa ve 10.10.2020 tarihli andlaşmaya değinilecektir. Çalışmanın devam eden bölümünde Dağlık Karabağ'da yaşanan çatışmalarda kültürel varlıklara ilişkin uluslararası insancıl hukuk ihlalleri iddialarına değinilecektir. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin *Chiragov* ve diğerleri Ermenistan'a karşı kararına ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Al Mahdi* kararına konuyla bağlantılı olduğu noktalarda değinilecektir. Çalışmada değinilen bir diğer konu, söz konusu uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden kaynaklanan uluslararası sorumluluğun tartışılmasıdır.

II. KÜLTÜREL VARLIKLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUK DÜZENLEMELERİ

Kültürel varlıkların korunması, günümüzde gittikçe önem kazanan bir konudur. Yine de, özellikle yaşanan silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmadığı, bilinçli bir şekilde tahrip edildikleri görülmektedir. Öte yandan, bu konuyla ilgili birçok uluslararası insancıl hukuk

¹ ÇAKIRCA, Düzgün: "Savaşın Savunmasız Düşmanı-Kültürel Miras", MÜSBİD, 4(6), 2015, s.19.

² Cultural Rights Note by the Secretary-General, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 09.08.2016, A/71/317, <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/71/317> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

³ ÇOKIŞLER, Elvan: "Silahlı Çatışmalar Sırasında Kültürel Malların Korunması Rejimi: Tarihsel Gelişimin Analizi", Uluslararası İlişkiler, 16(61), 2019, s.56.

⁴ Information by Azerbaijan to the study on intentional destruction of cultural heritage (Responses to the Questions by Ms. Karima Bennoune, Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights), <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/States/Azerbaijan.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2020), s.1. Ayrıca bkz: FRANCONI, Francesco: "Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity", Michigan Journal of International Law, 25(4), 2004, s.1212.

⁵ Uluslararası hukukta *soft law* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: DOST, Süleyman: "Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(173-174), 2019, s.36.

⁶ FRANCONI, s.1219.

⁷ UNESCO Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi, <https://www.unesco.org.tr/pages/180/17> (Erişim Tarihi: 06.12.2020).

⁸ Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin çeşitli maddelerinde de birtakım haklardan bahsedilirken kültüre değinildiği, ilgili hakların kültürün bir parçası olarak kabul edildiği görülmektedir. bkz: FRANCONI, s.1212-1213.

kuralının olduğu da bilinmektedir. Bu doğrultuda, çalışmanın norm boyutunun çerçevesini çizmek adına, bu bölümde kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarına özet bir şekilde değinilecek, ardından da kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası insancıl hukuk kurallarına değinilecektir. Silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların zarar görmesi durumunda bireysel sorumluluğa da giriş mahiyetinde değinilecektir.

A. Uluslararası Hukukta ve Uluslararası İnsancıl Hukukta Kültürel Varlıkların Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Kültürel varlıkların öneminin anlaşılmasıyla birlikte, silahlı çatışmaların olmadığı süreçlerde de korunması için uluslararası bir rejim yaratılmaya çalışılmıştır. Kronolojik olarak bakılırsa, öncelikle bölgesel örgütlenmelerin en önemli örneklerinden olan Avrupa Konseyi bünyesinde 1954 yılında Avrupa Kültür Sözleşmesi yapıldığı, bu sözleşmenin birinci maddesinde ortak kültürel mirası koruyacak önlemler alınması gerekliliğinin düzenlendiği görülmektedir. 1970 yılında ise, Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Yasaklanması için Alınacak Tedbirlere İlişkin Uluslararası Sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşme ile hırsızlık, kaçak kazı, kanunsuz ithal ve ihraç tehlikelerine karşı kültürel varlıkların korunmasının devletlerin yükümlülüğü olduğu vurgulanmıştır⁹.

1972’de Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşmeye göre dünyadaki kültürel varlıklar, insanların tahrip edici eylemleri yanında, çürüme gibi zarar verici durumlardan da korunmalıdır. 2001’de UNESCO Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi yayınlanmıştır. Bağlayıcılığı olmayan bu metin, kültürel çeşitliliğin ve kültürel hakların önemini vurgulamıştır. 2003’te Somut Olmayan Kültürel Mirasın Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin yapıldığı da görülmektedir. Bu sözleşme ile, kuşaktan kuşağa aktarılan uygulamalar, temsiller, anlatımlar, bilgiler ve beceriler gibi somut olmayan kültürel miras korunmaktadır. Bu uluslararası sözleşmelerin yanında, UNESCO aracılığıyla 1972 yılında kurulan Dünya Miras Fonu ve 1995 yılında kurulan Dünya Mirası Merkezi de kültürel varlıkların korunması için çalışmalarını sürdürmektedir¹⁰. Ancak çalışma kapsamı itibariyle bunların ayrıntılarına değinilemeyecektir.

Bu çalışmada, silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkları korumayı hedefleyen ve uluslararası insancıl hukukun bir parçası olan düzenlemelere değinilecektir. Tarihsel süreç içerisinde birtakım gelişmeler olsa da, özellikle İkinci Dünya Savaşı öncesinde kültürel varlıkların korunmasına ilişkin yapılmaya çalışılan birçok uluslararası andlaşma girişiminin başarısızlıkla sonuçlandığı görülmektedir. Kültürel varlıkların uluslararası hukukun gündemine alınıp, ayrıntılı bir düzenlemenin yapılması için, insanlığın iki büyük dünya savaşını tecrübe etmesi ve ne yazık ki bu tecrübelerde kültürel varlıkların tahrip edilmesi, yıkılması ya da çalınması gerekmiştir¹¹.

İkinci Dünya Savaşı ertesinde, Nazi yönetiminin en önemli isimlerinden olan *Alfred Rosenberg* ile ilgili Nuremberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi’nde yapılan yargulamalarda, şüpheli hakkında iddianeme hazırlanmış ve *Rosenberg*’in karıştığı suçlar arasında Doğu Avrupa’daki bölgelerde gerçekleştirilen işgaller sırasında kültürel varlıklara sistemli bir saldırı gerçekleştiği belirtilmiştir. *Rosenberg* suçlu bulunup, ölüm cezasına çarptırılmıştır¹². *Rosenberg* ile ilgili karar, 1954 yılında yapılan Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (1954 Tarihli Sözleşme)’nin hazırlanmasına da zemin hazırlamıştır¹³. Ancak anılan sözleşmeye değinmeden önce, uluslararası insancıl hukuk kurallarının temel metinleri olan düzenlemelere, konuyla ilişkileri çerçevesinde bakılacaktır.

⁹ İlgili sözleşmelerin metinleri için bknz: <https://www.unesco.org.tr/Pages/158/177/S%C3%B6zle%C5%9Fmeler> (Erişim Tarihi: 06.12.2020).

¹⁰ ÇAKIRCA, s.22. Anılan sözleşmelerin metinleri için bknz: <https://www.unesco.org.tr/Pages/158/177/S%C3%B6zle%C5%9Fmeler> (Erişim Tarihi: 06.12.2020), Ayrıca bknz: Cultural Rights Note by the Secretary-General, s.6, prgrf.14-31.

¹¹ NAHLIK, Stanislaw: “International Law and the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts”, *Hastings Law Journal*, 27(5), 1976, s.1077.

¹² YAVUZ, Hakan: “Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Al Mahdi Kararı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Barosu Dergisi*, (3), 2017, s.175.

¹³ 1954 Tarihli Sözleşme’nin metni için bknz: 1954 Tarihli Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-263666/silahlı-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html> (Erişim Tarihi: 01.12.2020). Tarihsel süreçte kültürel varlıkların korunmasına ilişkin olarak öne çıkan temel hukuki belgeler, 1863 tarihli Lieber Kanunu, 1868 Saint Petersburg Deklarasyonu ve 1874 tarihli Brüksel Deklarasyonu olarak kabul edilmektedir. ÇOKIŞLER, s.60. 1904 tarihli Roerich Sözleşmesi de, Amerika’daki devletler arasında yapılan, kültürel varlıkların korunmasına ilişkin bölgesel bir sözleşmedir. Bu sözleşme 1935 tarihinde geliştirilerek Washington Sözleşmesi olarak yapılmıştır. ÇAKIRCA, s.25-26. Kültürel varlıkların korunması için hukuki koruma yaratma çabalarının tarihsel gelişimi ve felsefi süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bknz: ÇOKIŞLER,

Silahlı çatışmalara ilişkin en temel belgeler olarak kabul edilen 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri, silahlı çatışma tarafı devletlere korunması gereken binalara işaret konulması yükümlülüğünü yüklemektedir. Böylelikle işaretleri gören potansiyel saldırganlar, ilgili binaların korunduğunu anlayarak, saldırıda bulunmayacaktır¹⁴. 1949 tarihinde yapılan ve yine çok önemli olan dört Cenevre Sözleşmeleri'nin sonuncusu, 1949 Tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'dir. Bunda da kültürel varlıklar koruma altına alınmış, kuşatılmaları ve bombalanmaları, askeri amaçlarla kullanılmamaları koşuluyla, yasaklanmıştır. Bu tür varlıkların imhası veya zarara uğratılması da, anılan düzenlemelere göre, yasaktır¹⁵.

1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri çok geniş bir taraf devlet sayısına sahiptir; ayrıca uluslararası yapılageliş kuralı niteliği taşıdığı da kabul edilmekte, bu nedenle de taraf olmayan devletleri de bağlamaktadır¹⁶. Benzer bir değerlendirmeyi 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve onların ek protokolleri için de yapmak mümkündür; ancak bu metinlerden hiçbiri, münhasıran silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların korunmasına ilişkin bir uluslararası hukuk metni değildir¹⁷. İlgili metinlerde kültürel varlıkların silahlı çatışmalar sırasında korunmasına ilişkin genel düzenlemelere yer verilmiştir.

1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1977 Tarihli I ve II No'lu Ek Protokoller'e bakıldığında ise yine konuyla ilgili genel bazı düzenlemelerin olduğu görülmektedir¹⁸. 1977 Tarihli I No'lu Ek Protokol'ün 53. maddesinde kültürel varlıklara zarar verilmesi, bu varlıkların çatışmaların desteklenmesi için kullanılması veya misilleme hedefi haline getirilmesi yasaklanmıştır. Aynı protokolün 85. maddesine göre, özel olarak koruma altına alınmış tarihi veya kültürel varlıklara zarar verilmesi, uluslararası insancıl hukukun ağır ihlali sayılacaktır. 1977 Tarihli II No'lu Ek Protokol'ün 16. maddesine göre ise, kültürel varlıkların ve ibadet yerlerinin korunması, bunlara yönelik herhangi bir düşmanca davranışta bulunulmaması, 1954 Tarihli Sözleşme hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁹.

İnsanın yaratıcı zekasının birer ürünü olan değerleri korumayı amaçlayan²⁰ 1954 Tarihli Sözleşme, UNESCO'nun 1949 yılında, kültürel anlamda değerli olan bütün varlıkların silahlı çatışmaların olası sonuçlarına karşı korunması için aldığı 6.42 sayılı kararı doğrultusunda ortaya çıkmıştır²¹. Anılan sözleşmeyle birlikte, Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlıkların Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin Tatbikatına İlişkin Tüzük ve isteyen devletlerin taraf olduğu Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye İlişkin Protokol metni de imzaya açılmıştır²². Eski Yugoslavya topraklarında yaşanan çatışmaların veya Körfez Savaşı'nın kültürel varlıklar üzerindeki etkileri görülünce, bu varlıkların korunmasına ilişkin güncel ve yeni düzenlemelere ihtiyaç olduğu da görülmüş²³, 1999'da yeni bir protokol daha hazırlanmaya başlamıştır. Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye İlişkin İkinci Protokol metni 2004'te yürürlüğe girmiştir²⁴.

s.56-61. Ayrıca bkz: ÖKTEM, Emre: "Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunması: Bosna-Hersek Örneği", in Sönmezoğlu, Faruk (ed.), Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni Bakışlar, Der Yayınları, İstanbul 1998, s.130-136.

¹⁴ GERSTENBLITH, Patty: "Archaeology in the Context of War: Legal Frameworks for Protecting Cultural Heritage During Armed Conflict", Journal of the World Archaeological Congress, 5(1), 2009, s.20.

¹⁵ ÇOKIŞLER, s.61. Anılan 1949 Tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin metni için bkz: YAMANER, Melike Batur et al.: 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, s.121-178. 1949 yılında yapılan diğer Cenevre Sözleşmeleri, Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi ve Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi'dir. Bu sözleşmelere ek olarak yapılmış 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (1977 Tarihli I No'lu Ek Protokol) ve 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (1977 Tarihli II No'lu Ek Protokol) de bulunmaktadır. ACER, Yücel: Ermenistan'ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan'ın Karabağ'a Dair Askeri Faaliyetleri, Seta Analiz, (337), Ekim 2020, s.10.

¹⁶ GERSTENBLITH, s.20.

¹⁷ ÇOKIŞLER, s.67.

¹⁸ ÖKTEM, s.142-143.

¹⁹ Anılan 1977 Tarihli I ve II No'lu Ek Protokol'ün metinleri için bkz: YAMANER et al., s.179-176.

²⁰ ÇAKIRCA, s.29.

²¹ Decision of the Intergovernmental Committee, UNESCO, 5.COM 6.24 <https://ich.unesco.org/en/decisions/5.COM/6.24> (Erişim Tarihi: 26.12.2020).

²² ÇOKIŞLER, s.69.

²³ FRANCONI, s.1217.

²⁴ ÇOKIŞLER, s.71.

1954 Tarihli Sözleşme'nin dibacesinde, kültürel varlıkların yaşanan silahlı çatışmalar sırasında çok zarar gördüğü, teknolojideki ve dolayısıyla da çatışma tekniklerindeki gelişmelerin bu varlıklara verilecek zararın boyutunu büyüttüğü belirtilmiştir. Yine burada ifade edildiği üzere, kültürel varlıkların korunmasının aslında bütün dünya milletleri, yani insanlık için önem taşıdığı anlaşılmış ve bunlar için uluslararası bir korumanın oluşturulması gerektiği ortaya çıkmıştır. Bu sözleşme toplamda 40 maddeden, yedi bölümden ve bir Son Hükümler bölümünden oluşmaktadır. Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin birinci maddesinde, kültürel varlık olarak kabul edilmesi gerekenler ve bu kapsamda korunması gereken yerler sayılmıştır. Buna göre; dinî veya laik, mimari, tarihî anıtlarla, sanat anıtları, arkeolojik değerlerdeki yerler, bütünü itibariyle tarihî veya artistik bir alâka arz eden yapı toplulukları, sanat eserleri, elyazmaları, kitap ve başkaca tarihî, artistik veya arkeolojik değer taşıyan eşya gibi milletlerin kültürlerinde büyük öneme sahip menkul ve gayrimenkul mallar, kültürel varlıklardır. Bunların tutulduğu alanlar ve anıt merkezleri ise korunması gereken yerlerdir. Görüldüğü gibi burada sadece gayrimenkul, yani taşınmaz mallar değil, aynı zamanda menkul, yani taşınır mallar da kültürel varlık olarak kabul edilmiştir²⁵.

Sözleşmenin üçüncü maddesine göre taraf devletler, kendi ülkelerinde bulunan kültürel varlıkları silahlı çatışmanın öngörülebilir etkileri karşısında korumak için uygun tedbirler alacak, bu tedbirleri barış zamanından itibaren hazırlayacaktır. Ne yazık ki, sözleşmenin dördüncü maddesinde askeri gereklilik halleri bir istisna hali olarak kabul edilmiş, bu durumlar haricinde kültürel varlıklara saldırı veya misilleme hareketlerini yasaklamıştır. Öte yandan, kültürel varlıkların zarar görmemesinin istisnası olan bu askeri gereklilik ilkesinin tanımına veya kapsamına yer verilmemiştir²⁶. Sekizinci ve dokuzuncu maddeler, özel koruma altına alınabilecek kültürel varlıkların şartlarını belirlemiş, bunlara yönelik herhangi bir saldırıyı yasaklamıştır. Ancak 11. madde yine bir askeri gereklilik istisnası tanımıştır. Sözleşmenin 19. maddesine göre, sözleşme uluslararası silahlı çatışmalar yanında, iç silahlı çatışmalarda da uygulanacaktır.

1954 Tarihli Sözleşme'ye İlişkin Birinci Protokol, sözleşme metninde yer alan hükümlerin açıklamasını yapan ve bu hükümlerin uygulanmasına yönelik düzenlemeler içerirken, kültürel varlıkların sadece silahlı çatışmalardan değil, aynı zamanda yağma, kaçakçılık ve yasadışı ticaret eylemlerinden de korunması gerekliliğini ortaya koymuştur²⁷. 1954 Tarihli Sözleşme'ye İlişkin İkinci Protokol ile, Silahlı Çatışma Sırasında Kültürel Malların Korunması Komitesi' ve 'Silahlı Çatışma Sırasında Kültürel Malların Korunması Fonu' kurulmuştur. Kurulmuş olan Komite'nin görevleri arasında anılan ikinci protokolün uygulanmasını denetlemek ve rehber ilkeleri hazırlamak; teklif edilen bir kültürel malın gelişmiş koruma altına alınıp alınmayacağına karar vermek; koruma kararını iptal etmek veya askıya almak; Fon'un kullanımını belirlemek gibi önemli sorumluluklar bulunmaktadır. Taraf devletlere ihtiyaç duydukları mali yardımı sağlayan Fon'un ise yine taraf devletlerin gönüllü katkılarından oluştuğu görülmektedir²⁸.

Tarihsel sürece bakıldığında, *Cicero*'nun, kutsal mekanların yok edilmemesi gerektiğini savunduğu²⁹, 'askeri bir fayda sağlayacak olması durumu'nun ise istisna tutulduğu görülmektedir. Yukarıda da değinilen askeri gereklilik durumu işte bu yaklaşımda tarihsel temellerini bulmaktadır³⁰. 1949 Tarihli Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin 27. maddesi, kültürel varlık olduğu gerekçesiyle koruma altına aldığı binaların mümkün olduğu ölçüde korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını öngörmüştür. 'Mümkün olduğu ölçüde' ifadesinden, uluslararası yapılageliş hukuku kuralı niteliği kazanmış bir norm olan askeri gereklilik durumunun, kültürel varlıkların korunması konusunda da bir istisna olarak söz konusu olduğu görülmektedir³¹. Zaten anılan bu sözleşmenin 53. maddesi de, "Ferden veya müştereken hususî şahıslara, devlete veya amme topluluklarına, içtimai teşekküllere veya

²⁵ ÇOKIŞLER, s.70.

²⁶ Askeri gereklilik ilkesi, insanlığa ait temel değerlerin tahribatını engelleme amacı taşıyan, silahlı çatışmalarda çatışan tarafların, silahlı çatışmaya ilişkin düzenlemelere riayet etmek kaydıyla, düşman tarafın teslim olmasını en az kayıpla sağlamak için, sadece yeterli miktarda kuvvet kullanılmasına izin vermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: GÜNEYSU, Gökhan: "Askeri Gereklilik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", Ankara Barosu Dergisi, 4, 2012, s.99-100. *Gerstenblith*, askeri gereklilik kavramının anlamı ve kapsamı üzerine evrensel bir uzlaşıdan bahsedilemeyeceğini iddia etmektedir. GERSTENBLITH, s.21-22.

²⁷ ÇOKIŞLER, s.70.

²⁸ ÇOKIŞLER, s.71.

²⁹ GERSTENBLITH, s.19.

³⁰ ÇOKIŞLER, s.57.

³¹ KURAN, Selami/KAHRAMAN, Şeyda Türkay: "Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak "Askeri Gereklilik": Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler", MÜHF-HAD, 23(1), 2017, s.97.

kooperatiflere ait menkul ve gayrimenkul malların imhası, askerî harekât bu imhayı kat'î olarak zaruri kıldığı haller müstesna, yasaktır.” şeklinde bir düzenleme içererek, askeri gereklilik halleri için net bir istisna yaratmıştır. Dolayısıyla askeri gereklilik doğrultusunda bir kültürel varlığa zarar verilmesinin, ne yazık ki, uluslararası sorumluluk doğurmayacağı, unutulmalıdır³².

Askeri gereklilik ile ilgili düzenlemenin 1954 Tarihli Sözleşme'nin dördüncü maddesinde yer aldığı belirtilmişti. Anılan sözleşme bu nedenle oldukça eleştirilmektedir³³. Bunun yanında, söz konusu metinlere yoneltilebilecek başka eleştiriler de mevcuttur. 1954 Tarihli Sözleşme'nin ve ek protokollerinin düzenlediği ayrıntılı hükümlerin her birinin tam anlamıyla ve bütün ayrıntılarıyla beraber henüz uluslararası yapılageliş hukuku kuralı haline gelemediği görüşüne rastlanmakta, bu da anılan düzenlemelere yoneltelen ikinci eleştiri noktası olmaktadır³⁴. Öte yandan, Amerika Birleşik Devletleri, 1954 Tarihli Sözleşme'nin bazı hükümlerinin uluslararası yapılageliş kuralı olduğunu iddia etmektedir. Bu iddiaya göre, kültürel varlıkların hedef alınmaktan kaçınılması yükümlülüğü uluslararası yapılageliş kuralıdır. Ayrıca, 1954 Tarihli Sözleşme'ye 2009 yılı gibi çok geç bir tarihte taraf olan bu devletin, yine de kendisini kültürel varlıkların çalınması, yağmalanması veya zimmete geçirilmesi konularında da sözleşme hükümleriyle bağlı hissettiği görülmektedir³⁵. Benzer doğrultuda, *Francioni* günümüzde kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemelerin uluslararası yapılageliş kuralına dönüştüğünü, üstelik bunun sadece silahlı çatışma dönemlerinde değil, aynı zamanda çatışmanın olmadığı dönemlere ilişkin bir uluslararası yapılageliş kuralı olduğunu kabul etmektedir³⁶.

Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün üçüncü maddesinde mahkemenin savaş hukukuna veya 'yapılageliş kurallarına' aykırı bir şekilde dini yapılara, hayır kurumlarına, eğitim yerlerine, tarih, sanat veya bilimle ilgili yapılara veya diğer varlıklara zarar verilmesinin cezalandırılabilirliği düzenlenmiştir³⁷. Anılan varlıklara zarar verilmesini suç olarak öngören bu maddenin metninden, ilgili davranışın uluslararası yapılageliş kuralına aykırı olarak da değerlendirildiği anlaşılabilmektedir³⁸. *Gerstenblith* de 1954 Tarihli Sözleşme'nin ve kültürel varlıklara ilişkin yukarıda anılan diğer düzenlemelerin de uluslararası yapılageliş hukuku niteliği kazandığını savunmaktadır³⁹. Özetle günümüzde kültürel varlıkların özellikle silahlı çatışmalar sırasında korunması gerektiği, yaygın bir şekilde ve çok uzun süredir kabul gören bir yazılı olmayan hukuk kuralı niteliğindedir. Bu doğrultuda, kendilerine taraf olmayan ve ısrarlı itirazcı konumunda bulunmayan uluslararası hukuk sükelerini de bağlamaktadır⁴⁰. O halde, uluslararası hukuk açısından kültürel varlıkların en azından silahlı çatışmalarda korunmasına ilişkin bir uluslararası yapılageliş hukuku oluştuğu net bir şekilde belirtilebilir. Bu nedenle söz konusu eleştirinin yoneltilmesinin haklılığı günümüzde tartışmalıdır.

Bir diğer eleştiri, 1954 Tarihli Sözleşme'nin de silahlı çatışmalar üzerinde durması, silahlı çatışmanın olmadığı durumları kapsamına almamasıdır. Yine de, bu sözleşmede korumanın uluslararası silahlı çatışmalarla sınırlı tutulmaması, iç silahlı çatışmaları da kapsamına alması, bir ülkenin tamamen ya da kısmen işgali durumunda uygulanacağını belirtmesi, çatışma taraflarının niteliği üzerinde durmaması gibi uygulama alanını genişletecek düzenlemeler içermesi olumlu sayılabilecek özellikleridir⁴¹.

1954 Tarihli Sözleşme ve ek protokollerinde bir yargı mekanizmasının veya bir icra mekanizmasının bulunmaması, bir diğer önemli eksiklik olarak gündeme getirilmektedir⁴². Gerçekten de 1954 Tarihli Sözleşme ve ek protokolleri kapsamında bir yargı mekanizması kurulmamıştır; ancak bu söz konusu varlıklara silahlı çatışmalarda zarar verilmesi halinin yargılanmaması imkanının olmadığı anlamına gelmemektedir. UCM Statüsü'nün⁴³ Savaş Suçları başlığını taşıyan sekizinci maddesinin birinci fıkrasına göre, anılan bu mahkeme savaş suçlarını

³² ÇOKIŞLER, s.71.

³³ ÇOKIŞLER, s.65 ve KURAN/KAHRAMAN, s.91.

³⁴ ÇOKIŞLER, s.71.

³⁵ GERSTENBLITH, s.24.

³⁶ FRANCIONI, s.1219.

³⁷ Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (Erişim Tarihi 12 Aralık 2020).

³⁸ GERSTENBLITH, s.25-26.

³⁹ GERSTENBLITH, s.26.

⁴⁰ ÇOKIŞLER, s.62-63 ve s.71.

⁴¹ NAHLIK, s.1078.

⁴² GERSTENBLITH, s.25. Ayrıca bkz: ÇOKIŞLER, s.71.

⁴³ Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, <http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/UCM%20MEV/Roma%20Stat%C3%BCs%C3%BC.pdf> (Erişim Tarihi: 02.12.2020).

işlediği iddia edilen kişileri yargılayabilmektedir. Sekizinci maddenin ikinci fıkrasında ise, savaş suçları sayılmıştır. Bu kapsamda, “askeri amaçlı olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya yardım amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere kasten saldırı düzenlenmesi,” mahkemenin yargı yetkisini kullanabileceği kapsamdaki bir savaş suçudur.

Konu uluslararası ceza hukukundan açılmışken, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne yine değinmekte fayda vardır. Kullanımı dinsel veya hayır amaçlarına özgülenmiş binaların, eğitim için kullanılan yapıların, tarihi bina ve eserlerin zarar görmesine neden olan eylemlerin bağımsız bir şekilde savaş suçu olarak düzenlenmesinin ilk örneği, aslında 1993 Tarihli Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nün 3. maddesidir. Bu maddede 1949 tarihli yukarıda anılan Cenevre Sözleşmelerine atıf yapılmış ve anılan varlıklara yönelik gasp, tahribat veya yok etme eylemlerinin savaş suçu oluşturacağı belirtilmiştir⁴⁴.

B. Silahlı Çatışmalar ve Kültürel Varlıklar İlişkisinde Bireysel Sorumluluk

Yukarıda aktarılan ve silahlı çatışma dönemlerinde kültürel varlıkların zarar görmemesine yönelik hukuksal bir koruma yaratmak isteyen uluslararası insancıl hukuk belgeleri, özünde taraflarına ve muhataplarına kültürel varlıkları koruma yükümlülüğü yüklemektedir. Uluslararası hukuk çatısı altında oluşturulan bu yasal düzenlemelere rağmen, yine de gerek devletler, gerek devletler adına hareket eden organlar ve devletin kamu gücünü kullanma ayrıcalığına sahip temsilcileri ve gerekse de genellikle kendilerini uluslararası hukukla bağlı hissetmeyen devlet dışı aktörler, silahlı çatışmalarda veya silahlı çatışma olmayan durumlarda, kültürel varlıklara zarar vermekten kaçınmamaktadır. Bu da, oluşturulmaya çalışılan hukuki korumanın yetersiz kaldığı izlenimini uyandırmaktaydı⁴⁵. Bu noktada, UCM’nin *Al Mahdi* kararı⁴⁶ önem taşımaktadır. Söz konusu karar, aşağıdaki kısımlarda daha ayrıntılı bir şekilde değinileceği gibi, kültürel varlıkların korunmasına ilişkin kuralların ihlali durumunda bireysel sorumluluğun doğacağını ve bireylere yaptırım uygulanacağını ortaya koyan bir karardır. Bu karar doğrultusunda, silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıklara zarar veren bireylerin sorumluluktan kurtulamayacaklarını bilmeleri, kültürel varlıklara zarar vermekten kaçınmalarına yönelik bir umut ışığıdır.

UCM Statüsü, savaş suçları ile kültürel varlıkların silahlı çatışma zamanında saldırıya uğraması arasında bir bağ kurmuştur. Savaş suçları, silahlı bir çatışma halinde asker veya sivil bireylerin, silahlı çatışmalar hukukuna ya da uluslararası insancıl hukukuna aykırı davranışları olarak ifade edilmekte ve statünün sekizinci maddesinde düzenlenmektedir. Genel olarak yukarıda anılan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri, 1977 tarihli I ve II No’lu Ek Protokolleri ve UCM’nin anılan maddesi, savaş suçlarının belirlenmesinde kullanılan önemli hukuki düzenlemelerdir⁴⁷. UCM Statüsü’nün sekizinci maddesine göre, uluslararası hukukun mevcut sistemi içerisinde, uluslararası silahlı çatışmalarda uygulanabilen hukukun ve yapılagelişlerin ciddi ihlalleri, savaş suçudur. Buna din, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere, hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi de dahildir. Aynı düzenleme, iç silahlı çatışmalar için de kabul edilmiştir.

UCM, *Al Mahdi* kararında silahlı çatışmalarda kültürel varlıklara verilen zararı, savaş suçu olarak kabul etmiştir⁴⁸. Bu karar, silahlı çatışmalarda ilgili varlıklara zarar veren bireylerin yargılanıp ceza almasının uygulamada da örneğine rastlanan bir vaka olmaya başladığının ispatı olup, savaşın ve devletlerin buna dikkat etmesi gerekmektedir.

Belirtildiği gibi, silahlı çatışmalar sırasında işlenebilecek diğer tüm suçların yanında, taraflarının birbirlerinin kültürel varlıklarını hedef alarak, karşı tarafın kültürüne, tarihine, kimliğine ve geçmiş kuşaklardan gelecek kuşaklara aktarılacak olan en temel miraslarına zarar verme eğilimi de gösterdiği görülmektedir⁴⁹. *Yavuz*’a göre, toprak paylaşımından ziyade, dinsel

⁴⁴ Aynı sistem, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde de izlenmiştir. *Yavuz*, s.172. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, *Prosecutor v. Jokic* yargılamasına ilişkin kararında gerçekten de dinsel amaçlarla, hayır işleri için, eğitime yönelik yapıların veya bilime, tarihe ve sanata ilişkin varlıkların zarar görmesinin suç oluşturduğunu hükme bağlamıştır. *Prosecutor v. Jokic*, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 09.05.2007, IT-02-60-A, <https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ac10ac2.html> (Erişim Tarihi: 26.12.2020), s.18-19, prgrf.46.

⁴⁵ ÇOKİŞLER, s.73.

⁴⁶ *The Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, UCM, ICC-01/12-01/15, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF (Erişim Tarihi: 22.12.2020).

⁴⁷ YAVUZ, s.170.

⁴⁸ *The Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, prgrf.52.

⁴⁹ FRANÇIONI, s.1218.

temelli farklılıkların neden çatışmalarda, taraflarda karşı tarafın kültürel varlıklarına zarar verilerek, kimliklerinin yok edilmeye çalışılması, bu eğilimin nedenlerinden birisidir⁵⁰.

Çatışma taraflarının kimi zaman kültürel varlıklara ‘satarak çatışmaya devam edebilmek için gerekli maddi kaynağı edinme olanağına kavuşacakları varlıklar’ olarak baktıkları da görülmektedir. Bu da söz konusu varlıklara zarar verme eğiliminin ikinci nedenidir. Çatışmaların genellikle devlet yönetiminin güçlü olmadığı ya da zayıfladığı ülkelerde yaşandığı bilinmektedir. Üçüncü olarak ortaya çıkan neden, burada kültürel varlıkların korunmasına yönelik bir bilinç, irade veya öncelik tanıma durumu bulunmamasıdır. Dördüncü olarak da silahlı çatışma taraflarıyla bağlantılı bir nedenle karşılaşmaktadır. Genellikle çatışmalarda sadece iki taraf bulunmamakta; devletlerin silahlı birlikleri yanında, birçok farklı silahlı örgütlenmiş grup veya terör örgütleri de çatışmaya katılabilmektedir. Bu gruplar kimi zaman kendilerini uluslararası insancıl hukuk kurallarıyla bağlı hissetmemekte veya bu kurallara ilişkin bir bilgiye sahip bulunmamakta, dolayısıyla da kültürel varlıklara zarar verme özgürlüğünü hissetmektedir⁵¹.

Günümüzde uluslararası insancıl hukukun ihlaline yol açan davranışların genellikle bireylerin kişisel cezai sorumluluğuna neden olduğu uluslararası ya da uluslararası boyutu olan suçlar olarak değerlendirildiği görülmektedir⁵². Aşağıda da değinileceği gibi, kültürel varlıklara silahlı çatışmalar halinde zarar verilmesini yasaklayan hükümlere aykırılık da, bu kapsamda değerlendirilmeli ve savaşın dikkati bu noktaya çekilmelidir. Aksi durumda, yargılanmaları söz konusu olabilecektir. Bu konuya çalışmanın ilerleyen aşamalarında yine değinilecektir.

III. AZERBAIJAN VE ERMENİSTAN ARASINDAKİ KARABAĞ SORUNU, YAŞANAN SİLAHLI ÇATIŞMALAR VE 10 KASIM 2020 TARİHLİ ANDLAŞMA

Karabağ, 7 Haziran 1923 tarihinden günümüze değin, Azerbaycan ülke sınırları içinde bulunan, aslında özerk bir bölge olarak kabul edilmişti⁵³. Yakın döneme gündemini vuran Dağlık Karabağ sorununun özünde, Ermenistan’ın tarihsel bağlarının olduğunu ve bölgede yaşayan Ermenilerin kendi kaderini tayin etme hakkının bulunduğunu öne sürerek, bu bölgedeki toprak üzerinde hak iddia etmesi, Azerbaycan’ın ise bu iddiaya karşı çıkararak, Dağlık Karabağ bölgesini kendi ülke parçası olarak kabul etmesi ve toprak bütünlüğüne vurgu yapması yatmaktadır⁵⁴. Gerçekten de, 1910’lu yılların sonlarından itibaren bölgenin Azerbaycan’ın bir parçası olarak kabul edildiği bilinmektedir⁵⁵. Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu’nun 14 Mart 2008 tarihli, A/RES/62/243 sayılı kararına “Azerbaycan’ın İşgal Edilen Topraklarının Durumu” başlığının verildiği, kararda da Azerbaycan’ın toprak bütünlüğüne ve egemenliğine saygı duyulması gerektiğini tekrar vurguladığı görülmektedir. Bu durum da, konuyla ilgili Azerbaycan iddialarının BM tarafından desteklendiğini göstermektedir⁵⁶.

Ermenistan’ın kendi iddiaları doğrultusunda Dağlık Karabağ olarak anılan bölgeyi ve Ağdam, Cebrail, Fuzuli, Gudabli, Kelbecer, Laçın ve Zengilan’ı işgal etmesi, sivil kişilerin zorla yerinden edilmesine neden olmuştur⁵⁷. Bölgede Ermenistan ve Azerbaycan arasında uzun yıllar süren ilan edilmemiş, ancak teknik anlamda bir silahlı çatışma⁵⁸ olarak değerlendirilmesi gereken yoğun şiddet eylemlerinin temelleri buna dayanmaktadır⁵⁹. Zaten herkesçe de bilindiği gibi,

⁵⁰ YAVUZ, s.171.

⁵¹ YAVUZ, s.171 ve ÇOKIŞLER, s.73.

⁵² ACER, s.7. Herhangi bir suçun uluslararası boyutu olabilmektedir; ancak uluslararası suçlar günümüzde UCM Statüsü’nde dört tane olarak sayılmıştır. Bunlar: Statünün beşinci maddesine göre, soykırım suçu, insanlığa karşı suç, savaş suçu ve saldıran suçudur.

⁵³ GÜLER, Şükri: “Karabağ Sorunu Üzerine Bir Not”, *AÜSBFD*, 47(1), 1992, s.183. 1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası ile uyumlu değildi. Söz konusu anayasanın 11. bölümündeki 87. maddeye göre, Dağlık Karabağ Özerk Bölgesi, Azerbaycan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti’nin bir özerk bölgesiydi. 1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası, <https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1977toc.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2021).

⁵⁴ SÖKER, Çağlar: “Dağlık Karabağ Sorunu’nun Çatışmayı Çözme Perspektifinden İncelenmesi”, *KAÜİBFD*, 8(16), 2017, s.565.

⁵⁵ ABDULLAHZADE, Cavid: *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.59-60.

⁵⁶ The Situation in the Occupied Territories of Azerbaijan, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 25.04.2008, A/RES/62/243, <https://undocs.org/A/RES/62/243> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

⁵⁷ SÖKER, s.557.

⁵⁸ ISAYEV, Tuğçe: “Ermenistan’ın Dağlık Karabağ’ın İşgalinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu”, *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2018, s.22. Ayrıca bknz: SÖKER, s.561.

⁵⁹ YILMAZ, Meşkure: “Karabağ Savaşı ve Adım Adım Hocalı Soykırımı”, *Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi*, 9(2), 2013, s.97. Günümüze kadar bölge üzerinde yaşanan uluslararası uyuşmazlık için çeşitli çözüm girişimleri olmuş, ancak çeşitli uzlaşmaz tutumlar ve siyasi sebeplerle başarıya ulaşamamışlardır. Örneğin 24 Eylül 1991 tarihinde iki devlet arasında ateşkese de içeren bir andlaşma yapılmış, ancak sonra yaşanan çeşitli siyasi gerilimler

silahlı çatışmalar için herhangi bir ilan şartı aranmamaktadır. Silahlı çatışma yoğunluğuna ulaşılmış şiddet olayları varsa, taraflar uluslararası insancıl hukuk kurallarına uymakla ve özellikle sivil unsurlarla, korunan diğer varlıklara zarar vermemekle yükümlüdür⁶⁰.

1992 yılında yaşanan ve Ermenistan'ın devlet olarak desteği bulunduğu iddia edilen Hocalı katliamı, iki devlet arasındaki Dağlık Karabağ bölgesine ilişkin uyuşmazlığı, soykırımı da içeren büyük bir drama çevirmiş⁶¹, ardından da Dağlık Karabağ bölgesinin fiili kontrolü neredeyse tamamen Ermenistan'ın eline geçmiştir⁶². BM Güvenlik Konseyi Dağlık Karabağ bölgesine ilişkin uyuşmazlık konusunda dört farklı karar⁶³ almıştır. Bu kararlarında Ermeni silahlı birliklerinden Ermenistan'ın işgal ettiği ve Azerbaycan'a ait olan toprakları terk etmelerinin talep edilmiş olduğu görülmektedir. Ancak bunun gereği hiçbir zaman yerine getirilmemiştir⁶⁴.

Yukarıdaki bölümde anılan uluslararası insancıl hukuka ilişkin temel belgelere göre silahlı çatışmada esir olmuş insanlara yönelik kötü davranış, sivillerin korunmaması, yaralıların tedavi edilmemesi, eğitim kurumlarına zarar verilmesi, kültürel ve dini varlıkların korunmaması, uluslararası insancıl hukukun temel amacına aykırıdır⁶⁵ ve bu aykırı davranışlar aslında sorumluluk doğuran ihlalleri oluşturmaktadır⁶⁶. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nca hazırlanan Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler⁶⁷ isimli metnin 1. maddesine göre, uluslararası hukuku ihlal eden her hareket, ilgili ihlali gerçekleştiren devletlerin uluslararası sorumluluğuna yol açmaktadır.

Bu doğrultuda, Dağlık Karabağ bölgesi ile ilgili uyuşmazlıkla ilgili olarak pek çok uluslararası hukuk kuralını ve uluslararası insancıl hukuk kuralının ihlal edildiği iddiaları vardır⁶⁸; ancak bu iddiaların tamamına çalışmanın kapsamı nedeniyle değinilemeyecektir. En temelde, Ermenistan'ın aslında Azerbaycan'a ait olan Dağlık Karabağ bölgesinde ve sınırlarda gerçekleştirdiği saldırılarla bir *jus cogens* norm olan kuvvet kullanma yasağını ihlal ettiği belirtilmelidir. Yukarıda da anılan Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'in ikinci maddesine göre, devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğması için birtakım şartların karşılanması gerekmektedir. Bunlar, icrai ya da ihmali surette işlenen bir davranış, bunun bir devlete atfedilebiliyor olması ve uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturmasıdır. Bu kapsamda değerlendirilecek olursa, Dağlık Karabağ'ın işgalinde Ermenistan, buradaki Ermeni gönüllü ve milislerine büyük destek sağlamıştır⁶⁹. 1992 yılında Ermenistan Savunma Bakanı, Ermenistan'a ait silahlı birliklerin de Dağlık Karabağ savaşına katıldığını kabul etmiştir⁷⁰. Bu da ihlalin Ermenistan'a atfedilmesi için yeterlidir. Bu nedenle de Ermenistan'ın uluslararası sorumluluğu doğmuştur. Zaten işgalin devam eden sürecinde Ermenistan silahlı birliklerini bölgeye göndermiş; ayrıca olayda Ermenistan açısından herhangi bir hukuka uygunluk sebebi de yer almamaktadır⁷¹.

İnsancıl hukuk ihlalleri nedeniyle Ermenistan'ın Uluslararası Haksız Fiilden Ötürü Devletin Milletlerarası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler'de de öngörülen zarar onarım

nedeniyle uyuşmazlık ortamına geri dönmüştür. Benzer şekilde 21 Aralık 1991 tarihinde Alma Ata Andlaşması yapılmış (EKİCİ, Yunus: “Azerbaycan ve Ermenistan Arasında Bitmeyen Dağlık Karabağ Sorunu”, VAKANÜVİS-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi, 2(1), 2017, s.72-74), 14 Şubat 1992'de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın girişimiyle oluşturulan Minsk Grubu aracılığıyla uzlaşmaya yönelik girişimler yapılmış, ancak nihai bir barışa ulaşılamamıştır. SÖKER, s.559.

⁶⁰ ACER, s.9.

⁶¹ HAMİDOV, Habil: “Armenian Aggression Against the Azerbaijani People and its Cultural Heritage”, AJHSSR, 4(2), 2020, s.295.

⁶² GÜREL, s.183. Hocalı'da yaşanan soykırımı ilişkin rakamsal veriler de içeren bilgi için bkz: YILMAZ, s.98.

⁶³ Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 30.04.1993, S/RES/822, <http://unscr.com/en/resolutions/822> (Erişim Tarihi: 27.12.2020), Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 29.07.1993, S/RES/853, <http://unscr.com/en/resolutions/853> (Erişim Tarihi: 27.12.2020), Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 14.10.1993, S/RES/874, <http://unscr.com/en/resolutions/874> (Erişim Tarihi: 27.12.2020), Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 12.11.1993, S/RES/884, <http://unscr.com/en/resolutions/884> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

⁶⁴ YILMAZ, s.101.

⁶⁵ YALÇINKAYA, Alaeddin: “Gence Soykırımı, İnsancıl Hukuk ve Cenevre Sözleşmeleri”, Turkish Forum, 03.12.2020, <https://www.turkishnews.com/tr/content/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020), s.1-2.

⁶⁶ PİRİM, Ceren Zeynep: “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 32(2), 2012, s.149.

⁶⁷ Anılan taslak maddelerin metni için bkz: Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Erişim Tarihi: 28.12.2020).

⁶⁸ İddiaların ayrıntıları için bkz: ISAYEV, s.22.

⁶⁹ ISAYEV, s.23-24.

⁷⁰ ISAYEV, s.27. Rus silahlı birliklerinin de Ermenistan silahlı birliklerine destek verdiği iddia edilmektedir. ACER, s.8.

⁷¹ ISAYEV, s.23-24.

yöntemlerinden biri veya birkaçıyla, neden olduğu zararı gidermesi gerekecektir. Bu yöntemler, sorumluluğa ilişkin anılan taslak metnin 35. maddesinde öngörülen eski hale iade, 36. maddesinde öngörülen tazminat ve 37. maddesinde öngörülen manevi onarım yöntemleridir.

Dağlık Karabağ bölgesi üzerindeki uyuşmazlığın ilk başından itibaren, sivillerin aldığı zarar ve onlara yönelik hak ihlalleri uluslararası kamuoyunun vicdanını hep rahatsız etmiştir. Verilere göre sadece 1993-1994 yılında Dağlık Karabağ bölgesi nedeniyle yaşanan çatışmalarda beş bine yakın kişi kaybedilmiş⁷², yirmi beş bin civarında insan hayatını kaybetmiş, bir milyondan fazla insan yerinden edilmiştir ve hala evlerine dönememiştir⁷³.

27 Eylül 2020 tarihine gelindiğinde, işgal altındaki Azerbaycan topraklarında yeniden yaşanan sıcak silahlı çatışmaların ardından her iki devlet de seferberlik ilan etmiş, yeni saldırılar yaşanmıştır. Bu çatışmalarda pek çok uluslararası insancıl hukuk kuralları ihlal edilmeye devam edilmiştir⁷⁴. Ermenistan Başbakanı *Nikol Paşinyan* yaşananları Azerbaycan'ın otoriter bir rejime sahip olması ve Ermenilere karşı kuvvet kullanmasıyla açıklamış, öte yandan Azerbaycan Cumhurbaşkanı *İlham Aliyev* ise Azerbaycan'ın kendine ait toprakları savunduğunu, dolayısıyla toprak bütünlüğünü korumaya çalıştığını iddia etmiştir. Taraflar arasında 10 Ekim 2020 tarihinde bir ateşkes yapılmış, ancak özellikle Ermenistan'ın bunu ihlal eden kuvvet kullanma faaliyetlerinde bulunduğu ve sivillere zarar vermeye devam ettiği görülmüştür⁷⁵. Söz konusu saldırılarda hastanelerin, okulların ve mezarlıkların zarar gördüğü bilinmektedir⁷⁶.

27 Eylül 2020'de başlayan bu sıcak çatışmaların sonucunda Azerbaycan 300'e yakın yerleşim bölgesini Ermenistan'ın işgalinden kurtarmış, iki devlet arasında 9 Kasım 2020 tarihli bir ateşkes andlaşması yapılmıştır. Bu andlaşma Ermenistan, Azerbaycan ve Rusya arasında imzalanmış ve 10 Kasım 2020 tarihinde, 00.00 itibariyle yürürlüğe girmiştir⁷⁷. Andlaşmanın ikinci ve altıncı maddelerine göre, işgal edilmiş topraklarının kademeli olarak Azerbaycan'a geri verilmesi gerekmektedir. Andlaşmanın üçüncü maddesi de önemli düzenlemeler içermektedir. Buna göre Dağlık Karabağ'daki temas hattı ve Laçın koridorunda 1960 askerin, 90 zırhlı aracın, 380 özel askeri aracın ve Rus barış güçlerinin konuşlandırılması öngörülmüştür. Beş yıllık bir süre için konuşlandırılan Rus barış gücü askerlerinin görev süresinin uzatılması, altı ay önceden bir bildiri yapılmaması halinde, beş yıllık yeni bir süre için geçerli olacaktır⁷⁸.

Andlaşmanın uygulanmasını gözetlemek için kontrol merkezi oluşturulması andlaşmanın beşinci maddesinde, yerinden edilmiş kişilerin Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiseri'nin kontrolünde Dağlık Karabağ'a ve etrafında bulunan bölgelere yeniden yerleştirilmesi ise yedinci maddesinde öngörülmüştür. Sekizinci maddeye göre silahlı çatışmanın esirleri ve karşı tarafın elindeki cenazeler değiştirilecektir⁷⁹. Anılan ateşkes andlaşması, Azerbaycan'ı ve Türkiye'yi oldukça memnun eden bir gelişme olmuş, öte yandan Ermeniler Ermenistan'ın bu andlaşmaya taraf olmasına büyük tepki göstermiştir⁸⁰.

Ateşkesi öngören andlaşmanın yapılmasının ardından, altıncı maddesi doğrultusunda, Kelbecer şehrinin 15 Kasım 2020 tarihinde, Laçın şehrinin ise 1 Aralık 2020 tarihinde boşaltılarak, Azerbaycan'a terk edilmesi gerekmektedir. Kelbecer şehri için ek süre isteyen Ermenistan, bu şehri 25 Kasım 2020 tarihinde, Laçın şehrini ise 1 Aralık 2020 tarihinde boşaltarak, Azerbaycan'a geri vermiştir⁸¹.

⁷² Information by Azerbaijan to the study on intentional destruction of cultural heritage (Responses to the Questions by Ms. Karima Bennoune, Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights), s.2.

⁷³ ACER, s.8.

⁷⁴ ACER., s.7-8. Örneğin Gence, Mingecvir, Terter gibi bölgelerde çocukları da içerecek şekilde sivillerin saldırı hedefi haline getirildiği, öldürüldükleri veya yaralandıkları basında sıkça yer almıştır. YALÇINKAYA, s.3.

⁷⁵ ACER, s.12.

⁷⁶ ÇOKIŞLER, s.73.

⁷⁷ MODEBADZE, Valeri: "The Escalation of Conflict Between Armenians and Azerbaijanis and the Problems of Peaceful Resolution of the Nagorno-Karabakh War", Journal of Liberty and International Affairs, 6(3), 2021, s.103.

⁷⁸ 09.11.2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması, <https://www.civilnet.am/news/2020/11/10/9-Points-Signed-by-Aliyev-Pashinyan-Putin-on-Karabakh/407092> (Erişim Tarihi: 05.11.2020).

⁷⁹ 09.11.2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması, <https://www.civilnet.am/news/2020/11/10/9-Points-Signed-by-Aliyev-Pashinyan-Putin-on-Karabakh/407092> (Erişim Tarihi: 05.11.2020).

⁸⁰ <https://tr.euronews.com/2020/11/11/ermenistan-da-karabag-da-izmalanan-ateskes-sonras-binlerce-kisi-pasinyan-n-istifas-n-isted> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁸¹ Kelbecer'in Boşaltılması İçin Ermenistan'a Ek Süre Verildi, 15.11.2020, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/kelbecerin-bosaltilmasi-icin-ermenistana-ek-sure-verildi-531068.html> (Erişim Tarihi: 07.12.2020).

IV. DAĞLIK KARABAĞ'DA YAŞANAN ÇATIŞMALARDA KÜLTÜREL VARLIKLARA VERİLEN ZARAR VE ULUSLARARASI SORUMLULUK

Uluslararası insancıl hukuk ihlallerini gerçekleştiren bireylerin yargılanması ve buna destek olan ya da buna yönelik bir politika güden devletlerin sorumluluğunun ortaya konulması, adaletin gereğidir. Bu tür yargılamalar, sorunların uluslararası boyutu ve karmaşıklığı nedeniyle hemen yapılamamaktadır. Ancak hukuki sürecin başlaması, herkesçe desteklenmelidir⁸². Peki, uluslararası hukuk açısından bakıldığında, bunun Dağlık Karabağ sorunu kapsamında yönlendirici olarak kabul edilebilecek bir yöntemi var mıdır? Kültürel varlıklara silahlı çatışma sırasında zarar verildiğine ilişkin iddiaların olduğu anlarda ve bireylerin yargılanmasıyla ilgili durumlarda akla UCM'nin *Al Mahdi* kararı gelmektedir. Ancak bundan önce, Dağlık Karabağ'da etkili otoritenin kim olduğunu ortaya koyan AİHM'in *Chiragov* ve diğerleri Ermenistan'a karşı⁸³ kararına bakmakta da fayda vardır.

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Chiragov* ve diğerleri Ermenistan'a Karşı Kararı ile Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin *Al Mahdi* Kararının Konu Bakımından Önemi

AİHM'in çok bilindik *Chiragov* ve diğerleri Ermenistan'a karşı kararına bakmakta fayda vardır. Dağlık Karabağ'da bulunan Laçin şehrindeki mülklere ilişkin mülkiyet haklarını kullanamayan *Chiragov* ve diğer insanların, Ermenistan'a karşı açtığı davada başvuranlar, mülklerinin olduğu kente yönelik saldırıları Dağlık Karabağ'daki Ermenilerin oluşturduğu birliklerin yanında, Ermenistan Devleti'nin de gerçekleştirdiğini iddia etmiştir⁸⁴. Ermenistan ise, her zaman anılan bölgede yaşanan çatışmalarla bir bağlantısı olmadığını savunmuştur⁸⁵. Ermenistan'a göre söz konusu saldırıları Dağlık Karabağ'a ait birlikler ve gönüllü gruplar yapmaktadır⁸⁶.

Oysa AİHM'e göre Ermenistan birliklerinin ve Ermenistan destekli diğer birliklerin anılan bölgede varlığını sürdürdüğü bir gerçektir. Mahkemeye göre, Ermenistan'ın gerek mevcut, gerek eski hükümet üyelerinin beyanları, çeşitli tutanaklar ve basın açıklamaları, Ermenistan'ın Dağlık Karabağ çatışmasına dahil olduğunun önemli bir ispatıdır. Bu doğrultuda, Laçin'den kaçarak Bakü'ye giden başvuranların, geride bıraktıkları mülklerini kullanamamaları, bir diğer deyişle, başvuranların mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi haklarına yönelik sürekli bir ihlal durumu söz konusu olmuştur. Dolayısıyla Mahkemenin, Ermenistan'ın bölgeyi işgalinin ve bu nedenle de etkili otorite olduğunun ve başvuru sahiplerinin İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 1. Protokol'ün birinci maddesinde korunan mülkiyet haklarını da ihlal ettiğini kabul ettiği görülmektedir⁸⁷.

Anılan karar sayesinde, Dağlık Karabağ bölgesi ile ilgili yaşanan silahlı çatışmaların bu bölgede yaşayan Ermeni nüfus ile Azerbaycan'ın arasında değil, Ermenistan ile Azerbaycan'ın arasında olduğu netleşmiştir⁸⁸. Dolayısıyla, ilgili bölgede gerçekleştirilen ve kültürel varlıklara da zarar veren uluslararası insancıl hukuk ihlallerinin Ermenistan'ın sorumluluğuna yol açacağını iddia etmek, yanlış olmayacaktır. Bu karara değindikten sonra, Dağlık Karabağ sorunu kapsamında verilmeyen, ama burada işlenen kültürel varlıklara ilişkin uluslararası insancıl hukuk ihlalleri bakımından yol gösterici niteliği çok önemli olan UCM'nin *Al Mahdi* kararına değinmekte de fayda vardır.

Batı Afrika'daki Mali'nin Timbuktu şehrinde bulunan kültürel varlıklara verilen zarara ilişkin UCM'de bir dava açılmış, UCM yaptığı yargılama sonucu aldığı *Al Mahdi* kararında, *Al Mahdi* ve diğer milislere dokuz yıl hapis cezası vermiştir⁸⁹. Olaya ilişkin bilgilere bakıldığında, Mali'de 2012 yılından 2015 yılına kadar yaşanan şiddet olaylarının, taraflar arasında imzalanan barış andlaşmasıyla sona erdiği görülmektedir. Yaşanan çatışmalar sırasında ülkenin kuzeyinde bulunan ve kültürel varlıklarıyla ünlü Timbuktu şehri, bazı silahlı örgütlerinin kontrolüne

⁸² ACER, s.9.

⁸³ *Chiragov ve Diğerleri Ermenistan'a Karşı*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.12.2017, 13216/05, Final Judgement, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%7B%22document%22%7D%22itemid%22:%7B%22001-179554%22%7D%7D> (Erişim Tarihi: 28.12.2020).

⁸⁴ *Chiragov ve Diğerleri Ermenistan'a Karşı*, Final Judgement, prgrf.16.

⁸⁵ Armenia and Azerbaijan Fight Over Disputed Nagorno-Karabakh, 27.09.2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-54314341> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).

⁸⁶ *Chiragov ve Diğerleri Ermenistan'a Karşı*, Final Judgement, prgrf.62.

⁸⁷ *Chiragov ve Diğerleri Ermenistan'a Karşı*, Final Judgement, prgrf.169-170.

⁸⁸ *Chiragov ve Diğerleri Ermenistan'a Karşı*, Final Judgement, prgrf.60.

⁸⁹ *The Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, prgrf.109.

geçmişti. *Al Mahdi* isimli kişi, Ansar Eddine ve Mağrip El-Kaide isimli silahlı örgütlerle hareket eden bir çatışandı. *Al Mahdi* ve onunla hareket eden diğer kişiler, çatışmalar sırasında Timbuktu'da bulunan ve UNESCO'nun koruma listesinde olan evliyalara ait anıt mezarlara ve camilere saldırı düzenlemiştir⁹⁰.

Mali, UCM Statüsü'ne taraf olan ve mahkemenin yargı yetkisini tanıyan bir devlettir⁹¹. Mali, Timbuktu'da bulunan kültürel varlıklara düzenlenen saldırı ve verilen zararlar ilgili olarak UCM'ye başvurmuş, bunun üzerine UCM Savcılığı soruşturma başlatmış ve iddianame hazırlanmıştır. İddianameye göre söz konusu kültürel varlıklara verilen zarar, UCM Statüsü'nün sekizinci maddesi kapsamında değerlendirilmelidir⁹². Hatırlanacağı üzere ilgili madde uyarınca, askeri amaçlı kullanılmıyor olmaması koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalar, tarihi eserler, hastaneler ile hasta ve yaralıların toplandığı yerlere bilerek saldırı düzenlenmesi eylemleri savaş suçu olarak kabul edilmelidir. Bu düzenleme, 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve ek protokolleri, 1954 Tarihli Sözleşme ve ek protokolleri gibi, kültürel varlıkların silahlı çatışmalar sırasında korunmasını emreden çok önemli bir düzenleme olup, bireylerin uluslararası cezai sorumluluğunu açıkça ortaya koymaktadır⁹³.

UCM, statüsünün yukarıda anılan maddesi kapsamında, Mali'de yaşananların iç silahlı çatışma olduğuna, *Al Mahdi* ve diğer kişilerin kültürel varlıklara yapmış oldukları saldırıların savaş suçu olduğuna, yargılanan kişilerin de bu iç silahlı çatışmanın bilincinde olduğuna, bu doğrultuda suçun unsurlarının gerçekleştiğine karar verilmiştir⁹⁴. 2016 yılının Eylül ayında verilen bu karar, kültürel varlıkların silahlı çatışma sırasında zarar görmesinin uluslararası suç olarak kabul edilmesine yönelik UCM'nin kendi uygulaması açısından ilk örneği olmuştur⁹⁵. Bu durumda çatışma sırasında kültürel varlıklara verilecek olan zararların, UCM veya kurulan herhangi bir ad hoc mahkemenin yargı yetkisinde kabul edilebileceği, güncel bir uygulamayla bir kere daha kesinleştirilmiştir.

UCM'nin kararında belirtildiği gibi, Timbuktu şehrini kontrol altında tutan silahlı örgütlerle hareket eden *Al Mahdi* ve diğer kişilerin, iç silahlı çatışma sırasında bu bölgedeki kültürel varlıklara zarar verilmesi, bireysel cezai sorumluluğa neden olmuştur. UCM'nin bu kararı, Dağlık Karabağ sorunu açısından da önemlidir. AİHM'in *Chiragov* ve diğerleri Ermenistan'a karşı kararı, Dağlık Karabağ'daki etkili otoritenin Ermenistan olduğuna yönelik net bir saptamadır. *Chiragov* ve diğerleri Ermenistan'a karşı kararından yola çıkılarak, Dağlık Karabağ'da zarar gören kültürel varlıkların sorumluluğunun Ermenistan'a ait olduğu söylenebilecektir. Bu kapsamda, Dağlık Karabağ'da yaşanan silahlı çatışmada kültürel varlıklara ilişkin uluslararası insancıl hukuk ihlallerine yönelik olarak Ermenistan adına hareket eden ve kültürel varlıklara zarar veren bireylerin bireysel cezai sorumluluklarına gidilmesi de UCM içtihadı çerçevesinde mümkündür. Belirtilenler ışığında, bireysel sorumluluk ve devletlerin sorumluluğu meselesi, Dağlık Karabağ'la ilgili çatışmalarda zarar gören kültürel varlıklar açısından nasıl olacaktır? Üzerinde pek durulmayan bu sorunun da tartışılması önemlidir. Çünkü insanlığa ait olan kültürel varlıklara zarar verilmemesi bilinci, uluslararası sorumluluk kurumunun işletilmesi ve ihlallerin yaptırımsız bırakılmamasıyla oluşacaktır.

B. Dağlık Karabağ'da Yaşanan Kültürel Varlıklara İlişkin Uluslararası İnsancıl Hukuk İhlalleri ve İhlallerden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluk

Dağlık Karabağ'da bulunan 67 camiden 63'ünün tamamen yıkıldığına ilişkin çok ciddi Azerbaycan iddiaları vardır⁹⁶. Ermenistan'ın iddiasına göre ise, Azerbaycan özellikle Nahçıvan'da bulunan 89 kiliseye, yüzlerce Ermeni anıtsal taşına, anıtlara ve mezarlara zarar vermiştir⁹⁷. Bunların tamamı Ermeni kültürüne ait kültürel varlıklardır. Görüldüğü gibi aynı

⁹⁰ YAVUZ, s.177-178.

⁹¹ Statement from the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 24.04.2012, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otpstatement240412&ln=en> (Erişim Tarihi: 24.02.2020).

⁹² The Prosecutor v *Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, prgrf.2.

⁹³ ASLAN, Yasin: "Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu", TBB Dergisi, 73, 2007, s.240.

⁹⁴ The Prosecutor v *Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, prgrf.62-64.

⁹⁵ YAVUZ, s.166.

⁹⁶ Söz konusu iddialar için bkz: Almost all of Karabakh Mosques Completely Destroyed by Armenians-ANAS, 11.11.2020, <https://menafn.com/1101109405/Almost-all-of-Karabakh-mosques-completely-destroyed-by-Armenians-ANAS> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁹⁷ Azerbaycan, konuyla ilgili BM'ye gönderdiği mektuplarda ve yaptığı açıklamalarda, uluslararası yükümlülüklerine ilişkin herhangi bir ihlalde bulunmadığını ve bundan kaçındığını bildirmektedir. MUSAYEV, Tofiq: "Statement by Deputy Permanent Representative of the Republic of Azerbaijan at the Sixth Committee of the Seventy-fifth Session

iddiaları Azerbaycan Dağlık Karabağ bölgesindeki kültürel varlıklar için, Ermenistan aleyhine, Ermenistan ise özellikle Nahçıvan'daki kültürel varlıklar için Azerbaycan aleyhine yapmaktadır⁹⁸. Yukarıda anılanların yanında, Ermenistan'ın neredeyse 30 yıllık işgali nedeniyle 950 kütüphanenin, 44 mabedin ve 9 mescidin tahrip edildiği belirtilmektedir⁹⁹. Bilindiği gibi Ağdam şehrinin büyük bir kısmı Ermenistan'ın işgali altındaydı ve işgal nedeniyle yaklaşık 200.000 Azeri'nin bölgeyi terk etmek zorunda kalmıştı. Azerbaycan birlikleri 20 Kasım 2020'de şehre tekrar girmiş ve burayı terk eden Ermeni birliklerinin şehri yakıp yıktığını görmüştür. Şehirdeki birçok yapıyla birlikte, bütün idari binalar da zarar görmüştür. Burada bulunan Cuma Camisi'nin de iki minaresinden teki yıkılmıştır¹⁰⁰.

1954 Tarihli Sözleşme'ye Ermenistan 5 Eylül 1993, Azerbaycan ise 20 Eylül 1993 yılından beri taraftır, dolayısıyla bu sözleşmenin hükümleri uluslararası yapılageliş kuralı olup olmamalarından bağımsız olarak, zaten söz konusu iki devleti bağlamaktadır. Aynı durum, bu sözleşmeye ek olarak yapılan protokoller için de geçerlidir. 1954 Tarihli Sözleşme'ye İlişkin Birinci Protokol'e Ermenistan'ın ve Azerbaycan'ın taraf olma tarihleri, sözleşmenin kendisine taraf olma tarihleriyle aynıdır. 1954 Tarihli Sözleşme'ye İlişkin İkinci Protokol'e ise Azerbaycan 17 Nisan 2001 tarihinde, Ermenistan ise 18 Mayıs 2006 tarihinde taraf olmuştur¹⁰¹. Anılan uluslararası hukuk metinlerine taraf olunması, ilgili devletlerin silahlı çatışma sırasında kültürel varlıklara verdiği zarar nedeniyle sorumluluğunu doğurmaktadır. Peki, bu sorumluluğun ortaya konulması hangi yollarla mümkündür?

Kültürel varlıkların korunmasıyla ilgili uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlali, diğer uluslararası insancıl hukuk kurallarının ihlali gibi, bireysel cezai sorumluluğa neden olmaktadır. Bu varlıklara zarar verilmesiyle ilgili bireysel cezai sorumluluğa hükmedilmesine ve yaptırım uygulanmasına, UCM'nin *Al Mahdi* kararı örneği yol gösterici olarak kabul edilebilir mi? Hiç kuşkusuz bunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bilindiği gibi soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu kapsamına giren suçlar için UCM'nin yargı yetkisini kullanması mümkündür. Öte yandan, Azerbaycan ve Ermenistan'ın UCM'nin yargı yetkisini tanımamış olması, Dağlık Karabağ bölgesinde kültürel varlıklara yönelik saldırıların ve diğer uluslararası suçların yargılanmasının anılan mahkeme tarafından yapılması ihtimalini azaltmaktadır. Geriye sadece BM Güvenlik Konseyi tarafından bazı kişilerin UCM'ye ve UCM Savcılığı'nın bu doğrultuda soruşturma başlatması yöntemi kalmaktadır¹⁰².

Yukarıda da değinildiği gibi, *Al Mahdi* kararında UCM'nin Mali'de bir silahlı çatışma olduğunu kabul ettiği ve kültürel varlıkların zarar gördüğü bölgenin *Al Mahdi*'nin de birlikte hareket ettiği silahlı grupların etkili kontrolü altında olduğunu belirttiği görülmektedir. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, Dağlık Karabağ'daki etkili kontrolü elinde tutan tarafın, Ermenistan olduğu AIHM'in *Chiragov* ve diğerleri Ermenistan'a karşı kararında ortaya konmuştur. Ermenistan, bölgedeki mülkiyet hakkı ihlallerinden sorumlu kabul edilmiştir. O halde en azından Dağlık Karabağ'ı çok uzun süredir elinde bulunduran Ermenistan'ın ve Ermenistan adına veya onun desteğiyle hareket eden kişilerin, buradaki kültürel varlıkların zarar görmesinden sorumlu olduğu görülmektedir. Ermenistan ve Azerbaycan arasında yaşananların da silahlı çatışma olduğu da açık bir şekilde bilinmektedir. UCM'nin herhangi bir yöntemle yargılama imkanı bulması

of the United Nations General Assembly under Agenda Item 86: "The Rule of Law at the National and International Levels," 22.10.2020, https://www.un.org/en/ga/sixth/75/pdfs/statements/rule_of_law/09mtg_azerbaijan.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2020) ve Letter dated 27 September 2020 from the Permanent Representative of Armenia to the United Nations addressed to the Secretary-General, <https://un.mfa.gov.az/> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

⁹⁸ EAKIN, Hugh: "When an Enemy's Cultural Heritage Becomes One's Own", 30.10.2020, <https://www.nytimes.com/2020/11/30/opinion/armenia-azerbaijan-monuments.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2020). Ermenistan'ın kendi kültürünü yansıtan varlıklara Azerbaycan tarafından zarar verildiğine yönelik iddiaları ve görüntüler ile, Azerbaycan'ın karşı iddiaları için bkz: Armenians in Nagorno-Karabakh Fear Destruction of Their Cultural Heritage, 24.10.2020, <https://observers.france24.com/en/asia-pacifique/20201124-armenians-in-nagorno-karabakh-fear-destruction-of-their-cultural-heritage> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁹⁹ Azerbaycan'ın İşgal Altındaki Toprakları Karabağ, 29.09.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/azerbaycan-cephe-hatti/azerbaycanin-ısgal-altındaki-toprakları-karabağ/1989594> (Erişim Tarihi: 07.12.2020). Ayrıca bkz: Cavid KASIMLI, Cavid/EFEGİL, Ertan: Dağlık Karabağ Üzerine Yazılar, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 2014, s.167.

¹⁰⁰ HACIOĞLU, Nerdun: "Ağdam'daki Barbarlık Gün Açarınca Ortaya Çıktı," 22.11.2020, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/agdamdaki-barbarlik-gun-agarinca-ortaya-cikti-41668791> (Erişim Tarihi: 07.11.2020).

¹⁰¹ <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/states-parties/> (Erişim Tarihi: 07.12.2020).

¹⁰² ACER, s.15.

halinde, bu çatışmalarda zarar gören kültürel varlıklarla ilgili bireysel cezai sorumluluğu ortaya koyacak kararlar alması kaçınılmaz gözükmektedir.

Dağlık Karabağ bölgesinde işlenen insancıl hukuk ihlalleri için ulusal yargılamaların yapılması ihtimali de hala geçerlidir. Zaten işlenen suçlara ilişkin toplanan deliller ve yapılan tespitler, Azerbaycan Başsavcılığı tarafından kamuya bazen paylaşılmaktadır. İleride Azerbaycan'ın bir yargılama yapması belki de söz konusu olacak, ulusal yargılama mekanizmaları, söz konusu ihlalleri Azerbaycan ulusal ceza hukukuna göre yargılayacaktır¹⁰³. Ermenistan'ın da kendi ulusal hukukuna göre gerçekleştirilen insancıl hukuk ihlallerini yargılaması da eşit derecede mümkündür; ancak mevcut siyasi koşullar altında Ermenistan'ın kendi vatandaşı olan görevlilerini yargılaması, özellikle Dağlık Karabağ bölgesinde Azerbaycan'ın elde ettiği son başarılarından sonra halkın gösterdiği tepki nedeniyle¹⁰⁴, zor gözükmektedir.

Uluslararası Af Örgütü de, hem Azerbaycan'a, hem de Ermenistan'a, bütün uluslararası insancıl hukuk kurallarına uyma, bütün ihlalleri soruşturma ve bütün sivil unsurları koruma çağrısı yapmıştır¹⁰⁵. Öte yandan, 1954 Tarihli Sözleşme'ye İlişkin İkinci Protokol'ün 15. maddesi de bu anlamda çok büyük önem taşımaktadır. Bu maddeye göre, bir kimsenin kasten 1954 Tarihli Sözleşme'yi veya ikinci ek protokolü ihlal edecek biçimde davranışlar gerçekleştirmesi halinde, suç işlemiş sayılacaktır. İkinci ek protokole taraf olan devletlerin, bu düzenlemede yer verilen davranışları kendi iç hukuklarında da ceza gerektiren suç eylemleri olarak düzenlemeleri ve ihlalde bulunan kişileri uluslararası hukuku da göz önünde bulundurarak cezalandırmaları gerekmektedir¹⁰⁶. Anlaşılabilirliği gibi, Ermenistan ve Azerbaycan bu düzenleme gereğince de ilgilileri yargılama yükümlülüğü altındadır.

UCM veya tarafların ulusal hukuk sistemlerinin kullanılarak yargılama yapılması dışında diğer bazı yöntemler de kullanılabilir. Bunlardan birisi, *ad hoc* bir mahkeme kurarak yargılamanın yapılmasıdır. Bilindiği gibi uluslararası hukuk Nürnberg Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uzakdoğu Uluslararası Ceza Mahkemesi uygulamalarıyla *ad hoc* mahkeme yöntemiyle tanışmıştır. Ardından, nispeten daha güncel örnekler olan, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi BM Güvenlik Konseyi'nin kararları ışığında kurulmuştur¹⁰⁷. Uluslararası insancıl hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması açısından çok önemli olan bu mahkemeler, bireylerin uluslararası insancıl hukuku ihlal eden faaliyetlerinin cezai sonuçlar doğurabileceğini gösteren, önemli modellerdir. Dağlık Karabağ için de kurulacak *ad hoc* mahkemelerde objektif bir şekilde yürütülen yargılamalarla, Dağlık Karabağ'da yaşanan çatışmalarda insancıl hukuk kurallarını ihlal edenlerin cezai sorumluluğu ortaya konulabilecek, yaşananlar gelecek nesiller için kayıt altına alınabilecek ve insanlığın ortak hafızasında yerini alacaktır¹⁰⁸.

¹⁰³ ACER, s.15.

¹⁰⁴ <https://tr.euronews.com/2020/11/11/ermenistan-da-karabag-da-imzalanan-ateskes-sonras-binlerce-kisi-pasinyan-n-istifas-n-isted> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

¹⁰⁵ <https://bianet.org/bianet/yasam/231860-af-orgutu-nden-azerbaycan-ve-ermenistan-a-cagri> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

¹⁰⁶ Anılan maddeye göre suç sayılacak davranışlar şu şekilde sıralanmaktadır: 1. Gelişmiş koruma altında bulunan kültürel varlığı, saldırı hedefi haline getirmek, 2. Gelişmiş koruma altında bulunan kültürel varlığı ya da onun yakın çevresini askeri faaliyetlere katkıda bulunmak için kullanmak, 3. Sözleşme ve bu Protokol çerçevesinde koruma altındaki kültürel varlığın yüksek düzeyde zarar görmesini sağlamak veya buna el koymak, 4. Bu Protokol kapsamında korunan kültürel varlığı saldırı hedefi olarak kabul etmek, 5. Sözleşme çerçevesinde korunan kültürel varlığa yönelik şunlar gibi eylemlerde bulunmak: Hırsızlık, yağma, emaneti kötüye kullanma veya barbarlık. Anılan ek protokolün İngilizce metni için bkz: 1954 Tarihli Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlıkların Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye İlişkin İkinci Protokol, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Erişim Tarihi: 16.12.2020).

¹⁰⁷ Uluslararası hukukta *ad hoc* mahkemelerin kurulmasına ilişkin bilgi için bkz: STERIO, Milena: "The Yugoslavia and Rwanda Tribunals: A Legacy of Human Rights Protection and Contribution to International Criminal Justice", in STERIO, Milena/SCHARF, Michael (ed.), The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law: Assessing the ICTY's and the ICTR's Most Significant Legal Accomplishments, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s.9-56. BM Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII. Bölümü çerçevesinde aldığı ve anılan *ad hoc* mahkemeleri kuran kararları için bkz: BM Güvenlik Konseyi, 25.05.1993, S/RES/827, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf (Erişim Tarihi: 25.02.2021) ve BM Güvenlik Konseyi, 8.11.1994, S/RES/955, <https://www.refworld.org/docid/3b00f2742c.html> (Erişim Tarihi: 25.02.2021).

¹⁰⁸ MAVIŞ, Volkan: "Yapıcı Adalet Yaklaşımı Olarak Hakikat Komisyonları", AÜHFD, 65(2), 2016, s.373.

Hem ulusal, hem de uluslararası özellikler barındıran *hybrid* yargılama yönteminin denenmesinin önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ermenistan ve Azerbaycan anlaşp, hem kendi ulusal yargı sistemlerinin özelliklerini barındıran, hem de uluslararası boyutu olan bir yargılama mekanizması kurabilir. Bu tarz *hybrid* yargılama yönteminde, hem tarafların ulusal yargı sistemleri, hem de uluslararası hukuk birlikte kullanılmaktadır. Böylece uluslararası bir sorunla ilgili olarak ulusal yargı sistemlerinin yetersiz olduğu noktalar giderilebilmekte, yargılamayı yapacak olan mahkemenin uluslararası özelliği de olduğu için, yargılananların bağımsız ve tarafsız bir şekilde yargılanmayacaklarına ilişkin şüphelerinin önüne geçilebilmektedir. Bu yöntemde hem yerel hukukçular, hem de dışarıdan gelen ve taraflara yabancı olan hukukçular da kullanılabilir¹⁰⁹.

Ayrıca ilgili devletlerin sorumluluğunun ortaya konulması için tarafların yargı yetkisini tanınması koşuluyla Uluslararası Adalet Divanı (UAD)'na başvurulması ya da tahkime gidilmesi de mümkündür. Bilindiği gibi, BM Şartı'nın¹¹⁰ 93. maddesine göre, BM üyesi bütün devletler, UAD Statüsü'ne de taraftır. Bu doğrultuda, BM üyesi devletler olan Azerbaycan ve Ermenistan, Dağlık Karabağ bölgesindeki uluslararası insancıl hukuk ihallerinden kaynaklı sorumluluğa ilişkin davaya bakması için UAD'nin yargı yetkisini kabul edebilir. Bu doğrultuda UAD'nin ilgili devletin sorumluluğunu ortaya koyması mümkün olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin¹¹¹ 33. maddesi gereği, AİHM de devletlerarası başvurulara açıktır. AİHS'nin metni incelendiğinde, çevre hakkına ilişkin bir düzenlemenin olmadığı görülmektedir; ancak AİHM, *Hatton* ve diğerleri Birleşik Krallık'a karşı davasında vermiş olduğu kararında, bireylerin çevresel haklarının olduğu ifadesini kullanmıştır¹¹². *Branduse* Romanya'ya karşı davasında ise devletin çevre kirliliğini önlememesini AİHS'in sekizinci maddesinde düzenlenen 'Özel ve aile hayatına saygı' hakkının ihlali olarak yorumlamıştır¹¹³. Bu doğrultuda AİHM bünyesinde devletlerin çevreyi koruma yükümlülüğü altında olduğu görülmektedir¹¹⁴. *Iera Moni Profitou Iliou Thiras* Yunanistan'a karşı davasında AİHM, doğanın korunmasının önemini vurgularken, kültürel çevrenin korunmasının önemli olduğunu da ortaya koymuştur¹¹⁵. Bu doğrultuda, kültürel varlıkların korunmasının da kültürel çevreye dahil olduğunu belirtmek günümüzde yanlış olmayacaktır¹¹⁶. O halde, AİHM bünyesinde, devletlerarası başvuru yöntemi kullanılarak, Ermenistan'ın Dağlık Karabağ bölgesindeki kültürel varlıklara ilişkin zararının sorumluluğu da ortaya konulabilecektir. Kendi iddiaları açısından Ermenistan'ın da aynı yolu izlemesi mümkündür.

VI. SONUÇ

Uluslararası hukuk sùjelerinin hukuka aykırı eylemleri ile doğan zarar ve bozulan uluslararası güvenlik, ihlalcilere yönelik yaptırımların uygulanmasıyla sağlanacaktır. Bu durum, ayrıca, gelecekteki potansiyel uluslararası hukuk veya insancıl hukuk ihlalleri açısından da caydırıcı etkiye sahip olacaktır.

Çalışmada uluslararası insancıl hukuk kuralları kapsamında kültürel varlıkların korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, ardından Dağlık Karabağ ile ilgili yaşanan silahlı çatışmalarda tarafların kültürel varlıkların gördüğü zarara ilişkin iddialarına değinilmiştir. Azerbaycan ve Ermenistan arasındaki silahlı çatışmalarda karşılaşılan bütün insancıl hukuk kurallarının ihlallerinin ve çalışma özelinde de değinilen kültürel varlıkların korunmasına ilişkin insancıl hukuk ihlallerinin sorumlularının tespit edilmesi çok önemlidir. İlgili devletlerin sorumluları ortaya konup, uygun zarar giderim yöntemlerine başvurulurken, bireylerin de cezai sorumluluğunun tespit edilmesi, uygun olacaktır.

¹⁰⁹ Uluslararası hukukta *hybrid* mahkemelerin kurulmasına ilişkin bilgi için bkz: NOUWEN, Sarah: "Hybrid Courts-The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts", *Utrecht Law Review*, 2(2), 2006, s.192 vd.

¹¹⁰ BM Şartı'nın metni için bkz: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf (Erişim Tarihi: 25.02.2021).

¹¹¹ AİHS'nin metni için bkz: https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi: 25.02.2021).

¹¹² *Hatton* ve diğerleri Birleşik Krallık'a Karşı, AİHM, 08.09.2003, 36022/97, Final Judgement, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D%2C%22itemid%22:%5B%22001-61188%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 25.02.2021), prgrf.122.

¹¹³ *Branduse* Romanya'ya Karşı, AİHM, 07.04.2009, 6586/03, Final Judgement, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-92073%22%5D%7D>, (Erişim Tarihi: 25.02.2021), prgrf.72 vd.

¹¹⁴ AİHM'in çevre hakkına ilişkin içtihadına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz: DUYMAZ, Erkan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", *İÜSBFD*, 47, 2012, s.133 vd.

¹¹⁵ *Iera Moni Profitou Iliou Thiras* Yunanistan'a Karşı, AİHM, 22.12.2005, 32259/02, Final Judgement, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71847%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 25.02.2021), prgrf.38.

¹¹⁶ DUYMAZ, s.134.

AİHM, *Chiragov* ve diğerleri Ermenistan'a karşı kararında işgalin ve silahlı çatışmaların yaşandığı dönemde Dağlık Karabağ'da etkili otoritenin Ermenistan olduğunu ortaya koymuştur. Bu kapsamda, Dağlık Karabağ'da zarar gören kültürel varlıkların sorumluluğu Ermenistan'a aittir. UCM, *Al Mahdi* kararında silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların zarar görmesinin uluslararası bir suç olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda taraflara önerilen, Uluslararası Af Örgütü'nün çağrısına kulak vermeleri ve kültürel varlıklara ilişkin uluslararası sorumluluğu ortaya çıkaracak yargılamaların önünü açmalarıdır. Sadece kültürel varlıklara ilişkin değil, bunun yanında, bütün uluslararası insancıl hukuk kuralı ihlallerini araştırmaları, sorumluların ortaya çıkması için gerekli işbirliğini yapmaktan kaçınmamaları da önemlidir. Uluslararası barış ve güvenliğin gelişmesine ve adaletin sağlanmasına ancak bu şekilde katkı koyabileceklerdir. 10 Kasım 2020 tarihli andlaşmanın yapılmasının ardından Ermenistan'ın boğuştuğu çeşitli iç gerginlik olayları, bunu yapmalarını engellememelidir. Çünkü kalıcı barışa ancak hukuk kurallarını ihlal edenlerin ortaya konulmasıyla ulaşılabilmektedir.

Bosna'da yaşananlar, insanlığın kültürel mirasa dokunmaması gerektiğini öğreten bir örnek olamamıştır ki, Mali'de, Irak'ta, Suriye'de yeni örnekler yaşanmış, en sonunda da Dağlık Karabağ örneği gerçekleşmiştir. Dağlık Karabağ'da yaşanan kültürel varlıklara yönelik saldırı örneklerinin cezasız kalmaması, hiç kuşkusuz UCM'nin *Al Mahdi* kararıyla oluşmaya başlayan uygulamayı geliştirecektir.

KAYNAKÇA

- ABDULLAHZADE, Cavid: *Hukuki Yönleriyle Dağlık Karabağ Sorunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ACER, Yücel: *Ermenistan'ın Savaş Suçları Uluslararası Hukuk ve Ermenistan'ın Karabağ'a Dair Askeri Faaliyetleri*, Seta Analiz, (337), Ekim 2020.
- ASLAN, Yasin: "Uluslararası Ceza Divanı ve Kişisel Ceza Sorumluluğu", *TBB Dergisi*, 73, 2007, s.239-255.
- Cavid KASIMLI, Cavid/EFEGİL, Ertan: *Dağlık Karabağ Üzerine Yazılar*, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 2014.
- ÇAKIRCA, Düzgün: "Savaşın Savunmasız Düşmanı-Kültürel Miras", *MÜSBİD*, 4(6), 2015, s.16-35.
- ÇOKIŞLER, Elvan: "Silahlı Çatışmalar Sırasında Kültürel Malların Korunması Rejimi: Tarihsel Gelişimin Analizi", *Uluslararası İlişkiler*, 16(61), 2019, s.55-74.
- DOST, Süleyman: "Uluslararası Hukukta Bağlayıcı Olmayan Hukuk", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(173-174), 2019, s.35-72.
- DUYMAZ, Erkan: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", *İÜSBFD*, 47, 2012, s.121-160.
- EKİCİ, Yunus: "Azerbaycan ve Ermenistan Arasında Bitmeyen Dağlık Karabağ Sorunu", *VAKANÜVİS-Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi*, 2(1), 2017, s.62-77.
- FRANCIONI, Francesco: "Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity", *Michigan Journal of International Law*, 25(4), 2004, s.1209-1228.
- GERSTENBLITH, Patty: "Archaeology in the Context of War: Legal Frameworks for Protecting Cultural Heritage During Armed Conflict", *Journal of the World Archaeological Congress*, 5(1), 2009, s.18-31.
- GÜLER, Şükrü: "Karabağ Sorunu Üzerine Bir Not", *AÜSBFD*, 47(1), 1992, s.181-185.
- GÜNEYSU, Gökhan: "Askeri Gereklik İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk", *Ankara Barosu Dergisi*, 4, 2012, s.91-108.
- HAMIDOV, Habil: "Armenian Aggression Against the Azerbaijani People and its Cultural Heritage", *AJHSSR*, 4(2), 2020, s.295-310.
- ISAYEV, Tuğçe: "Ermenistan'ın Dağlık Karabağ'ın İşgalinden Doğan Uluslararası Sorumluluğu", *Kırklareli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2018, s.19-34.
- KURAN, Selami/KAHRAMAN, Şeyda Türkay: "Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak "Askeri Gereklik": Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler", *MÜHF-HAD*, 23(1), 2017, s.89-158.
- MAVIŞ, Volkan: "Yapıcı Adalet Yaklaşımı Olarak Hakikat Komisyonları", *AÜHFD*, 65(2), 2016, s.349-392.
- MODEBADZE, Valeri: "The Escalation of Conflict Between Armenians and Azerbaijanis and the Problems of Peaceful Resolution of the Nagorno-Karabakh War", *Journal of Liberty and International Affairs*, 6(3), 2021, s.102-110.

- NAHLIK, Stanislaw: “International Law and the Protection of Cultural Property in Armed Conflicts”, Hastings Law Journal, 27(5), 1976, s.1069-1087.
- NOUWEN, Sarah: “Hybrid Courts-The Hybrid Category of a New Type of International Crimes Courts”, Utrecht Law Review, 2(2), 2006, s.190-214.
- ÖKTEM, Emre: “Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunması: Bosna-Hersek Örneği”, in Sönmezoğlu, Faruk (ed.), Uluslararası Politikada Yeni Alanlar Yeni Bakışlar, Der Yayınları, İstanbul 1998, s.129-166.
- PİRİM, Ceren Zeynep: “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerin Ağırlaştırılmış Sorumluluğu: Kuramsal Bir Değerlendirme”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 32(2), 2012, s.147-182.
- SÖKER, Çağlar: “Dağlık Karabağ Sorunu’nun Çatışmayı Çözme Perspektifinden İncelenmesi”, KAÜİİBFD, 8(16), 2017, s.555-574.
- STERIO, Milena: “The Yugoslavia and Rwanda Tribunals: A Legacy of Human Rights Protection and Contribution to International Criminal Justice”, in STERIO, Milena/SCHARF, Michael (ed.), The Legacy of Ad Hoc Tribunals in International Criminal Law: Assessing the ICTY’s and the ICTR’s Most Significant Legal Accomplishments, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s.9-56.
- YAMANER, Melike Batur et al.: 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- YAVUZ, Hakan: “Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Al Mahdi Kararı Üzerine Bir İnceleme”, Ankara Barosu Dergisi, (3), 2017, s.163-196.
- YILMAZ, Meşkure: “Karabağ Savaşı ve Adım Adım Hocalı Soykırımı”, Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi, 9(2), 2013, s.95-104.

Online Kaynaklar

- 09.11.2020 Tarihli Ateşkes Andlaşması, <https://www.civilnet.am/news/2020/11/10/9-Points-Signed-by-Aliyev-Pashinyan-Putin-on-Karabakh/407092> (Erişim Tarihi: 05.11.2020).
- 1954 Tarihli Silahlı Çatışma Halinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-263666/silahlı-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html> (Erişim Tarihi: 01.12.2020).
- 1954 Tarihli Silahlı Çatışma Halinde Kültürel Varlıkların Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’ye İlişkin İkinci Protokol, http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Erişim Tarihi: 16.12.2020).
- 1977 Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Anayasası, <https://www.departments.bucknell.edu/russian/const/1977toc.html> (Erişim Tarihi: 12.02.2021).
- Almost all of Karabakh Mosques Completely Destroyed by Armenians-ANAS, 11.11.2020, <https://menafn.com/1101109405/Almost-all-of-Karabakh-mosques-completely-destroyed-by-Armenians-ANAS> (Erişim Tarihi:05.12.2020).
- Armenia and Azerbaijan Fight Over Disputed Nagorno-Karabakh, 27.09.2020, <https://www.bbc.com/news/world-europe-54314341> (Erişim Tarihi: 24.02.2021).
- Armenians in Nagorno-Karabakh Fear Destruction of Their Cultural Heritage, 24.10.2020, <https://observers.france24.com/en/asia-pacifique/20201124-armenians-in-nagorno-karabakh-fear-destruction-of-their-cultural-heritage> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi/186 sayılı Bilgi Notu, 2015, https://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2015_06_186_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 07.12.2020).
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi: 25.02.2021).
- Azerbaycan’ın İşgal Altındaki Toprakları Karabağ, 29.09.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/azerbaycan-cephe-hatti/azerbaycanin-ısgal-altındaki-toprakları-karabağ/1989594> (Erişim Tarihi:07.12.2020).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 30.04.1993, S/RES/822, <http://unscr.com/en/resolutions/822> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 25.05.1993, S/RES/827, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf (Erişim Tarihi: 25.02.2021).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 29.07.1993, S/RES/853, <http://unscr.com/en/resolutions/853> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 14.10.1993, S/RES/874, <http://unscr.com/en/resolutions/874> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 12.11.1993, S/RES/884, <http://unscr.com/en/resolutions/884>

- (Erişim Tarihi: 27.12.2020).
- Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, 8.11.1994, S/RES/955, <https://www.refworld.org/docid/3b00f2742c.html> (Erişim Tarihi: 25.02.2021).
- Birleşmiş Milletler Şartı, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2212020141836bm_01.pdf (Erişim Tarihi: 25.02.2021).
- Branduse Romanya'ya Karşı, AİHM, 07.04.2009, 6586/03, Final Judgement, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-92073%22%5D%7D>, (Erişim Tarihi: 25.02.2021)
- Chiragov ve Diğerleri Ermenistan'a Karşı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12.12.2017, 13216/05, Final Judgement, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-179554%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 28.12.2020).
- Chiragov ve Diğerleri Ermenistan'a Karşı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 16.06.2015, 13216/05, Judgement (Merits), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22chiragov%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-155353%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 25.12.2020).
- Cultural Rights Note by the Secretary-General, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 09.08.2016, A/71/317, <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/71/317> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).
- Decision of the Intergovernmental Committee, UNESCO, 5.COM 6.24 <https://ich.unesco.org/en/decisions/5.COM/6.24> (Erişim Tarihi: 26.12.2020).
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, Uluslararası Hukuk Komisyonu, 2001, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (Erişim Tarihi: 28.12.2020).
- EAKIN, Hugh: "When an Enemy's Cultural Heritage Becomes One's Own", 30.10.2020, <https://www.nytimes.com/2020/11/30/opinion/armenia-azerbaijan-monuments.html> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).
- Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (Erişim Tarihi 12 Aralık 2020).
- HACIOĞLU, Nerdun: "Ağdam'daki Barbarlık Gün Açarınca Ortaya Çıktı," 22.11.2020, <https://www.hurriyet.com.tr/dunya/agdamdaki-barbarlik-gun-agarınca-ortaya-cikti-41668791> (Erişim Tarihi: 07.11.2020).
- Hatton ve diğerleri Birleşik Krallık'a Karşı, AİHM, 08.09.2003, 36022/97, Final Judgement, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-61188%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 25.02.2021).
- <https://bianet.org/bianet/yasam/231860-af-orgutu-nden-azerbaycan-ve-ermenistan-a-cagri> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).
- <https://icil.org.tr/kulturel-varliklarin-korunmasinda-uluslararasi-ceza-mahkemesinin-rolu/> (Erişim Tarihi: 04.12.2020).
- <https://tr.euronews.com/2020/11/11/ermenistan-da-karabag-da-imzalanan-ateskes-sonras-binlerce-kisi-pasinyan-n-istifas-n-isted> (Erişim Tarihi: 05.12.2020).
- <http://www.unesco.org/new/en/culture/themes/armed-conflict-and-heritage/convention-and-protocols/states-parties/> (Erişim Tarihi: 07.12.2020).
- <https://www.unesco.org/tr/Pages/158/177/S%C3%B6zle%C5%9Fmeler> (Erişim Tarihi: 06.12.2020).
- Iera Moni Profitou Iliou Yunanistan'a Karşı, AİHM, 22.12.2005, 32259/02, Final Judgement, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-71847%22%5D%7D> (Erişim Tarihi: 25.02.2021).
- Information by Azerbaijan to the study on intentional destruction of cultural heritage (Responses to the Questions by Ms. Karima Bennoune, Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights), <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/CulturalRights/DestructionHeritage/States/Azerbaijan.pdf> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye Ek 1. Protokol, <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/127a3--Insan-Haklari-ve-Temel-Ozgurluklerin-Korunmasina-Iliskin-Sozlesme%E2%80%99ye-Ek-Protokol.pdf> (Erişim Tarihi: 07.12.2020).
- Kelbecer'in Boşaltılması İçin Ermenistan'a Ek Süre Verildi, 15.11.2020, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/kelbecerin-bosaltilmasi-icin-ermenistana-ek-sure-verildi-531068.html> (Erişim Tarihi: 07.12.2020).
- Letter dated 27 September 2020 from the Permanent Representative of Armenia to the United Nations addressed to the Secretary-General, <https://un.mfa.gov.az/> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).

- MUSAYEV, Tofiq: "Statement by Deputy Permanent Representative of the Republic of Azerbaijan at the Sixth Committee of the Seventy-fifth Session of the United Nations General Assembly under Agenda Item 86: "The Rule of Law at the National and International Levels," 22.10.2020, https://www.un.org/en/ga/sixth/75/pdfs/statements/rule_of_law/09mtg_azerbaijan.pdf (Erişim Tarihi: 27.12.2020).
- Prosecutor v. Jokic, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, 09.05.2007, IT-02-60-A, <https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ac10ac2.html> (Erişim Tarihi: 26.12.2020).
- Statement from the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, 24.04.2012, <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otpstatement240412&ln=en> (Erişim Tarihi: 24.02.2020).
- The Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Uluslararası Ceza Mahkemesi, ICC-01/12-01/15, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF (Erişim Tarihi: 22.12.2020).
- The Situation in the Occupied Territories of Azerbaijan, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 25.04.2008, A/RES/62/243, <https://undocs.org/A/RES/62/243> (Erişim Tarihi: 27.12.2020).
- Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, <http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/UCM%20MEV/Roma%20Stat%C3%BCs%C3%BC.pdf> (Erişim Tarihi: 02.12.2020).
- UNESCO Kültürel Çeşitlilik Evrensel Bildirgesi, <https://www.unesco.org.tr/pages/180/17> (Erişim Tarihi: 06.12.2020).
- YALÇINKAYA, Alaeddin: "Gence Soykırımı, İnsancıl Hukuk ve Cenevre Sözleşmeleri", Turkish Forum, 03.12.2020, <https://www.turkishnews.com/tr/content/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI GEREKEN BİR HÜKÜM OLARAK OLAĞANÜSTÜ DURUMLARDA VE PEK ÖNEMLİ BİR SEBEPLE EVLENMEYE İZİN VERİLMESİ (TMK m. 124/II)

AS A PROVISION TO BE REPEALED THAT THE PERMISSION TO MARRIAGE UNDER
EXTRAORDINARY CIRCUMSTANCES AND VERY IMPORTANT REASONS (CC Art. 124)

Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU*  

Makale Bilgi

Gönderi: 26/11/2020
Kabul : 28/02/2021

Anahtar Kelimeler

*Evlenme Yaşı,
Olağanüstü Evlenme
Yaşı,
Yokluk,
Mutlak Butlan,
Çocuk,
Çocuğun Menfaati.*


Article Info

Received: 26/11/2020
Accepted: 28/02/2021

Keywords

*Age of Marriage,
Extraordinary Age of
Marriage,
Non-Existence,
Absolute Nullity,
Child,
Interest of Child.*

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.831790> 

Evlenme yaşının düzenlendiği TMK m.124 uyarınca “Erkek ve kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez./ Ancak hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulunduğunda karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.” Bu hüküm uyarınca kadın ve erkek arasında bir ayrım söz konusu olmaksızın kişinin olağan evlenme yaşı onyediyi olarak belirlenmiştir. Ancak TMK m.11 uyarınca erginlik yaşı onsekiz olarak belirlenmiş olduğundan henüz ergin olmayan küçüğün TMK m.126 uyarınca ancak yasal temsilcisinin izni ile evlenmesi mümkündür. Erginlik yaşı ile evlenme yaşının Kanun’da farklı düzenlenmesi isabetli olmayıp evlenme yaşının da erginlik yaşı olarak belirlenmesi, bu yolla evlenmeyle kazanılan erginlik kurumunun ortadan kaldırılması kanımızca en doğru yoldur. Çalışma konumuzu oluşturan hüküm ise TMK m.124/II’dir. Bu hükümden olağanüstü bir durum veya pek önemli sebebin varlığı halinde hâkimin onaltı yaşını tamamlamış küçüğün evlenmesine izin verilebileceği düzenlenmiştir. Hüküm, hem erginlik yaşı ile uyumlu olmaması hem de onaltı yaşını dolduran küçüğün evlenmesi noktasında hâkime geniş bir takdir yetkisi vermesi bakımından üzerine düşünülmesi gereken bir hükümdür. Zira yargı kararlarına bakıldığında evlenmesine izin verilmesi istenen küçük, birçok ihtimalde onaltı yaşını doldurma şartını sağlamamaktadır. Bu bağlamda hükmün, Anayasa’ya, ülkemizce de onaylanan Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Sözleşmesine (CEDAW) ve Çocuk Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu bir gerçektir. Bu çalışmada da TMK m.124/II hükmünün şartları, sonuçları ve yürürlükten kaldırılması gereği irdelenecek, karşılaştırmalı hukuk verilerinden de yararlanarak çocuğun üstün menfaati kavramı temelinde sonuca varılacaktır.

Abstract

In accordance with CC Art. 124: “Male/female may not get married unless she/he has completed full age of seventeen. / However, judge may give permission for marriage of male/female completed age of sixteen in extraordinary situations and for a very important reason. Father, mother or guardian are heard before decision whenever possible.” With this provision minimum age of marriage is determined as seventeen without distinction between male and female. In accordance with CC Art. 11: “Majority commences on completion of age of eighteen years.”. So even though she/he has reached the age of seventeen, since the person is not yet mature – she/he is minor- accordance with CC Art. 126 can only marry with the permission of its legal representative. It is not appropriate to differently regulate age of maturity and age of marriage. Our study subject is related to CC Art 124/II. In this provision it was regulated that under extraordinary situations or very important reason, the judge may give permission to marriage of male/female who have completed age of sixteen. This provision should be considered because in this provision the age of marriage and the maturity is not compatible and judge has a wide power of discretion for marriage of person who has reached age of sixteen. According to judicial decisions, person who is asked to be allowed to marry does not fulfill requirements of age of sixteen. In this context, it’s fact that this provision is against the Constitution, Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW), which is approved by our country and Convention on the Rights of the Child. In this study, conditions and results of the provision and the necessity of repeal will be discussed and will be concluded on basis of the child’s best interests with comparative law data.

I. GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu'nda¹ erginlik yaşı onsekiz olarak belirlenmiş olmasına rağmen TMK m.124/I hükmünde evlenme yaşı kadın ve erkek bakımından fark söz konusu olmaksızın onyedi olarak belirlenmiştir. Ancak yine TMK m.126 uyarınca küçüğün evlenmesi yasal temsilcinin iznine tâbi tutulmuş olup onyedi yaşındaki küçüğün evlenmesi yasal temsilcisinin izin vermesi koşuluna bağlanmıştır. Diğer yandan eMK² m.88 hükmü, kadın ve erkek arasında evlenme yaşı bakımından farklı bir düzenleme barındırmaktaydı. Bu hüküm uyarınca kadın onbeş, erkek onyedi yaşını doldurmakla koşuluyla yine eMK m.90 uyarınca ana ve babasının rızasıyla evlenebilmekteydi. Yürürlükten kalkan eMK m.88 hükmünde yer alan kadın ve erkek arasındaki evlenme yaşı ayrımı bir tarafa, bugün yürürlükteki TMK m.124/I hükmünün isabeti de tartışma konusudur. Zira erginlik yaşı ile evlenme yaşı arasında bu şekilde bir ikilik yaratılmasının hiçbir somut gerekçesi yoktur. Ancak bu çalışma kapsamında evlenme yaşı ile erginlik yaşı arasında yaratılmış ikilik tartışılmayacak olup TMK m.124/II hükmünde düzenlenmiş olağanüstü evlenme yaşı düzenlemesi tartışılacaktır. TMK m.124/II uyarınca olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını dolduran kadın veya erkeğin hâkim izni ile evlenmesi mümkün kılınmıştır. İşte bu çalışmanın yapıma amacı bu hükmün şartlarının değerlendirilmesi, şartları sağlamadan evlenmesine izin verilen kişilerin evliliklerinin akıbetinin değerlendirilmesi ve nihayetinde hükmün yürürlükten kaldırılması gereğine ilişkin görüşlerimizin ortaya konulmasıdır.

II. TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN EVLENME YAŞINA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ

Evlenme ehliyeti ve evlenme yaşı Türk Medenî Kanunu'nda hak ehliyetinden ayrı ve farklı düzenlenmiştir. İlk olarak TMK m.124/I hükmünde evlenme için asgari bir yaş düzenlenmiş olup bu yaştan altındaki kişiler bakımından '*hak ehliyetsizliği*' söz konusu olur. Diğer yandan Kanun'da fiil ehliyeti şartları ile evlenme ehliyeti de farklı düzenlenmiştir. Bilindiği üzere kişi erginse yani onsekiz yaşını doldurmuşsa, ayırt etme gücüne sahipse ve kısıtlı değilse fiil ehliyeti bakımından tam ehliyetlidir. Ancak TMK m.124/I hükmünde ayrıca evlenme erginliği düzenlenmiş olup bu hüküm uyarınca kadın veya erkeğin evlenmesi onyedi yaşını doldurmuş olmasına bağlanmıştır. Ancak kişi onyedi yaşında henüz tam ehliyetli olmayıp sınırlı ehliyetsiz olduğundan TMK m.126 gereği onyedi yaşını tamamlamış sınırlı ehliyetsizin evlenmesi yasal temsilcisinin rıza vermesine bağlanmıştır.

Mülga Medeni Kanun'un 1926 yılında ilk yürürlüğe girdiği halinde evlenme yaşı kadın için onyedi, erkek için onsekiz olarak belirlenmişti. Ancak bu yaştan ülke gerçeğine uymaması karşısında ve özellikle yaş düzeltme davalarının artması nedeniyle³ hüküm 1938 yılında değiştirilmiş⁴ ve evlenme yaşı kadın için onbeş, erkek için onyedi; olağanüstü evlenme yaşı kadın için ondört, erkek için onbeş olarak belirlenmişti. Nihayet 2002 değişikliği ile bu yaş kadın ve erkek için onyedi olarak belirlenmiştir. Bu değişikliğin kadın erkek arasındaki evlenme yaşı farkını ortadan kaldırması bakımından olumlu olduğunu söylemek mümkündür. Ancak doktrinde '*olağan evlenme yaşı*' olarak nitelendirilen bu yaştan erginlik yaşından neden farklı düzenlendiğini anlamak mümkün değildir. Bizce erginlik yaşından daha büyük bir yaş örneğin yirmi belki yirmibir şeklinde düzenleme yapmak gerekirken, evlenme yaşının onyedi olarak belirlenmesi isabetli olmamıştır.

Bilindiği üzere onyedi yaşındaki ve ayırt etme gücüne sahip kişi fiil ehliyeti bakımından sınırlı ehliyetsizdir ve TMK m.16 gereği bu kişinin yasal temsilcinin katılımı, izni veya icazeti olmadan geçerli hukukî işlem, daha da somutlaştırmak gerekirse borçlanma işlemi niteliğinde satış sözleşmesi yapması mümkün değildir. Kanun'un, satış sözleşmesi yaparken dahi sınırlı ehliyetsizi bu denli korumaya çalışması karşısında sınırlı ehliyetsizin yasal temsilci rızasıyla evlenmesini mümkün kılması bizce çelişki barındırmaktadır. Ancak tekrar belirtelim bu çalışmanın yapıma amacı, olağan evlenme yaşının erginlik yaşından farklı düzenlenmiş olmasının isabetsizliğini değil TMK m.124/II hükmünde düzenlenmiş olan ve doktrinde olağanüstü evlenme yaşı olarak adlandırılan kurumun isabetsizliğini irdelemektir.

¹ RG. 08.12.2001/24607.

² RG. 04.04.1926/339.

³ NAMLI, Mert: "Yeni Medenî Kanunun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2003, s.257.

⁴ RG. 28.6.1938/3945.

Belirtelim ki İsviçre Hukuku'nda bu düzenlemeye karşılık gelen İsmK m.94'ün ikinci fıkrası 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile yürürlükten kaldırılmış olup, bu hukuk sisteminde ancak onsekiz yaşını tamamlayanların evlenmesi mümkündür⁵. Yine aynı tarihteki değişiklikle İsmK m.105 hükmüne ek yapılarak onsekiz yaşın altındaki evliliklerin mutlak butlan yaptırımına tabi olduğu da düzenlenmiştir.

III. OLAĞANÜSTÜ EVLENME YAŞI

A. Genel Olarak

Olağanüstü⁶ evlenme yaşını düzenleyen TMK m.124/II uyarınca: “Ancak hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir.”

Görüldüğü üzere bu hükümde, kişinin onaltı yaşını doldurması ve evlenmesine izin verilmesi bakımından olağanüstü durum ve pek önemli sebebin varlığı halinde hâkimin, evlenmeye izin verebileceği düzenlenmiştir.

eMK m.88/II hükmünde fevkalade hallerde ve pek mühim bir sebebin varlığı halinde onbeş yaşını dolduran erkeğin veya ondört yaşını dolduran kadının evlenmesine izin verebileceği düzenlenmişken, 2002 değişikliği ile kadın erkek bakımından bu yaş farkının ortadan kaldırılması ve yükseltilmesi elbette olumludur. Ancak 2002 yılında ve bugün 2020 yılında halen bu hükmün Kanun'da yer alıyor olmasının isabeti tartışılmalıdır ki devam eden açıklamalarımızda biz, hükmün yürürlükten kaldırılması gerektiğini savunacağız. Diğer yandan eMK m.88/II hükmünde yasal temsilcinin hâkim izninden önce dinlenmesi zorunlu iken bundan farklı olarak 2002 değişikliği ile bu husus zorunlu olmaktan çıkarılmış ve imkân varsa yasal temsilcinin dinlenmesi gereği düzenlenmiştir.

Olağanüstü evlenme yaşı özellikle eMK'nın yürürlükte olduğu dönemde doktrinde bazı yazarlarca ‘kazaî evlenme erginliği’ ya da ‘yargısal evlenme rüştü’ olarak adlandırılmaktaydı⁷. Ancak bu şekilde bir nitelendirme kanımızca yanlış anlaşılmaya müsaitti. Zira TMK m.124/II uyarınca evlenmesine izin istenen kişi ergin sayılarak, onun evlenmesine izin verilmemekte, ancak belirli bir kişiyle evlenmesine izin verilmektedir. Dolayısıyla mahkemeden evlenme izni alan kişi dilediği kişiyle evlenmesi söz konusu değildir⁸. Örneğin mahkeme onaltı yaşındaki A'nın B ile evlenmesine izin vermektedir yoksa evlenme izninden sonra ve fakat evlenmeden önce B ölse A, bu izinle B'nin erkek kardeşi C ile evlenemeyecektir.

B. Evlenmeye İzin Verilmesi Şartları

TMK m.124/II hükmü incelendiğinde iki şartın zorunlu, bir şartın ihtiyarî şart olarak düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Buna göre; evlenme başvurusunda bulunan kişi onaltı yaşını doldurmuş olmalıdır, evlenme izni için olağanüstü sebep ve pek önemli sebep bulunmalıdır ve olanak buldukça karardan önce anne ve baba veya vasi dinlenmelidir.

Doktrinde Kanun'da sayılan bu şartlar yanında evlenmesine izin verilmesi istenen kişinin evlenme olgunluğuna erişmiş olmasının da zorunlu şart olduğu ileri sürülmektedir. Zira bu görüşe göre kişi onaltı yaşını doldurmuş olsa ve olağanüstü sebep ve pek önemli sebep bulursa da evlenme olgunluğuna erişmemiş ise evlenmesine izin verilmemelidir⁹.

Tekrar belirtelim ki biz, hükmün yürürlükten kaldırılması gerektiğini savunacağımızdan aşağıda hükmün şartlarını incelerken de en azından hüküm yürürlükten kaldırılana kadar

⁵ Bu değişikliğin Türk Hukuku'nda yapılmamış olmasının isabetli olduğu yönünde bkz. HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, İstanbul 2020, § 4, N. 4; Ayrıca bkz. HEINRICH, Honsell/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas (Herausgeber): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Basel 2014, Art. 94, N. 2.

⁶ Bu tabir yerine istisnaî evlenme yaşı tabirinin kullanılması gerektiği yönünde NAMLI, GÜHFD 2003, s.261.

⁷ SCHWARZ, Andreas: Aile Hukuku, Çev. Bülent DAVRAN, İstanbul 1946, s.63; SAYMEN, Ferit Hakkı/ELBİR, Halid Kemal: Türk Medenî Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 1960, s.77; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 1965, s.58; FEYZİOĞLU, Feyzi: Aile Hukuku, İstanbul 1986, s.140; TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1982, s.71; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, II. Cilt, İstanbul 2020, s.66.

⁸ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, İstanbul 2020, N. 254.

⁹ VELİDEDEOĞLU, s.60; ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015, s.134; TÜZÜNER, Özlem: “Onaltı Yaşını Doldurmuş Kişinin Evlenmesine İzin Verilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (11), 2012, s.15 (Yazar, olağanüstü hal ve pek önemli sebebin objektif, evlenme olgunluğuna erişmiş olmanın subjektif şart niteliğinde olduğunu belirtmiştir. A.e. s.12).

uygulanmasını çok istisnâî hallerle sınırlı tutmak amacıyla çocuğun üstün menfaatini gözeterek dar yorum yapmayı tercih edeceğiz.

1. Zorunlu Şartlar

a. Onaltı Yaşını Doldurmuş Olma

TMK m.124/II hükmünde olağanüstü evlenme yaşı onaltı olarak belirlenmiştir. Bundan kasıt elbette kadın veya erkeğin onaltı yaşını doldurmuş olmasıdır. Olağan evlenme yaşının erginlik yaşından farklı düzenlenmiş olması dahi isabetli değilken onaltı yaşındaki kişinin hâkim izni ile bile olsa evlenmesine izin verilmesi kanımızca isabetli değildir.

Nitekim ulaşılan Yargıtay kararlarının çok büyük çoğunluğunda Yargıtay'ın yerel mahkeme kararlarını bozma gerekçesinin onaltı yaşını doldurma şartının sağlanmaması olduğu görülmüştür¹⁰. Aslında evlenme izni talebi halinde hâkimin, ilk incelemesi gereken zorunlu şart, evlenmesine izin verilecek kişinin onaltı yaş şartını sağlayıp sağlamadığı hususu iken, bu şartın sağlanmaması nedeniyle Yargıtay nezdinde bu kadar fazla sayıda karara rastlanması gerçekten üzücüdür.

b. Olağanüstü Durum veya Pek Önemli Sebebin Varlığı

Hâkim tarafından evlenme izni verilebilmesi için erkek veya kadının onaltı yaşını doldurmuş olması yeterli değildir aynı zamanda bu kişinin evlenmesini zorunlu kılan bir durumun varlığı gereklidir. Evlenmeyi zorunlu kılan bu durum TMK m.124/II hükmünde '*olağanüstü durumlar ve pek önemli sebep*' olarak ifade edilmiştir. Lafzî yorum yaptığımızda olağanüstü durumların tek başına evlenme izni için yeterli olmadığı, bu olağanüstü durumlara pek önemli sebebin eklenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Zira hükümde '*ve*' bağlacı kullanılmıştır¹¹. Aslında olağanüstü durumun nasıl cereyan edeceği veya pek önemli sebebin nasıl cereyan edeceği hususunda somut örnek yoktur. Başka bir anlatımla iki durumu birbirinden somutlaştırarak ayırmak mümkün değildir. Dolayısıyla hem eMK m.88 hem TMK m.124 hükümlerinde '*ve*' bağlacının kullanılma amacı olağanüstü durumun ve pek önemli sebebin farklı şekillerde tezahür edebileceği ihtimali değil evlenmeye izin kararı verecek hâkimin gerçekten çok istisnâî, zorunlu hallerde evlenmeye izin verebileceğini vurgulamaktır. Keza amaçsal yorum da bu kabulü desteklemektedir.

Nitekim TEKİNAY, eMK m.88 hükmünün yürürlükte olduğu sırada fevkalade hal ve pek mühim sebebin birbirine eklenmesi gereken iki ayrı şart gibi anlaşılması gerektiğini, hükmün '*önemli sebebin varlığı halinde istisnâî olarak*' ifadesi ile kaleme alınması gerektiğini belirtmiştir¹².

Birçok Yargıtay kararında olağanüstü durum veya pek önemli sebebin ne şekilde ortaya çıktığı tespit edilememiştir. Zira Yargıtay tarafından bozulan ilk derece mahkemelerinin kararlarının büyük çoğunluğunda bozulma sebebi onaltı yaşını doldurma şartının sağlanmamasıdır. Dolayısıyla Yargıtay aşamasındaki kararda olağanüstü durum ve pek önemli sebebin varlığı ya da yokluğu irdelemesine gerek olmadan yerel mahkeme kararları bozulmuştur¹³.

Doktrinde erkeğin ölüm tehlikesi içinde bulunması, nişanlı kadının öksüz, bakımsız ve yoksul olması, evlenen kadının evlenmekle anne ve babasına yardım edebilecek duruma gelmesi, kadının hamile olması, kadının evlendikten sonra evlenme yaşının daha küçük olduğu bir ülkeye gidecek olması olağanüstü durum ve pek önemli sebebe örnek olarak verilmektedir¹⁴.

Yargıtay eski tarihli bir içtihadı birleştirme kararına konu olayda küçüğün hamile kalmasının evlenme izni vermek bakımından pek önemli sebep teşkil ettiği sonucuna varmış, ancak pek önemli sebebin salt kadının hamileliğine inhisar ettirilmemesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵. Yine doktrinde nişanlılardan birinin ölüm tehlikesi içinde olması, kadının ana ve babasını

¹⁰ Yargıtay 2. HD, E. 2013/20482, K. 2014/5005, T. 10.3.2014; E. 2012/7078, K. 2013/7749, T. 21.3.2013; E. 2011/16683, K. 2012/29409, T. 6.12.2012, E. 2010/3710, K. 2011/5584, T. 30.3.2011 (www.kazanci.com).

¹¹ Burada '*veya*' bağlacının kullanılması gerektiği ve dar yorumlanması gerektiği yönünde NAMLI, GÜHFD 2003, s.262, 265.

¹² TEKİNAY, s.77.

¹³ Bkz. dn. 11'de anılan kararlar.

¹⁴ SCHWARZ, s.63; VELİDEDEOĞLU, s.59; SAYMEN/ELBİR, s.78; ZEVKLİLER, Aydın: Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1992, s.686; AKINTÜRK/KARAMAN, s.67, 68; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 257; ÖZTAN, s.134; KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, Ankara 2019, s.47.

¹⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1935/103, K. 1935/15, T. 7.6.1935; Dar yorumlanması ve çok istisnâî hallerde mümkün kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: "Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol", Journal of Yasar University, 8(Özel Sayı), 2013, s.2188.

kaybetmiş olması, kadının kaçırılmış ve ırzına geçilmiş olması, karı koca gibi birlikte yaşama, evlilik dışı ilişki için ağır baskının olduğu yörede cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması, seksüel nevrasteni hastalığı, erkeğin küçük yaşta kişiyle cinsel ilişkiye girme suçundan hakkında ceza soruşturması açılmış ya da tutuklanmış olması olağanüstü durum ve pek önemli sebep örnekleri arasında sayılmaktadır¹⁶.

Konuya ilişkin olarak Yargıtay 2. HD, E. 1986/4269, K. 1986/4463, T. 28.4.1986 sayılı kararında aynen: “... Davaya konu küçüğün nişanlısının Almanya’da çalışması ve evlenme halinde onun da Almanya’ya gidebilme imkânı elde etmesi hali Medeni Kanunun öngördüğü fevkalade bir hal ve pek önemli bir sebep olarak kabul edilemez...” şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtay 2. HD, E. 1986/10310; K. 1986/10529; T. 1.12.1986 kararında aynen “... Toplanan delillerden, (H) ’nin dava tarihinde 14 yaşını bitirip 15 yaşını bitirmediği, kızlığını 10 gün kadar önce kaybettiği ve (M.C) isimli şahısla kaçarak birlikte karı koca gibi yaşamağa başladığı gerçekleşmiştir. Bu durum fevkalade hal ve pek mühim bir sebep teşkil eder. Verilecek izin, kızın aile birliği kurmasına yardım edeceği gibi ihlal olunan aile haysiyetini de telafi edecektir...” şeklinde hüküm kurmuştur.

Yine 2. HD, E. 1984/10854, K. 1985/174, T. 15.1.1985 kararında evlenme izni talep eden tarafın kızı kaçırılmış olması ve hakkında hürriyeti tahdit suçundan kaynaklı soruşturma başlamış olması evlenme izni vermek bakımından yeterli kabul edilmiştir¹⁷.

Yargıtay 2. HD, E. 1993/13185, K.1993/504, T. 28.1.1993 sayılı kararında baba tarafından açılmış davada evlenme izni talep edilen kızın kaçırılma olasılığının olağanüstü hal olduğunu ve bu durumun ispatlanması halinde evlenmeye izin verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Yargıtay 2. HD, E. 2003/7198, K. 2003/8271, T. 5.6.2003 sayılı kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “... Evlenmesine izin istenen Ç. 3.4.1987 doğumlu olup vesayet altındadır. Akrabaları tarafından bakılmakta, düzenli bir aile yaşam bulunmamaktadır. Bu durum Türk Medeni Kanunun düzenlediği 124/2. maddesine uygun pek önemli bir sebeptir. Davacı bir an önce evlenerek başkalarının yardımına bağımlı olmaktan kurtulacaktır...”

Daha yeni tarihli kararlarında Yargıtay’ın daha sıkı şartlarda evlenme izni verdiği görülmektedir. Örneği 2. HD, E. 2015/3626, K. 2015/9331, T. 6.5.2015 sayılı kararında şu ifadeleri kullanarak tarafların birlikte yaşamalarının tek başına olağanüstü durum niteliğinde olmayacağı sonucuna varmıştır: “... Tarafların birlikte olup, karı koca gibi yaşamalarının, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 124. maddesinde de belirtilen olağanüstü durum olarak kabulüne imkân bulunmamaktadır. Bu yön gözetilmeden, yazılı şekilde evlenmeye izin verilmesi doğru görülmemiştir...”

Ancak bu karara karşı kaleme alınan karşı oy yazısı ilginçtir. Bu kararda aynen şu ifadeler yer almaktadır: “... tanık beyanlarına göre küçük A. ile, S.Ö.’nün bir buçuk aydır birlikte yaşadıkları anlaşılmaktadır. Değerli çoğunluk, tarafların karı koca gibi birlikte yaşamalarını, pek önemli bir neden olarak görmemiştir... Nikâh tarafların hak ve yükümlülüklerini güvence altına alan bir kurumdur. Fiili beraberliğin nikâhla güvence altına alınmaması durumunda, küçük A’nın nafaka, tazminat ve mirasçılık hakları gibi haklarını güvence altına alacak hiçbir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Küçüğün yaşı dolduğunda, nikâhtan kaçınabilecek karşı tarafı, küçükle nikâh yapmaya zorlayabilecek hiçbir yasal olanak da mevcut değildir. Küçüğün evlenmesine izin verilmemesi durumunda küçüğün telifisi mümkün olmayan ağır zararlar karşılığında söz konusu olacaktır. Fiilen S.Ö. ile karı koca hayatı yaşayan küçük A.’nın evlenmesine izin verilmesi halinde; ne küçük, ne ailesi, ne de toplum hiçbir zarar görmeyecektir. Çağdaş hukuk anlayışı hak ve özgürlüklerin genişletilmesi esasına dayanır. Çağdaş ülkeler, evlilikleri teşvik etmekte, fiili beraberlikleri hukukî koruma altına alan düzenlemeler yapmakta, hatta ilgili mercilere bildirilen fiili beraberliklere, evliliğe yakın hak ve hukukî korumalar sağlamaktadırlar... TMK’nın 124. maddesinin aradığı asgari yaş sınırını dolduran küçük A’nın

¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 257.

¹⁷ Mülga 765 sayılı Ceza Kanunu (RG. 13.3.1926/320) m.434 hükmü “...kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur” şeklindeyken, bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından 2004 yılında (AYM.E. 2001/478, K. 2004/38, T. 25.3.2004) iptal edilmiştir. Devamında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (RG. 12.10.2004/25611) cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar arasında bu hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla eTCK m.434 hükmünün yürürlükte kaldığı sırada Yargıtay kararlarına konu olmuş bazı olaylarda, erkek hakkında soruşturma başlatılması olağanüstü sebep olarak kabul edilmiş ve evlenmeye izin verilmiştir.

filen birlikte yaşadığı S.Ö. ile evlenmesine izin verilmesi, hukuka ve çağdaş uygulamalara da uygundur...”

Söz konusu karşı oy yazısı hakkında eleştiri yapmaya gerek olmadığını düşünmekle birlikte, olağanüstü ve pek önemli sebebin varlığı veya yokluğu konusunda takdir hâkime (TMK m.4) aittir ancak bugün evlenmeye izin verilmesi bakımından kadının hamile kalması, kadın ve erkeğin birlikte yaşıyor olması gibi olguların tek başına yeterli şart olarak kabul edilmemesi gerektiği açıktır.

c. Evlenme Olgunluğuna Erişmenin Zorunlu Şart Olup Olmadığı

TMK m.124/II hükmünden açıkça anlaşılmasa da bazı yazarlara göre hâkim evlenme izni vermeden önce aynı zamanda kişinin evlenme olgunluğuna erişmiş olup olmadığını da değerlendirmeli ve kişinin bu olgunluğa erişmediği kanaatine varırsa evlenmeye izin vermemelidir.

Kanımızca bu yönde bir şarta ihtiyaç yoktur. Zira hüküm ‘...hâkim... izin verebilir...’ şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla hâkime zaten şartlar mevcut olsa da evlenme izni vermeme yönünde takdir yetkisi verilmiştir. Hâkimin sahip olduğu takdir yetkisinin ise ‘*kişinin evlenme olgunluğuna erişmiş olup olmadığı*’ olgusu ile sınırlamaya gerek yoktur. Örneğin onaltı yaşını doldurmuş ve yirmi yaşındaki erkek arkadaşından hamile kalmış kadın bakımından olağanüstü hal ve pek önemli sebep şartının da varlığı ile evlenme izni karar verilebilir. İki zorunlu şart yanına bir de ‘*evlenme olgunluğuna erişme*’ şartı eklendiğinde hâkim adli tıptan alınacak raporla evlenme izni verebilecektir. Bu defa evlenme izni bakımından üç zorunlu şartın da tamamlanmış olduğu, evlenmeye izin verilmesi gerektiği düşünülebilecektir. Ancak belirtelim ki önemli olan ve hâkim tarafından nazara alınması gereken husus evlenme olgunluğuna erişme değil çocuğun menfaatidir. Hâkimin ergin olmayan bir kişi hakkında karar verirken nazara alacağı husus, her zaman çocuğun menfaatidir. Çocuğun üstün menfaati, çocukla ilgili tüm iş ve davalarda temel alınması gereken kıstastır¹⁸ ve TMK m.124/II özelinde ayrıca bir zorunlu şart aramanın gereği yoktur. Çocuğun üstün menfaatini gözetilmesi ise Kanun’da ayrıca belirtilmesine gerek olmayan hukuk ilkesi niteliğini haizdir¹⁹. Evlenme olgunluğuna erişme şartı bu hükümde düzenlenmiş değildir ve hükme bu şekilde bir zorunlu şartın eklenmesi hâkimin takdir yetkisini doğru kullanmaması sonucunu doğurarak gözetilmesi gereken çocuğun üstün menfaatini değersizleştirebilecektir.

2. İhtiyarî Şart: Ana, Baba veya Vasinin Dinlenmesi

eMK m.88 uyarınca hâkimin evlenme izni kararından önce ana, baba veya vasiyi dinlenmesi zorunlu şart olarak düzenlenmişken, TMK m.124 hükmünde olanak varsa bu kişilerin dinleneceği düzenlenmiştir²⁰.

Hükümün değişiklik gerekçesinde²¹ ana ve babanın bulunmaması, nerede olduklarının bilinmemesi gibi hâllerin erken evlenmeye izin verilmesini engellediği, bu nedenle bu kişilerin dinlenmesinin mutlak bir zorunluluk olmaktan çıkarılmış olduğu belirtilmiştir.

Önemle vurgulayalım ki gerek mülga hükümde gerekse de yürürlükteki hükümde sadece ‘*yasal temsilcinin dinlenmesi*’ düzenlenmiş olup yasal temsilcinin küçük adına başvurması ya da evlenmeye izin vermesi düzenlenmiş değildir.

C. Evlenmeye İzin Verilmesi Talebinin Niteliği ve Talebe Hakkı Olana Kişiler

1. Talebin Niteliği

HMK²² m.382/(2)-b bendinde Aile Hukuku’ndaki çekişmesiz yargı işleri altında henüz evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verilmesi çekişmesiz yargı işlerinden

¹⁸ YÜKSEL, Sera Reyhani: “Türk Medenî Kanunu’ndaki Evlenme Yaşına İlişkin Düzenlemenin Çocuk Hakları Açısından Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Dergisi, 7(17), 2015, s.32; Özge Yücel, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yarıyı Bağlamında Çocuğun İradesi”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (3), 2013, s.118 vd.

¹⁹ Bu kıstasın pozitif hukuka yansımaları için ayrıca bkz. YÜCEL, UÜHFD 2013, s.125 vd.

²⁰ eMK m.88 hükmünün yürürlükte olduğu sırada var olan tartışmalardan biri de hükümde anne ve babanın izninin mi yoksa sadece dinlenmesinin gerektiği idi. Zira bu hükme karşılık gelen İsviçre Medenî Kanununun ana ve babanın dinlenmesi değil ana ve babanın muvafakatinin zorunlu olduğu düzenlenmişti. Bu farklılıktan hareketle, eMK m.88’in de ana ve babanın muvafakati şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmekteydi (SCHWARZ, s.64); Aksi yönde VELİDEDEOĞLU, s.61; SAYMEN/ELBİR, s.79; TEKİNAY, s.78.

²¹ RG. 8.12.2001/24607.

²² RG. 4.2.2011/27836.

sayılmıştır²³. Dolayısıyla evlenmeye izin verilmesi talebinde davacı ve davalı taraf bulunmamaktadır. Nitekim evlenmeye izin verilmesi talebinde uyuşmazlık ve hak ihlali söz konusu olmadığından, salt bir hukuk kuralının uygulanmasını gerektiren iş söz konusu olduğundan burada teknik anlamda bir davadan söz etmek mümkün değildir. Bu yargılama faaliyetinde davalı da olmadığından tek taraflı bir yargılama söz konusu olur ve bu nedenle yargılamada taraf değil ‘*ilgili*’ kavramı kullanılması daha doğru olur.

Çekişmesiz yargı işlerinden HMK m.383 gereği görevli mahkeme aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemesidir. Yine HMK m.384 gereği Kanun’da aksine hüküm bulunmadıkça talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi görevlidir. Ancak Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un²⁴ 4. Maddesi uyarınca evlenme izni taleplerinde görevli mahkeme aile mahkemesi olup yetkili mahkeme evlenme izni talebinde bulunan kişinin yerleşim yeri mahkemesidir.

2. Evlenme İzni Talep Edebilecek İlgililer

a. Küçük

Evlenmeye izin talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğundan kişi, onaltı yaşını doldurduğunda henüz sınırlı ehliyetsiz olsa da izin için mahkemeye tek başına başvurabilir. Zira TMK m.16 uyarınca kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç olmadığı gibi TMK m.124/II uyarınca yasal temsilcinin iznine de gerek olmadığından, ergin olmayan ve fakat ayırt etme gücüne sahip küçüğün evlenme izni için tek başına başvurması mümkündür. HMK m.50 uyarınca medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan herkes davada taraf olma ehliyetine sahip olduğundan, onaltı yaşını tamamlamış küçüğün dava ehliyetine sahip olduğu tartışmasızdır. Dava ehliyeti ise HMK m.51 hükmünde düzenlenmiş olup buna göre fiil ehliyetine sahip olanlar dava ehliyetine sahiptir.

Sınırlı ehliyetsizlerin yani ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kural olarak dava ehliyetine sahip olmadığı ve davada ancak yasal temsilcileri tarafından temsil edilebileceği düşünülse de bazı hallerde örneğin kişi varlığı haklarını kullanırken sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin olduğu kabul edilir²⁵. Evlenmeye izin verilmesi talebi kişi varlığı hakkına ilişkin bir hak olduğundan bu davada sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetinin olduğu şüphesizdir.

Sınırlı ehliyetsiz, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaya kendisini karar verdikten sonra, iradi temsilci atayabilir. Bu durumda sınırlı ehliyetsizlerin evlenmeye izin talebi için avukatla yapacağı sözleşmenin, TMK m.16 anlamında borçlanma işlemi niteliğine haiz olması nedeniyle yasal temsilcinin rızasına bağlı olduğu unutulmamalıdır. Ancak sınırlı ehliyetsiz ivazsız bir avukatlık sözleşmesi yapıyorsa yasal temsilcinin rızasına bağlı olmadan bu sözleşmeyi yapabilecektir²⁶.

b. Küçüğün Ana/Babası veya Yasal Temsilcisi

Evlenme izni bakımından küçük yerine yasal temsilcisi konumundaki ana ve babanın küçüğü temsilen evlenme izni talep etmesinin mümkün olmadığı kanımızca da isabetli şekilde doktrinde savunulmaktadır²⁷. Önemle altını çizelim evlenme izni talep edecek tek kişi küçüğün kendisidir ve bu talepte yasal temsilcinin yeri yoktur. Dolayısıyla bu davanın, küçüğü temsilen yasal temsilci tarafından ikame edilmesi mümkün değildir. Ancak ne yazık ki Yargıtay

²³ Ayrıca bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya: Medenî Usul Hukuku, İstanbul 2017, s.2107 vd; KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, (5), 2011, s.33-34; Kanundaki açık düzenlemeye rağmen tespit hükmü niteliğinde olduğu yönünde bkz. TÜZÜNER, İKÜHFD 2012, s.20.

²⁴ RG. 18.1.2003/24997.

²⁵ PEKCANITEZ/ÖZEKES/AKKAN/TAŞ KORKMAZ, Cilt I, s.586; ELGÜN TOĞRUL, Emel Şeyda: Medenî Usul Hukuku Bağlamında Dava Ehliyeti, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019, s.160.

²⁶ İsviçre Federal Mahkemesi sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması için vekil tayin etme işleminde yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç olmadığı, bu işlemin hakkın kullanılması kapsamında kaldığı yönünde sonuca varmıştır. BGer 5A_10/2007, http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/070323_5A_10-2007.html; Avukatlık sözleşmesi ivazlı olsa da yasal temsilcinin rızasına gerek olmadan yapılabileceği yönünde bkz. KURT, Ekrem: Türk Hukukunda Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2016, s.128; KARAKAŞ, Fatma Tülay Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015, s.113.

²⁷ DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, N. 256; KURT, İKÜHFD 2016, s.145; KARAKAŞ, s.66; Aksi yönde bkz. TMK m.124/II anlamında evlenme izni talep etmek bakımından yasal temsilcinin izin veya katılımının gerekli olduğu yönünde AÇIKGÖZ, Aslı: Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul 2017, s.274.

kararlarının büyük çoğunluğunda evlenme izni talebi için mahkemeye küçüğün değil ana ve babasının başvurmuş olduğu görülmektedir. Hatta bir karardan anlaşılacağı üzere, yerel mahkeme yasal temsilci tarafından yapılan evlenme izni başvurusunda, evlenmesine izin verdiği küçüğü hiç dinlememiş, Yargıtay küçük dinlenilmeksizin evlenme izni veren mahkeme kararını bozmuştur²⁸.

Bir başka kararında Yargıtay, evlenme izni davasında yasal temsilci ile küçüğün menfaatinin çatışıyor olmasından bahisle küçüğe kayyım atanması gerektiği yönünde karar oluşturmuştur²⁹. Bu karara katılmak mümkün değildir. Zira menfaat çatışması nedeniyle kayyım atanması, yasal temsilci ile küçüğün menfaatinin çatıştığı hallerde ancak ve ancak yasal temsilcinin küçüğü temsil etmesinin mümkün olduğu hallerde söz konusu olabilir. Yasal temsilcinin zaten küçüğü temsil edemeyeceği hallerde kayyım atanmasına gerek yoktur.

Bilindiği üzere TMK m.16 uyarınca sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmasında yasal temsilcinin rızası gerekli değildir ve bu hakların kullanılmasına karar verme yetkisi sadece hak sahibindedir. Bu hakların kullanılmasında karar verme yetkisi ne yasal ne de iradî temsilciye bırakılabilir. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından temsil düşmanlığı söz konusu olur³⁰. Eş söylemle sınırlı ehliyetsiz, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken dava ehliyetine sahiptir. Ancak bazı durumlarda bu hakkın kullanılması için Kanun, yasal temsilcinin rızasını ya da işleme katılması gereğini düzenlemiştir.

Belirtelim ki İsviçre Medeni Kanunu'nun 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren 19c maddesi gereği ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizin kanundaki istisnalar dışında kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcinin rızasına bağlı olmadan tek başına kullanabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde ancak kanundaki açık hükmün varlığı halinde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanılması, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcinin rızasına bağlanmıştır. Açık kanun hükmü olmayan tüm hallerde sınırlı ehliyetsiz, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını tek başına kullanabilecektir.

Dolayısıyla İsviçre Hukuku'nda sınırlı ehliyetsiz bakımından bağımsız kullanılabilen kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ve yasal temsilci rızası/katılımı ile kullanılabilen kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımı yapılmaktadır³¹. Bağımsız kullanılması mümkün kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından, sınırlı ehliyetsizin dava ehliyeti vardır ve bu haklar sınırlı ehliyetsizin duygusal yaşamı ile sıkı ilişki içindeki haklardır.

Yasal temsilcinin rızasıyla kullanılabilen kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ise Kanun'un açık hükmü ile yasal temsilcinin rızasına bağlanmıştır ve bu hakların sınırlı ehliyetsiz tarafından tek başına kullanılması mümkün değildir. Nitekim bu Kanun'da açıkça yasal temsilci rızasına bağlanmış hakların yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir. Örneğin nişanlanma bağımsız kişiye sıkı sıkıya bağlı hak iken, yasal temsilcinin rızasının olmadığı hallerde sınırlı ehliyetsizin sorumluluğunun söz konusu olmaması (İsMK m.90/II), çocuğun tanınması (İsMK m.260/II), miras sözleşmesi yapma (İsMK m.468/II) bu hukuk sisteminde yasal temsilcinin rızasına bağlanan kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olarak düzenlenmiştir.

Diğer yandan İsviçre Hukuku'nda yapılan bir başka ayırım mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı ve nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımıdır³². İsMK m.19/c hükmünün ikinci fıkrasında ayırt etme gücü olmayan kişilerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının kullanılmasında kişiye çok sıkı bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılmasının mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından

²⁸ Yargıtay 2. HD, E. 1999/13645, K. 2000/1032, T. 2.2.2000E. 2004/3737, K. 2004/4675; 2. HD, T. 13.4.2004.

²⁹ Yargıtay 2. HD, E. 1974/873, K. 1974/716, T. 18.2.1974; Kararın isabetli olduğu hakkında bkz. TÜZÜNER, İKÜHFD 2012, s.22.

³⁰ OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2020, N. 320; KARAKAŞ, s.36 vd.

³¹ BSK/BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Art. 19c, N.1; Ayrıca İsviçre Hukuku'ndaki diğer sınıflandırmalar için bkz. KARAKAŞ, s.61 vd.

³² Bu konuda bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N. 321 vd; BSK/BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, Art. 19c, N. 4; BREITSCHMID, Peter/JUNGO Alexandra (Herausgeber): CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB-PartG, Zürich 2016, Art. 19c, N. 1; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich Basel Genf 2009, § 9, N. 44; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland (Herausgeber): ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016, Art. 19c, N. 4-7; BUCHER, Eugen/ AEBI-MULLER, Regina E.: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Bern 2017, Art. 19c, N. 239 vd. Ayrıca bkz. ELGÜN TOĞRUL, s.165 vd; KURT, İKÜHFD 2016, s.135 vd.

kullanılması mümkün değilken; nisbî kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılması mümkün kılınmıştır. Ancak hükmün gerekçesinde hangi hakların mutlak, hangi hakların nisbî kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğunun doktrin ve uygulama tarafından belirleneceği ifade edilmiştir³³.

Özölçe, mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılması mümkün değildir. Nisbî kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından ise yasal temsilcinin büyük oranda temsilen işlemi yapmasına izin verilmektedir. Doktrinde bu ayrımın hatalı olduğu, önemli olanın hak sahibinin hakkını tek başına kullanıp kullanmaması olduğu da belirtilmektedir³⁴.

Konumuza dönecek olursak, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi için evlenme başvurusu yapılması mümkün olmayacağından bizim için önemli olan ayırım, bağımsız kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ve yasal temsilci rızasına bağlı kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ayrımıdır. Çünkü mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın bazı durumlarda Kanun tarafından yasal temsilcinin izni/katılımı ile kullanılabilmesi düzenlenmiş olabilir.

Evlenme izni talebi de bağımsız kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğinde olup bu hakkın bizzat ve sadece sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılması gerekmektedir. Zaten mesele, aslında yasal temsilci aracılığı ile kullanılması mümkün olmayan bu hakkın sınırlı ehliyetsizi temsilen yasal temsilci tarafından kullanılmasıdır. TMK m.124/II’de yasal temsilcinin olanak varsa hâkim tarafından dinlenebileceği şeklinde düzenleme yapılmakla, yasal temsilcinin bu yargılamadaki konumu açıkça ortaya konulmuştur. Evlenme izni için sınırlı ehliyetsiz bizzat başvurmalı, yasal temsilcinin küçüğü temsilen açtığı dava ise red kararı ile sonuçlanmalıdır. Çünkü evlenme izin başvurusunun yasal temsilci tarafından yapılmasına imkân tanınması, sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkını kullanmayı bir başkasına devretmesi anlamına gelecektir.

D. Şartlara Sahip Olmadan Evlenme İzni Verilmesi ve Buna Bağlı Sonuçlar

1. Genel Olarak

Evlenmeye izin verilmesi şartları olmaksızın kişinin evlenmesine izin verilmişse, örneğin somut olayda olağanüstü sebep yoksa veya evlenmesine izin verilen kişi onaltı yaşını tamamlamışsa yine bu izne dayalı olarak kişi evlenmişse veyahut da onaltı yaşını doldurma şartını sağlamış ancak hâkimden izin almadan evlenmişse bu evliliğin akıbetinin ne olacağı irdelenmelidir³⁵.

2. Konuya İlişkin Tartışmalı Görüşler

a. Yokluk Görüşü

Doktrinde ÖZTAN³⁶ tarafından savunulan ve Yargıtay kararlarında rastlanan yokluk görüşüne göre, evlenmeye izin verilmesi şartları sağlanmaksızın evlilik yapılmışsa bu evlilik yok hükmündedir. Zira bu görüşe göre bu yaşın tamamlanmamış olması halinde yapılan evlenme, kurucu unsur eksikliği nedeniyle yok hükmündedir.

Yargıtay’ın bir kararında kişi, onaltı yaşını doldurma şartını sağlamadan örneğin onbeş yaşında evlenmiş olduğundan evliliğin yok hükmünde olduğu sonucuna varılmıştır. Yargıtay 2. HD, E. 2011/4235, K. 2011/7649, T. 3.05.2011³⁷ sayılı kararında aynen şu ifadeleri kullanmıştır: “*Evleneceklerin evlenme yaşını (TMK m.124) doldurmuş olmaları, evlendirmeye salahiyetli memur önünde irade beyanı gibi geçerli bir evlenmenin asli ve kurucu unsurudur. Aktin kurucu unsurlarındaki noksanlık evlenmenin yokluğu sonucunu doğurur. Evlenme tarihinde davacı E, onbeş yaşını doldurmamış, hâkim tarafından izin verilebilecek onaltı yaşını dahi tamamlamamıştır (TMK m.124 II). Bu durumda yapılan evlenme akdi, butlanla sakat değil, yok hükmünde olur (2.HD’nin 14.4.2003 tarihli 2003/4315-5370 sayılı, 30.10.2006 tarihli 2006/6049-14441 Sayılı kararları). Öyleyse evlenmenin yokluğunun tespitine karar verilmesi gerekirken, iptal hükmünün kurulması da usul ve yasaya aykırı olmuştur.*”

³³ <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2006/7001.pdf>.

³⁴ ZEVKLİLER, s.304 vd; Hak sahibinin menfaatine göre her bir hak bakımından değerlendirme yapılması gerektiği yönünde AÇIKGÖZ, s.266; Türk Hukuku’nda bu ayırım için bkz. KARATAŞ, s.64 vd.

³⁵ Tartışmalar için ayrıca bkz. KESKİN, Dilşad: “Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV(4), 2011, 71 vd.

³⁶ ÖZTAN, s.138.

³⁷ www.kazanci.com; Ayrıca bkz. benzer kararlar için Yargıtay 2. HD, E. 2003/4315, K. 2003/5370, T. 14.04.2003 (Karar için bkz. KÖSEOĞLU, Bilal/ KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011, s.9).

Yine Yargıtay 2. HD, E. 2000/7338, K. 2000/9756; T. 13.7.2000 sayılı kararına karşı yazılan muhalefet şerhinde aynen şu ifadeler yer almaktadır: “...*Kanun butlan hallerini açıkça belirlediğine göre, kanunda gösterilmeyenin dışında ki ehliyetsizliğin yaptırımının yokluk olması sebebiyle düzenlenmediğini kabul etmek zorunludur. Aksi hal kamu düzeni ile sıkı sıkıya ilişkili, evlenme ehliyetine dair yaş sınırı ile resmi memur huzurunda işlem şartının dolanulmasına imkân verir... Yok olan evliliğin Medeni Kanununun 118. maddesi uyarınca butlanı da söz konusu olamaz...*”

b. Butlan Görüşü

Evlilik Hukuku’nda iki tür butlan söz konusu olup, evlenme izni şartları söz konusu olmadan evlenen kişi bakımından nisbî butlan ve mutlak butlan olmak üzere iki farklı görüş ileri sürülmektedir.

i. Nisbî Butlan Görüşü

Bu görüşe göre henüz evlenme yaşını tamamlamamış veya tamamlamakla birlikte yasal temsilci izni almadan bir şekilde evlenmiş olan kişilerin evliliklerine ilişkin TMK m.153 hükmü, şartlar sağlanmadan gerçekleşen olağanüstü evlenmeler bakımından kıyasen uygulanmalıdır³⁸. Nitekim TMK m.153 hükmü, yasal temsilci rızası olmaksızın kişinin evlenmesi halinde yasal temsilcinin nisbî butlan davası açabileceğini düzenlemektedir.

Doktrinde DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, onaltı yaşını doldurmuş olmak koşulu ile hâkimden izin almadan evlenmenin gerçekleştiği hallerde iki ihtimal olduğunu, evlenmenin geçerli sayılması gerektiğini ya da evlenmenin nisbî butlanla batıl sayılması gerektiğini, bu ihtimalde TMK m.153 hükmünün kıyasen uygulanmasının daha uygun olduğunu belirtmişlerdir³⁹.

Evlenmenin nisbî butlan yaptırımına tabi olduğu kabul edilirse, örneğin 14 yaşında evlenen sınırlı ehliyetsizin durumundan haberdar olan üçüncü kişiler ve savcının dava açması mümkün olmayacağından, bu görüşün kabul edilmesi sakıncalıdır. Birçok ihtimalde yasal temsilci sınırlı ehliyetsizin evlenmesine ses çıkarmayacağından nisbî butlan, yasal temsilci tarafından zaten ileri sürülmeyecektir.

Yine TMK m.153/II uyarınca bu yolla evlenen kişiler sonradan onsekiz yaşını doldurur veya kadın hamile kalırsa nisbî butlan ileri sürülemeyeceğinden, bu hükmün özellikle hâkim kararı olmadan evlenen onaltı yaşından küçükleri korumayacağı açıktır.

Yargıtay 2. HD, E. 2006/6049, K. 2006/14441, T. 30.10.2006 sayılı kararında doğrudan olmasa da dolaylı olarak hâkimden izin almadan evlenmiş olan onaltı yaşını dolduran kişinin evliliğin butlanının savcı tarafından ileri sürülemeyeceği, dolayısıyla bu durumda nisbî butlanın söz konusu olduğu sonucuna varmıştır. Bu kararda aynen şu ifadeler kullanılmıştır: “...*Cumhuriyet Başsavcılığının ... Hâkimden izin almaksızın evlendiği ileri sürerek evlenme akdinin ve nüfus kayıtlarının iptaline karar verilmesinin talep edildiği, mahkemece davanın kabulüne karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bu davadaki olay mutlak butlan sebeplerinden olmadığından davayı Cumhuriyet Savcısı açamaz. O halde usulüne uygun açılmış olmayan davanın reddi gerekirken evliliğin iptaline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*”

Bir başka kararında Mahkeme açıkça onaltı yaşını doldurup da hâkimden izin almadan evlenmenin nisbî butlan teşkil ettiği sonucuna varmıştır. Yargıtay 2. HD, E. 2007/17963, K. 2009/3892, T. 4.3.2009 sayılı kararında “...*Evlenenlerden davalı A., 01.06.1990 doğumlu olup, evlenme tarihinde 16 yaşını bitirmiştir . 16 yaşını doldurmuş olan erkek veya kadın, ancak hâkimin evlenmeye izin vermesi halinde evlenebilir (TMK m.124/II). 16 yaşını doldurmuş olan kadın veya erkeğin hâkimin izni olmadan evlenmiş olmaları hali, nisbî butlan sebebi olup, C. Savcısının nisbî butlan nedeniyle evliliğin iptalini isteme yetkisi bulunmamaktadır. İsteğin reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır.*”

ii. Mutlak Butlan Görüşü

Evlenme izni olmaksızın evlenen kişinin evliliğinin mutlak butlan yaptırımı tâbi olduğunu savunan görüş kendi içinde iki farklı gerekçe ile savunulmaktadır.

Öne sürülen bir gerekçeye göre; evlenme yaşına gelmeyen kişi, özellikle onaltı yaşını doldurmamış kişi, bir şekilde evlenmişse bu evlilik mutlak butlanla batıldır zira kişi bu yönde hak

³⁸ VELİDEDEOĞLU, s.58, s.282; TEKİNAY, s.158,159; AKINTÜRK/KARAMAN, s.225.

³⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 278; Benzer şekilde AÇIKGÖZ, s.279.

ehliyetine sahip değildir ve bu konuda ayrıca düzenleme yapılmasına gerek dahi yoktur⁴⁰. Bu evlilik bakımından mutlak butlana ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

Diğer gerekçeye göre; küçük yaşta evlenen kişinin evlenme bakımından ayırt etme gücü yoktur, ayırt etme gücünün yokluğu da Kanun'da mutlak butlan sebebi (TMK m.145) olarak düzenlenmiş olduğundan bu konuda ayrıca düzenlemeye gerek olmaksızın evlenmenin mutlak butlanı söz konusu olur⁴¹. Kanunda bazı hallerde kişinin belirli bir yaşı tamamlaması gereken haller sayılmış olup bu yaşı tamamlanmadığı hallerde o işlemi yapmak bakımından kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı faraziyesi düzenlenmiştir. Dolayısıyla belirlenen yaşı altında yapılan evlenme bakımından kişinin ayırt etme gücüne sahip olmadığı, evlenmenin mutlak butlanla batıl olduğu kabul edilmelidir.

Olağanüstü evlenme yaşı bakımından aynı kural geçerli olmalıdır. Kanun onyediyedi yaşındaki kişinin evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğunu faraziye olarak kabul etmiş ancak onaltı yaşını dolduran bakımından bu faraziye kabul etmemiştir⁴². Dolayısıyla evlenme izni verecek hâkimin diğer şartların yanında kişinin bu yönde ayırt gücü olup olmadığını da takdir etmesi gerekir. Eğer şart sağlanmamasına rağmen kişiye evlenme izni verilmiş ya da izin olmadan kişi evlenmişse evlilik mutlak butlanla batıldır. Evlilik mutlak butlanla batıl olunca, bu evliliğin mutlak butlanı ilgili herkes tarafından ve savcı tarafından dava edilebilecektir.

3. Konuya İlişkin Görüşümüz

Evlenme izin şartları olmaksızın yapılmış evliliği yok hükmünde kabul etmek mümkün değildir. Zira bu ihtimalde miras ve soybağı sorunları gündeme gelecek ve Evlilik Hukuku'nun hükümsüzlük rejimi devre dışı bırakılarak sınırlı ehliyetsizin korunması amacından uzaklaşılacaktır.

Bu evliliğe nisbî butlan sonucu bağlamak da kanımızca sakıncalıdır. Zira bu ihtimalde savcının dava açma hakkı söz konusu olmayacağından bu görüşün benimsenmesi küçüğün korunması amacından uzaklaşılması sonucunu doğuracaktır.

Kanımızca konu hakkından mutlak butlan görüşünün benimsenmesi gerekir. Kanun'da mutlak ve nisbî butlan sebepleri sınırlı sayıda düzenlenmiş olsa da faraziye olarak kişinin onyediyedi yaşını tamamlamakla evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla onyediyedi yaşını tamamlamayan kişiler bakımından ayırt etme gücünün yokluğu nedeniyle evliliğin mutlak butlanla batıl olduğunun kabul edilmesi, küçüğün korunması amacına en fazla hizmet eden görüştür.

Nitekim İsviçre Medeni Kanunu'nda, 1 Haziran 2013'de yürürlüğe giren değişiklikle mutlak butlanın düzenlendiği m.105 hükmüne 6. bent eklenmek suretiyle tarafların onsekiz yaşının altında olmasını mutlak butlan sebebi (süresiz geçersizlik) olarak düzenlenmiştir⁴³. Bu hüküm, kişilerin bu yaşı altında olmaları halinde evlenme bakımından ayırt etme gücüne sahip olmayacakları kabulüne dayanmaktadır. Ancak hükümde, evlenme yaşına gelmeden yapılmış olan evliliklerin mutlak butlan yaptırımına tabi olduğu düzenlenmiş olsa da, evliliğin devamı küçüğün üstün menfaatlerine uygun düşüyorsa mutlak butlanın söz konusu olmayacağı da düzenlenmiştir. Özellikle butlan kararı yerine eşler bakımından boşanma kararı daha elverişli olacaksa ya da evlilik zaten ölümle sona ermişse butlan kararına gerek olmadığı belirtilmektedir⁴⁴.

E. Korunması Gereken Menfaat Temelinde İstinaf/Temyiz Hakkı Olanlar

Çekişmesiz yargı işlerine ilişkin kararlara karşı yargı yolunu düzenleyen HMK m.387 uyarınca çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukukî yararı bulunan ilgililer, özel kanunî düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, Kanun hükümleri dairesinde istinaf yoluna başvurabilirler.

⁴⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, N. 278; KESKİN, GÜHFD 2011, s.81-82.

⁴¹ VELİDEDEOĞLU, s.249.

⁴² Kanunda ayırt etme gücü karinesi yaratılmış olduğunu, her somut olayda hâkimin evlenme bakımından ayırt etme gücünün olup olmadığını araştırması gerektiği, kadın ve erkek bakımından 15 yaşın tamamlanmasının sınır olarak Kanun'da düzenlenmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. HATEMİ, § 4, N. 9-11.

⁴³ Belirtelim ki bu değişikliği takip edecek şekilde İsviçre'de Uluslararası Özel Hukuk Kanunu m.44 hükmünde kişinin milli hukukundan aksine bir düzenleme olsa bile onsekiz yaşının altındaki evlenmeler tamamen yasaklanmıştır. BSK-MONTINI/GRAF-GAISER, Art. 94, N. 2.

⁴⁴ BSK-GEISER, Art. 105, N. 22-23; CHK-KELLER, Art. 105, N. 8; Ayrıca bkz. HAVUTÇU, Ayşe: "Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirmesi", Journal of Yasar University, 8(Özel Sayı), 2013, s.1373.

Bu noktada savcılığın istinafa başvurup başvuramayacağı üzerine düşünülmesi ve başvurabileceği sonucuna varılmalıdır. Zira bilindiği üzere savcı Kamu Hukukunun süjesi olmasına rağmen Aile Hukuku'nda ilişkin bazı işlemlerde yetkili ve görevli kişidir. Zaten evliliğin mutlak butlanı davası açmaya yetkili olan savcının, evlenme izni kararına karşı evleviyetle istinaf yoluna başvurması mümkün kabul edilmelidir.

Çalışma konumuz bakımından aslında küçük tarafından talepte bulunulması gereken evlenme izninin yasal temsilci tarafından da talep edilmesine izin verilince, şartların oluşmadığı hallerde hukukî yararı bulunan ve istinaf hükümlerine başvuran kişiden bahsetmek pek de mümkün olmayacaktır. Elbette onaltı yaşını tamamlamış olan küçüğün evlenme izni talep ettiği hallerde, yasal temsilcinin evlenme izni kararına karşı istinaf yoluna başvurması mümkündür.

Bu durumda özellikle onaltı yaş şartı sağlanmamasına rağmen –ki 2015 öncesi birçok kararda bu şart sağlanmadan yerel mahkemelerin evlenme izni verdiği gözlemlenmekle- yerel mahkeme evlenmeye izin verecek olursa ve bu karar için istinaf yoluna başvurulmazsa HMK m.363 hükmünden başka yol kalmayacaktır. ‘*Kanun Yararına Temyiz*’ başlıklı bu hüküm uyarınca: “*İlk derece mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar ile istinaf incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına ve bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla kesin olarak verdikleri kararlar ile yine bu sıfatla verdikleri ve temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlarına karşı, yürürlükteki hukuka aykırı bulunduğu ileri sürülerek Adalet Bakanlığı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına temyiz yoluna başvurulur.*”

Görüldüğü üzere bu hüküm uyarınca, yerel mahkemenin evlenmeye izin kararına karşı Adalet Bakanlığı'nın veya Cumhuriyet Başsavcılığının kanun yararına temyiz yoluna başvurması mümkündür. Şu hususun altını çizmek gerekir ki Yargıtay tarafından Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına temyiz başvurusu ile bozulan ve ulaştığımız son karar 2015 yılına aittir. Yaptığımız araştırmalarda 2015 yılından sonra kanun yararına bozulan kararlara neden rastlanmadığı bilgisine ise ulaşamamıştır. Umarız bunun sebebi Adalet Bakanlığı'nın kanun yararına temyiz talep etmemesi değil de iyimser bir beklenti ile Yerel Mahkemelerin konuda hakkında doğru kararlar vermesidir.

IV. TMK m.124/II HÜKMÜNE GERÇEKTEN İHTİYAÇ VAR MI?

Çalışmamızın yapıma amacı TMK m.124/II hükmünün yürürlükten kaldırılması gereğine işaret etmektir. Buraya kadar yaptığımız değerlendirme gösteriyor ki özellikle kız çocukları için onaltı yaşını dahi tamamlamadan evlenme izni için başvurular yapılmakta, bu başvurular yasal temsilci tarafından yapılmakta, kanuna yararına temyiz kurumu işletilmeyince şartları sağlamayan kişilerin yaptığı evlilikler geçerli bir evlilik olarak varlığını sürdürmektedir. Anayasa⁴⁵ ve Uluslararası Mevzuata baktığımız zaman özellikle çocuğun korunması bakımından devletlere büyük görevler düştüğünü görmekteyiz.

Anayasa m.41/II, III aynen “*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır*” şeklindedir.

Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)⁴⁶ m.16 gereği devletlerin çocuğun erken yaşta evlenmesi veya nişanlanmasını yasal saymaması gerektiğine işaret eder.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin⁴⁷ 16. maddesi evlenme sözleşmesinin evleneceklerin tam ve özgür iradesine dayanması gerektiğine işaret eder.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesine⁴⁸ göre onsekiz yaşını doldurana kadar herkes çocuktur.

⁴⁵ RG. 9.11.1982/17863.

⁴⁶ Bu sözleşme Bakanlar Kurulunun 24.07.1985 tarihli kararı ile onaylanmış ve 14.10.1985 tarihli resmi gazetede yayınlanmıştır.

⁴⁷ Beyanname Bakanlar Kurulunun 6.4.1949 tarihli kararıyla onaylanmış ve 27.5.1949 tarihli resmi gazetede yayınlanmıştır.

⁴⁸ Bu sözleşme Bakanlar Kurulunun 23.12.1994 tarihli kararı ile onaylanmış ve 27.1.1995 tarihli resmi gazetede yayınlanmıştır.

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁴⁹ m.37 uyarınca devletler çocuğu kasten evliliğe zorlamanın cezalandırılmasını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlüğü altına girmişlerdir⁵⁰.

Çocukların Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi⁵¹ taraf devletlerin çocuğa karşı her türlü istismar ve sömürüyü engellemek için tedbirleri almak zorunda olduğunu düzenlemektedir.

Tüm bu metinler göstermektedir ki hem onyedinci yaşında yasal temsilci rızasıyla hem de onaltı yaşında hâkim izni ile evlenmeyi mümkün kılan TMK m.124 hükmünün hem birinci hem de ikinci fıkrası aslında Anayasa'ya ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırıdır^{52/53} ve yürürlükten kaldırılmalıdır.

Nitekim TMK m.124 hükmünün iptali için Ankara 10. Asliye Hukuk Mahkemesi somut norm denetimi başvurusunda bulunmuş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi 2016/126 E, 2016/119 K, 22.6.2016 tarihli kararında, somut olayda TMK m.124/II hükmünün uygulama olanağı olmadığından Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi bu kararında TMK m.124/II'nin Anayasaya ve uluslararası anlaşmalara uygun olduğu kanaatine varmış değildir.

Ancak TMK m.124 hükmü yürürlükten kaldırılana kadar en azından şartların sağlanmaması halinde yapılan evliliğin akıbetinin mutlak butlan olduğu kabul edilerek ilgili herkesin mutlak butlan davası açmasına izin verilmelidir. Diğer yandan şartları değerlendiren hâkim gerçekten de çok istisnai hallerde evlenme izni vermeli, çocuğun hamile kalmış olması, kadın ve erkeğin birlikte yaşaması asla evlenme izni için yeterli saymamalıdır.

Evlenme izni bakımından 'evlenme olgunluğuna erişme' asla zorunlu şart olarak kabul edilmemeli, tüm şartlar mevcut olsa ve tıp bilimi kişinin evlenme olgunluğuna erişmiş olduğu kanısına varmış olsa dahi hâkim 'çocuğun üstün menfaati' ilkesine üstünlük vermelidir.

Yine evlenme izni başvurusunun mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğinde olduğu nazara alınarak yasal temsilcinin küçüğü temsilen ikame ettiği davalar mahkemeler tarafından reddedilmelidir.

Son olarak 2015 yılından bu yana Yargıtay kararlarında rastlanmayan ya da bu yönde karar olmakla birlikte tarafımızca ulaşılmayan, Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılması mümkün olan kanun yararına temyiz taleplerine tekrardan rastlanması en büyük temennimizdir.

⁴⁹ Bu sözleşme Bakanlar Kurulunun 10.2.2012 tarihli kararı ile onaylanmış ve 8.3.2012 tarihli resmi gazetede yayımlanmıştır.

⁵⁰ Sözleşmenin getirdiği izleme mekanizmasına göre (m.66); sözleşmenin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, Avrupa Konseyi bünyesinde, 10 ila 15 uzmanın yer aldığı 'Kadına Yönelik ve Aile İçi Şiddete Karşı Mücadelede Uzmanlar Grubu' (GREVIO) adlı bir denetim mekanizması oluşturulmuştur. GREVIO'nun görevi, taraf devletler hakkında düzenli denetim raporları hazırlamak, raporlarda üye devletlere önerilerde bulunmak, bu önerilerin yerine getirildiği getirilmediğini takip etmek, Avrupa genelinde kadın-erkek eşitliği ve kadına yönelik şiddetle mücadelede ortak normlar yaratılmasına ve taraf devletlerde bu alanlarda ilerleme sağlanmasına ortam yaratmaktır. Nitekim GREVIO, Türkiye için ilk değerlendirme raporunu 15 Ekim 2018 tarihinde açıklamıştır (<https://ailevecalisma.gov.tr/media/3825/grevio-rapor-turkce-5bd99d7dbb799.pdf>). Bu raporda yer alan bilgilere göre Türkiye'de kadınların %25'inden fazlası 18 yaşından önce evlenmekte, bu oran kırsal alanda %32'ye yükselmektedir. Bu kadınların %19,9'u bir aile kararıyla rızası olmadan evlendiğini belirtirken, bu evliliklerin %46,8'inin aile kararı içerdiği, vakıaların %45'inden fazlasında reşit olmayan kızın kendinden 5 ila 9 yaş büyük bir erkekle evlendiği ve bu vakıaların %23'ünden fazlasında yaş farkının 10 ya da daha fazla olduğu, küçük bir kız çocuğuyla yapılan evliliklerin yaklaşık beşte birinde başlık parası ödendiği, bu evliliklerin %13'ünde kızların yaşı hakkında yalan söylendiği bilgileri yer almaktadır. Ancak üzülmeye gerek yok ki bu ayrıntılı raporda TMK m.124/II hükmünün yürürlükten kaldırılması gereğine hiç işaret edilmemiş, aksine TMK'da zorla evliliğin yaptırımının doğrudan düzenlenmemiş olduğu gibi bir tespit edilmiştir.

⁵¹ Bu sözleşme Bakanlar Kurulu'nun 18.7.2011 sayılı kararı ile onaylanmış ve 10.9.2011 tarihli resmi gazetede yayımlanmıştır.

⁵² Ayrıca bkz. NAMLİ, GÜHFD 2003, s.258; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Yasar 2013, s.2180 vd; HAVUTÇU, Yaşar 2013, s.1379; TÜZÜNER, İKÜHFD 2012, s.24-25; REYHANİ YÜKSEL, Hukuk ve Adalet 2015, s.36 vd.

⁵³ Evlenme yaşının kadın ve erkek için onsekiz yaşına çıkarılması için yine olağanüstü evlenmeye ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılması için bu zamana kadar çeşitli tarihlerde kanun teklifleri verilmiş olsa da bu teklifler reddedilmiştir. Bu çalışmanın yapıldığı sırada hem olağan hem de olağanüstü evlenme yaşına ilişkin durumu itibari ile Komisyonda bekleyen 1.10.2018 ve 1.10.2019 tarihli iki Kanun teklifi bulunmaktadır. https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_baslangic (ET: 8.10.2020).

V. SONUÇ

Çocuğun evlenmesine mümkün kılan TMK m.124/II hükmünün yürürlükten kaldırılması gerektiği şüphesizdir. Hüküm yürürlükten kaldırılana kadar çocuğun üstün menfaatine üstünlük verilmesi ve hükmün uygulanma alanının dar tutulması hukuku uygulayanların elindedir. Kanun yararına bozma ile 2015 yılına kadar Yargıtay'ın önüne gelen olaylarda evlenmesine izin verilmesi istenen hep kız çocuğudur ve yerel mahkemeler şartlar oluşmadan evlenmeye izin kararları vermiştir. Onsekiz yaşın dahi evlenme için yeterli olup olmadığı tartışılması gerekirken 2020 dünyasında onaltı yaşındaki çocuğun evlenmesine izin vermek kabul edilemez sonuçlara gebe dir. En kısa sürede hükmün yürürlükten kaldırılması veya Anayasa aykırılığının iddia edilmesi en büyük temennimizdir.

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ, Aslı: Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul 2017.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, II. Cilt, İstanbul 2020.
- BREITSCHMID, Peter/RUMO-JUNGO, Alexandra (Herausgeber): CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB, PartG, Zürich 2016 (CHK-İşleyen).
- BUCHER, Eugen/AEBI-MULLER, Regina E.: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB, Bern 2017 (BK-İşleyen).
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II: Kişiler Hukuku, İstanbul 2019.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III: Aile Hukuku, İstanbul 2020.
- ELGÜN TOĞRUL, Emel Şeyda: Medenî Usûl Hukuku Bağlamında Dava Ehliyeti, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.
- FEYZİOĞLU, Feyzi: Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, İstanbul 2020.
- HAVUTÇU, Ayşe: “Mukayeseli Hukuktaki Gelişmeler Işığında Türk Medeni Kanunu Açısından Zorla Evlenme Probleminin Değerlendirmesi”, Journal of Yasar University, 8 (Özel Sayı), 2013, s.1341-1382 (HAVUTÇU, Yaşar 2013).
- HEINRICH, Honsell/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas (Herausgeber): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, Michel Montini/Cora Graf-Gaiser (Bearbeiter), Basel 2014 (BSK-İşleyen).
- KARAKAŞ, Fatma Tülay: Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015.
- KESKİN, Dilşad “Küçük Yaşta Evlenmenin Müeyyidesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XV(4), 2011, s.65-83 (KESKİN, GÜHFD 2011).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, Ankara 2019.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland (Herausgeber): ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch OFK Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016 (OFK-İşleyen).
- KÖSEOĞLU, Bilal/ KOCAAĞA, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, Bursa 2011.
- KURT, Ekrem: Türk Hukukunda Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar ve Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(2), 2016, s.121-187 (KURT, İKÜHFD 2016).
- KURU, Baki/BUDAK, Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi, 5, 2011, s.3-43 (KURU/BUDAK, İBD 2011).
- NAMLI, Mert: “Yeni Medenî Kanununun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 2003, s.241-388 (NAMLI, GÜHFD 2003).
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2020.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015.
- REYHANİ YÜKSEL, Sera: “Türk Medenî Kanunu’ndaki Evlenme Yaşına İlişkin Düzenlemenin Çocuk Hakları Açısından Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Dergisi, 7(17), 2015, s.21-42 (Reyhani Yüksel, Hukuk ve Adalet 2015).
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya: Medenî Usûl Hukuku, Cilt I, İstanbul 2017.
- SAYMEN, Ferit Hakkı/ELBİR, Halid Kemal: Türk Medenî Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 1960.
- SCHWARZ, Andreas: Aile Hukuku, Çev. Bülent Davran, İstanbul 1946.

- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: “Erken Yaşta Evliliklerin Önlenmesi Konusunda Yargının Üstlenebileceği Rol”, Journal of Yasar University, 8(Özel Sayı), 2013, s.2177-2188 (SUNGURTEKİN ÖZKAN, Yaşar 2013).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1982.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich Basel Genf 2009.
- TÜZÜNER, Özlem: “Onaltı Yaşını Doldurmuş Kişinin Evlenmesine İzin Verilmesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (11), 2012, s.7-29 (TÜZÜNER, İKÜHFD 2012).
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 1965.
- YÜCEL, Özge: “Çocuğun Yüksek (Üstün) yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (3), 2013, s.117-137 (YÜCEL, UÜHFD 2013).
- ZEVKLİLER, Aydın: Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1992.

EXAMINING THE ROLE OF OUTREACH WORK IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: THE CASE OF ICTY

ULUSLARARASI CEZA YARGISINDA ERİŞİMİN ROLÜNÜN İNCELENMESİ:
ESKİ YUGOSLAVYA ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ ÖRNEĞİ

Ebru DEMİR*  

Article Info

Gönderi: 19/10/2020
Kabul : 10/03/2021

Keywords

*Outreach,
Outreach Activities,
International
Criminal Law,
The ICTY,
Plea Bargaining.*

Makale Bilgi

Received: 19/10/2020
Accepted: 10/03/2021

Anahtar Kelimeler

*Erişim,
Erişim Aktiviteleri,
Uluslararası Ceza
Hukuku,
Eski Yugoslavya
Uluslararası Ceza
Mahkemesi,
İtiraf Pazarlığı.*

Abstract

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.812429> 

Outreach activities of international criminal tribunals remain as a neglected area in the field of international criminal law. This article draws attention to this very under-researched area and highlights the importance of outreach work in providing international criminal justice. By focusing on the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (the ICTY) as a case study, the article argues that outreach activities are significant for international criminal tribunals to gain the support of the local populations under their jurisdictions. For the purpose of the article, the ICTY's main outreach activities are overviewed by using the online data provided in the ICTY's official website. A detailed analysis of these activities through an engagement with the existing literature shows that delays in the outreach activities, lack of other transitional justice mechanisms, and plea bargaining became the main challenges for the ICTY's outreach work. These conclusions are significant not only for an evaluation of the tribunal's legacy in the region of former Yugoslavia but also for deriving "lessons learned" for the other international criminal tribunals and the permanent court International Criminal Court (ICC). International tribunals and courts must learn from the ICTY's failures and should be vigilant from their establishment till their closure to enhance the public awareness about their work and to gain the support of the local communities under their jurisdictions.

Özet

Uluslararası ceza hukukunda uluslararası ceza mahkemelerinin erişim aktiviteleri göz ardı edilmiş bir alan olarak kalmaktadır. Bu makale, üzerinde az çalışılmış olan bu alana dikkat çeker ve uluslararası adaletin sağlanmasında erişim aktivitelerinin önemini vurgular. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi yakından incelenerek, erişim aktivitelerinin uluslararası ceza mahkemelerinin kendi yargı yetkisi altında bulunan toplumların desteğini kazanmaları için ne derece önemli olduğu saptanır. Bu makalede, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin resmi internet sitesinde arşivlenmiş bulunan erişim aktiviteleri incelenir. Detaylı bir inceleme sonucunda erişim aktivitelerindeki gecikmenin, diğer geçiş dönemi adalet mekanizmalarının eksikliğinin ve itiraf pazarlığı (suçluların suçlarını itiraf ederek aldıkları ceza indirimleri) anlaşmalarının mahkemenin erişim aktivitelerini aksatan en önemli engeller oldukları tespit edilir. Makale, hem Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin erişim aktivitelerini inceleme fırsatı sunmakta hem de diğer mahkemelerin aynı hataları yapmaması için bu mahkemenin başarısızlıklarından çıkarılabilecek dersleri gözler önüne sermektedir. Başta Uluslararası Ceza Mahkemesi olmak üzere diğer uluslararası ceza mahkemeleri kuruldukları tarihten itibaren erişim aktivitelerine önem vermeli, ve yetkileri altındaki toplumları aldıkları kararlardan ve mahkeme süreçlerinden haberdar ederek meşruiyetlerini sağlamaya çalışmalıdırlar.

I. INTRODUCTION

International criminal tribunals often remain distant to the societies where mass atrocities occur. This distance emerges as a result of international legal frameworks (that tribunals apply) or geographical remoteness *or both*. Such distance creates practical issues such as difficulties in victims' and witnesses' access to the tribunals or in evidence gathering. In addition to the practical difficulties, on the part of the affected communities a sense of distance and distrust also occurs by virtue of poor knowledge of the tribunals' work. As a result, tribunals fail to establish legitimacy and therefore receive little support from the communities in the areas under their jurisdictions. As a reaction to this issue, in order to enhance the public awareness and support for the international criminal tribunals, outreach activities are developed in the international criminal justice system.

The first international criminal tribunals, the International Military Tribunal for the Far East (the Tokyo Tribunal) and International Military Tribunal at Nuremberg (the Nuremberg Tribunal), had no outreach programmes¹. By having no engagement with the communities at stake the early tribunals left no precedents and legacy in this area for the following tribunals set in the 1990s: the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (the ICTY) and the International Criminal Tribunal for Rwanda (the ICTR). The ICTY, together with the ICTR², have been the first tribunals developing outreach programmes. These tribunals' inadequate outreach work has been a 'lesson learned' for the International Criminal Court (ICC) which incorporated outreach work into its Regulations of the Registry³.

Despite the growing recognition of the importance of these activities by other international criminal tribunals and the ICC, there are very few studies on outreach⁴. This study aims to build on this limited literature. For the purpose of the study, web archive research⁵ is adopted as the

¹ CLARK, Janine Natalya: "International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach", *International Criminal Law Review*, 9(1), 2009, p.106.

² For an analysis on ICTR's outreach activities, see: SCHARF, Michael P and KANGT Ahran: "Errors and Missteps: Key Lessons the Iraqi Special Tribunal Can Learn from the ICTY, ICTR, and SCSL", *Cornell International Law Journal*, 38(3), 2005, p.911; PESKIN, Victor: "Courting Rwanda: The Promises and Pitfalls of the ICTR Outreach Programme", *Journal of International Criminal Justice*, 3(4), 2005, p.950; GALLIMORE, Timothy: "The Legacy of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and Its Contributions to Reconciliation in Rwanda", *New England Journal of International and Comparative Law*, 14, 2008, p.239; DIENG, Adama: "Capacity-Building Efforts of the ICTR: A Different Kind of Legacy", *Northwestern Journal of International Human Rights*, 9(3), 2011, p.403; WESTBERG, Megan M: "Rwanda's Use of Transitional Justice After Genocide: The Gacaca Courts and the ICTR", *Kansas Law Review*, 59, 2011, p.331.

³ International Criminal Court Regulations of the Registry

Regulation 5 bis

Public Information and outreach

1. In fulfilment of the Registrar's mandate to provide information pursuant to rule 13, sub-rule 1 of the Rules of Procedure and Evidence, the Registry shall ensure the public dissemination of appropriate, neutral and timely information concerning the activities of the Court through public information and outreach programmes.
2. Public information programmes shall be aimed at fostering public understanding and support for the work of Court. To this end, the Registry may employ various means of communication, including print and broadcast media, internet-based technologies, visits to the Court and public-speaking engagements by Court officials.
3. Outreach programmes shall be aimed at making the Court's judicial proceedings accessible to those communities affected by the situations and cases before the Court. To this end, the Registry shall develop appropriate communication tools and strategies such as consultation and town-hall meetings, radio and television programmes, leaflets, booklets, posters and videos.

⁴ TOLBERT David: "Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Unforeseen Successes and Foreseeable Shortcomings", *The Fletcher Forum of World Affairs*, 26(2), 2002, p.14; PESKIN (n 2); HUSSAIN Varda: "Sustaining Judicial Rescues: The Role of Outreach and Capacity-Building Efforts in War Crimes Tribunals", *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005, p.39; DAREHSHORI, Sara: "Lessons for Outreach from the Ad Hoc Tribunals, the Special Court for Sierra Leone, and the International Criminal Court", *New England Journal of International and Comparative Law*, 14, 2008, p.11; PENTELOVITCH Norman Henry: "Seeing Justice Done: The Importance of Prioritizing Outreach Efforts at International Criminal Tribunals", *Georgetown Journal of International Law*, 39, 2008, p.445; CLARK, "International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach" (n 1); VINCK P/PHAM PN: "Outreach Evaluation: The International Criminal Court in the Central African Republic", *International Journal of Transitional Justice*, 4(3), 2010, p.421; HELLMAN Matias: "Challenges and Limitations of Outreach: From the ICTY to the ICC" in Christian De Vos/ Sara Kendall/Carsten Stahn (eds), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

⁵ BEN-DAVID Anat/HUURDEMAN Hugo: "Web Archive Search as Research: Methodological and Theoretical Implications", *Alexandria: The Journal of National and International Library and Information Issues*, 25(1/2), 2014, p.93.

primary data gathering method in order to overview the ICTY's outreach activities through its archive on its official website. The material on the ICTY's website sufficiently reflects the ICTY's outreach activities. To evaluate these activities' effectiveness, the study applies to the existing literature⁶.

Having delivered its last judgement on 29 November 2017, after working 24 years, the ICTY formally closed on 31 December 2017. The ICTY brought justice to 161 accused and collected 4,650 witnesses' testimonies throughout 10,800 trial days⁷. Given the fact that the ICTY fully implemented its completion strategy, an evaluation and examination of the tribunal's outreach activities proves necessary. This study also becomes timely since sufficient time has elapsed after the official closure of the tribunal; this allows the author to reach conclusions about the impact of the tribunal's outreach activities in the region of former Yugoslavia.

This article is divided into three main sections. In the second section, a definitional framework for outreach activities is presented and the importance of the outreach work in the international criminal justice system is discussed. In the third section, the article turns its focus on its case study and brings forward the ICTY's outreach activities by using the online data provided in the ICTY's official website. In the fourth section, the ICTY's outreach activities are critically evaluated through an engagement with the existing literature and it is found that the ICTY failed to effectively engage with the communities in the areas under its jurisdiction.

II. THE IMPORTANCE OF OUTREACH IN THE INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Outreach means disseminating information to the relevant communities in relation to the legal proceedings in the international criminal tribunals. It encompasses attempts on the part of these tribunals to make their activities known to the domestic and international public⁸. With outreach, international courts reach out to the local populations concerned and explain their work⁹. Such work raises awareness of and inform about transitional justice mechanisms (trials, reparations, truth commissions, institutional reform) and encourage participation in these mechanisms¹⁰. It prevents manipulation and distortion of international criminal justice¹¹. Perceptions of international tribunals by those whose behalf they operate are crucial for tribunals to be seen as legitimate institutions¹². Without outreach, the international community cannot establish strong links between the international tribunals and the local communities concerned¹³. For these reasons, outreach is widely considered an obligation of the tribunals¹⁴.

The scope of outreach in the international criminal justice system is gradually concretised whereas initially there was ambiguity in terms of the definition of outreach. Its importance is now widely accepted. However, it has not been easy for international tribunal staff to recognize outreach as an important part of their work. National courts as a rule do not undertake such a role¹⁵. International tribunals' staff, having experience from national courts, initially objected to engage in "public relations" and to explain themselves to the local communities; the judgments were considered sufficient for the tribunals to explain themselves¹⁶. Since the legitimacy of the domestic courts is well and long-established in the communities they serve, it did not occur to the

⁶ CLARK Janine Natalya: "Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation", *European Journal of International Law*, 20(2), 2009, p.415.

⁷Tribunal Press Release: "ICTY marks official closure with moving Ceremony in The Hague" <<https://www.icty.org/en/press/icty-marks-official-closure-with-moving-ceremony-in-the-hague>> (Accessed: 16.10.2020).

⁸ FICHTELBERG Aaron: *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*, Springer, New York 2015, p.75.

⁹ CLARK: "International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach" (n 1) 99.

¹⁰ VINCK/PHAM (n 4) 2.

¹¹ STOVER Eric/WEINSTEIN Harvey M: "Conclusion: A Common Objective, A Universe of Alternatives" in Eric Stover/Harvey M Weinstein (eds), *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p.335.

¹² FLETCHER Laurel E/WEINSTEIN Harvey M: "A World unto Itself? The Application of International Justice in the Former Yugoslavia" in Eric Stover/Harvey M Weinstein (eds), *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p.30.

¹³ HUSSAIN (n 4) 550.

¹⁴ FLETCHER/WEINSTEIN (n 12) 44.

¹⁵KLARIN M: "The Impact of the ICTY Trials on Public Opinion in the Former Yugoslavia", *Journal of International Criminal Justice*, 7(1), 2009, p.96.

¹⁶ TOLBERT David: "Reflections on the ICTY Registry", *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), 2004, p.485.

tribunals' staff to publicize their work and effectively engage with the local populations¹⁷. The staff struggled to admit the fact that international tribunals are not like a domestic court, and public image of an international criminal tribunal would be of importance. Thus, delays and failures in outreach work in international criminal law has not only existed because of the neglect of the local communities, but also as a consequence of the staff's (initial) limited perception of their roles¹⁸.

Due to the difficulties in establishing legitimacy, outreach activities started to gain importance with the support and encouragement of the practitioners in the field. An increasing interest in outreach emerged with the efforts and the endorsements of several international organizations¹⁹. For instance, Human Rights Watch (HRW) has been a pioneer organization in encouraging the tribunals' outreach work. In its report on the trial phase of the Special Court for Sierra Leone (SCSL), HRW praised the outreach programs of the SCSL and considered it a model²⁰ for other courts in terms of implementation of outreach and communications programming. HRW indicated that,

"the Outreach Unit [in SCSL] helps to ensure that the local population has accurate and relevant information about the court by preparing and disseminating written material about the court, including information (...) on how to attend the proceedings²¹."

As seen, HRW establishes direct connection between the outreach work and the victims' and witnesses' participation to the court proceedings. Similarly, in its memorandum to state members of the assembly of state parties, HRW underlines the significance of the ICC's outreach activities in promoting victims' participation and witness protection during the ICC's proceedings²². HRW asserts that although outreach will not be able to change the minds of those aiming to undermine the ICC's work for political reasons, it is essential for the court to provide some counterweight to deliberately-created incorrect information about itself²³. To maximise participation and understanding, outreach is considered essential in order to ensure that accurate and reliable information is disseminated to the communities affected²⁴.

In 2007, as a response to the Resolution 1757 of 30 May 2007, which requested the United Nations Secretary-General (SG) to take the necessary steps to establish the Special Tribunal for Lebanon (STL), the SG raised the issue of outreach as one of the key areas to consider. The SG stated that

"[a] key element for the success of the Special Tribunal is not that justice be done but also that

¹⁷ DAREHSHORI (n 4) 300.

¹⁸ HUSSAIN (n 4) 580.

¹⁹ For instance, International Bar Association (IBA) encourages the ICC to create context-dependent outreach activities. See International Bar Association: "Beyond The Hague: Forging Linkages between the International Criminal Court and Key Jurisdictions", ICC Monitoring and Outreach Programme - IBA Outreach Report, 2008.

Similarly, Open Society Justice Initiative has been one of the key supporters of outreach work in the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC). See Open Society Justice Initiative: "Justice Initiatives: The Extraordinary Chambers" (2006) <https://www.justiceinitiative.org/uploads/37b0a97f-0099-4db7-b00c-74a324a8e937/jinitatives_200604.pdf>. (Accessed: 16.10.2020).

²⁰ SCSL was the first international criminal tribunal to develop a dedicated outreach section, the Office of Outreach and Public Affairs. Unlike ICTY and ICTR, SCSL's outreach office began operations right after the first indictments were issued in 2003. See KENDALL Sara/SESAY Alpha: "Case Study 2: Seeing Justice Done: Outreach and Civil Society at the Special Court for Sierra Leone" in Helmut Anheier and others (eds), *Global Civil Society 2011: Globality and the Absence of Justice*, Palgrave Macmillan, Berlin 2011, p.157.

²¹ Human Rights Watch: "Justice in Motion: The Trial Phase of the Special Court for Sierra Leone", 2005, 17(14) (A) 29 <<https://www.hrw.org/reports/2005/sierraleone1105/sierraleone1105.pdf>>. (Accessed: 16.10.2020).

²² Human Rights Watch: "Memorandum to State Members of the Assembly of States Parties" (2005) 6 <http://www.iccnw.org/documents/HRW_MemorandumFourthASP_Nov05.pdf>. (Accessed: 16.10.2020).

²³ Human Rights Watch Memorandum p. 2.

According to HRW, outreach work is fundamental for the ICC for the following reasons:

"Unlike a national court whose authority is implicitly accepted, the ICC has no deep-rooted legitimacy in the communities where it is working and is often viewed with suspicion, if not outright hostility, by those who fear its work. It conducts proceedings in languages not always accessible to the local population. Its legal procedures may be very unfamiliar to people in the communities affected. The fact that the ICC works in communities that are polarized and war-torn makes outreach and communications all the more important because those threatened by the court will do their utmost to tarnish it." p 2.

²⁴ No Justice Without Peace: "Outreach and the International Criminal Court" (2004) No Peace Without Justice (NPWJ) International Criminal Justice Policy Series No.2 5 <<http://www.npwj.org/sites/default/files/documents/File/NPWJOutreachPolicyICCSep04.pdf>>. (Accessed: 16.10.2020).

justice must be seen to be done. (...) the development of an effective and comprehensive outreach programme bringing the activities of the Special Tribunal closer to the population of Lebanon and the wider region is a priority²⁵.”

As the SG emphasised, justice, especially international criminal justice, must be seen to be done by the communities affected by the mass atrocities. Dissemination of the information regarding the courts' judgments and proceedings should be a priority while establishing an international criminal court. The very legitimacy of such an institution depends on the local populations' involvement in the proceedings from the beginning till the end. The affected population's perception of a court can only be shaped and ameliorated through an effective outreach capability²⁶.

Outreach also help these tribunals to achieve their two primary goals: *elimination of impunity* and *building reconciliation*. Outreach assists the investigative, prosecutorial and judicial work of the international criminal tribunals “by reducing resistance to cooperation”²⁷. Lack of outreach programmes in the tribunals opens space for the local extremist political parties to fill²⁸. When the tribunals do not provide some counterweight to disinformation, the local communities consider these bodies as hostile institutions which challenge their respective states' sovereignty and resist every form of engagement that could be of importance for the tribunals to collect evidence or arrest suspects. Therefore, it should be underlined that outreach activities are significant to achieve the goal of combating impunity.

Outreach aids reconciliation which is one of the goals of the international community in post-war societies. Many scholars argued that international criminal tribunals should and do have a responsibility to provide reconciliation in the areas under their jurisdictions²⁹. Promotion of national reconciliation in post-conflict countries is considered to be an important part of international tribunals' legacy³⁰. For reconciliation to be provided, outreach becomes an essential work. An international criminal tribunal can aid reconciliation only if the people affected are well informed about the tribunal's proceedings and judgements³¹. Scholars established a direct link between outreach activities and reconciliation by arguing that public awareness of the tribunals' activities lead to deterrence of future crimes and promotion of peace and reconciliation in post-war societies³². There is growing consensus that for tribunals “to fulfil [their] broader mandate of contributing to peace and reconciliation, [they] must be able to build positive, direct relationship with those affected by the crimes [they were] created to prosecute³³.” Outreach becomes the most effective way for such a positive and direct relationship.

Having examined the important role of outreach activities in the international criminal justice system, the study now narrows down its focus and turns to its case study. The ICTY has been one of the first tribunals - together with the ICTR - recognizing and acknowledging the significance of outreach for its broader goals to be achieved. The following section overviews the

²⁵ United Nations Security Council: "Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Security Council Resolution 1757 (2007) of 30 May 2007" (2007) S/2007/525 VIII. 33. <<https://undocs.org/S/2007/525>>. (Accessed: 16.10.2020). (emphasis added)

²⁶ WIERDA M/NASSAR H/MAALOUF L: "Early Reflections on Local Perceptions, Legitimacy and Legacy of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, 5(5), 2007, p.1078.

²⁷ HELLMAN (n 4) 253.

²⁸See SUBOTIĆ Jelena: *Hijacked Justice: Dealing with the Past in the Balkans*, Cornell University Press, 2009.; SOKOLIĆ Ivor: *International Courts and Mass Atrocity: Narratives of War and Justice in Croatia*, Palgrave, New York 2019.

²⁹ GALLIMORE (n 2); MEERNIK James/GUERRERO Jose Raul: "Can International Criminal Justice Advance Ethnic Reconciliation? The ICTY and Ethnic Relations in Bosnia-Herzegovina", *Southeast European and Black Sea Studies*, 14 (3), 2014, p.383; CLARK, Janine Natalya: *International Trials and Reconciliation: Assessing the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Routledge, Oxford/New York 2014.

³⁰ GALLIMORE (n 2) 239.

³¹ CLARK: "Plea Bargaining at the ICTY" (n 6) 422.

³² VINCK/PHAM (n 4) 2.

They argue that: "(...) public awareness is also necessary for a transitional justice mechanism to have a transformative impact on society. By fostering dialogue and ownership of the goals and implications of transitional justice processes, outreach may produce greater judicial accountability, demonstrate that judicial arbitrariness is no longer acceptable, educate on the rule of law, enable deterrence of future crimes and promote peace and reconciliation." p 2.

³³CINA J/VOHRAH LC: "The Outreach Program" in R May and others (eds), *Essays on International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Procedure and Evidence in honour of Gabrielle Kirk McDonald*, Kluwer Law International, 2001. cited in Philipp SCHULZ: "Discussing Community-Based Outreach Activities by the International Criminal Tribunal for Rwanda", *Journal of Eastern African Studies*, 11(2), 2017, p.354.

ICTY's outreach activities. To do this, the ICTY's online archive is investigated through its official website. In addition to the outreach activities, the ICTY's annual reports, evaluating its outreach work's impact, are also examined for the current study.

III. OUTREACH ACTIVITIES OF THE ICTY: A SYNOPSIS

The United Nations (UN) Security Council (SC) considered the mass atrocities in the 1990s in the region of former Yugoslavia as "a threat to international peace and security" and invoked its powers under the Chapter VII of the UN Charter to set up the ICTY. In 1993 with the Resolution 827 the SC created the ICTY "for the sole purpose of prosecuting persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia³⁴." The primary concern in the resolution was to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law and to terminate "the mass killings, massive, organized and systematic detention and rape of women and the continuance of the practice of 'ethnic cleansing', including for the acquisition and holding of territory³⁵."

The founding resolution did not order any further responsibilities for the ICTY beyond prosecution. Until 1999, the ICTY made no effort to communicate with the people in the territory of the former Yugoslavia and did not even translate its press releases into any local language (Bosnian/Croatian/Serbian)³⁶. In 1999, the tribunal finally started to be concerned about the local communities' involvement, and an Outreach Programme in the Registry was established in the ICTY under the leadership of then President Gabrielle Kirk McDonald (1997-1999). McDonald stated that

"For the Tribunal's investigative and judicial work to have desired effect, it must be known and understood by the people of the region... However, that cannot happen and the Tribunal cannot contribute to the goals of peace, justice and reconciliation if its work is not only not known in the region but also actively misunderstood³⁷."

The Outreach Programme is created in order to put the principle of open justice into practice: for justice to be truly done, it must be seen to be done³⁸. In its Annual Outreach report, the tribunal stated that it aimed to "foster a strong relationship with grass-root communities who crave to hear what the Tribunal has done to punish those responsible for war crimes³⁹." It was noticed by the tribunal that hearing about the punishment of those responsible would enable the societies concerned to take the road towards maintenance of peace, which is the main objective of the tribunal as it is set in the Resolution 827. Thus, even though it was late, the tribunal realized the essential role of outreach in providing peace in the region of former Yugoslavia⁴⁰ and implemented various outreach programmes under the categories of Youth Outreach, Capacity Building, Documentaries.

Youth Outreach: The ICTY paid significant attention to youth in its outreach since "[y]oung people have great potential to contribute to the process of dealing with the past in post-conflict societies (...)⁴¹." Remoteness of the ICTY and the local resistance to the tribunal made it difficult to involve young people in the tribunal's work⁴². For this reason, the main goal of youth outreach

³⁴ United Nations Security Council: "Security Council Resolution 827 (1993) [International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)]" (1993) S/RES/827 (1993) 2 <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/827>>. (Accessed: 16.10.2020).

³⁵ United Nations Security Council: "Security Council Resolution 827 Preamble.

³⁶ ORENTLICHER Diane: *Some Kind of Justice: The ICTY's Impact in Bosnia and Serbia*, Oxford University Press, New York 2018, p.308.

³⁷ ICTY President Gabrielle Kirk McDonald: "ICTY Press Release: Outreach Symposium Marks the First Successful Step in Campaign for Better Understanding of the ICTY in the Former Yugoslavia" (1998) CC/PIU/355-E <<https://www.icty.org/en/press/outreach-symposium-marks-first-successful-step-campaign-better-understanding-icty-former>>. (Accessed: 16.10.2020).

³⁸ ICTY: "ICTY Outreach Programme" <<https://www.icty.org/en/outreach/outreach-programme>> (Accessed: 16.10.2020).

³⁹ ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Annual Outreach Report 2011" (2012) 5 <https://www.icty.org/x/file/Outreach/annual_reports/annual_report_2011_en.pdf>. (Accessed: 16.10.2020).

⁴⁰ ICTY Registry, the Outreach Programme. See also ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Outreach Programme Annual Report 2013" (2014) 5 <https://www.icty.org/x/file/Outreach/annual_reports/annual_report_2013_en.pdf>. (Accessed: 16.10.2020).

⁴¹ ICTY Youth Outreach <<https://www.icty.org/en/outreach/youth-outreach>> (Accessed: 16.10.2020).

⁴² Elizabeth A Cole: "No Legacy for Transitional Justice Efforts Without Education: Education as an Outreach Partner for Transitional Justice" International Center for Transitional Justice-Studies on Education and Transitional Justice <https://www.ictj.org/sites/default/files/Transitional_Justice_Legacy_Education.pdf> (Accessed: 16.10.2020).

was to reach out to and inform younger generations in the region concerned about the ICTY's proceedings and judgements⁴³. The outreach activities included visits to the ICTY, internship opportunities in the Office of the Prosecutor, a number of events and gatherings facilitating the young people to have conversations with the ICTY staff⁴⁴. On the official website of the ICTY, under the category of 'youth outreach', activities such as essay-writing competitions⁴⁵, selected drawings from children⁴⁶, and a publication illustrating young people's views and perceptions on war, post-conflict justice and reconciliation⁴⁷ are presented.

Capacity Building: Building domestic legal capacity and institutions is a key part of the ICTY's outreach work. The annual report stated that one of the main goals of the tribunal's outreach programme was to help build the domestic courts in the former Yugoslavia to prosecute war crimes⁴⁸. On the official website of the ICTY, it was expressed that the tribunal "was never intended to prosecute all persons alleged to be responsible for war crimes in the former Yugoslavia⁴⁹." Instead, it was clear from the very beginning that the vast majority of the alleged perpetrators would fall to judiciaries located in the region⁵⁰. To help the local judiciaries during the litigations, the tribunal organized a number of visits and training programmes for judicial professionals from the region. National judiciaries were granted access to material relevant for their cases⁵¹. Office of the Prosecutor staff (attorneys, investigators and analysts) presented their work to local prosecutors and members of the judiciary and aimed to transfer their expertise to the regional authorities through these outreach programmes⁵². To encourage the capacity building and transfer the best practices from the ICTY, a special court, namely State Court of Bosnia and Herzegovina (C BiH), was established in Bosnia and Herzegovina.

Documentaries: The ICTY's outreach programme, to make the tribunal more visible and comprehensible, presented and distributed various documentaries (e.g. "Srebrenica Genocide: No Room for Denial"⁵³, "Crimes before the ICTY: Višegrad"⁵⁴, "Through Their Eyes: Witnesses to Justice"⁵⁵) in the region of former Yugoslavia⁵⁶. In 2011, the tribunal produced "its first feature-length documentary, delineating the achievements of the ICTY in the prosecution of wartime sexual violence⁵⁷." Later the tribunal increased the number of such documentaries and started screening them in the former Yugoslavia. Varied stakeholders attended the screenings of the documentaries from civil society organizations to media, academia and legal professionals⁵⁸. The documentaries aimed to inform the local populations about the mass atrocities during the war; they included interviews with the survivors, the ICTY staff, and legal professionals. Documentaries are accessible in the ICTY's official website⁵⁹; they aim to create a historical

⁴³ ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Annual Outreach Report 2012" <https://www.icty.org/x/file/Outreach/annual_reports/annual_report_2012_en.pdf>. (Accessed: 16.10.2020).

⁴⁴ ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Outreach Programme Annual Report 2013" (n 36).

⁴⁵ ICTY Registry, the Outreach Programme: "Youth Outreach, Essay-Writing Competitions" <<https://www.icty.org/en/outreach/youth-outreach/essay-writing-competitions>> (Accessed: 16.10.2020).

⁴⁶ ICTY Registry, the Outreach Programme: "Youth Outreach: ICTY through Children's Eyes" <<https://www.icty.org/en/outreach/youth-outreach/icty-through-childrens-eyes>> (Accessed: 16.10.2020)..

⁴⁷ ICTY Registry, the Outreach Programme: "Youth Outreach: Publication "Our Tribunal"" <<https://www.icty.org/en/outreach/youth-outreach/publication-our-tribunal>> (Accessed: 16.10.2020). See the report: ICTY Registry, the Outreach Programme: "Our Tribunal: A Collection of Essays and Drawings by Young People from Bosnia and Herzegovina" <<https://www.icty.org/sites/icty.org/files/outreach/brochure-kids-drawings-essays-en-light.pdf>>. (Accessed: 16.10.2020).

⁴⁸ ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Annual Outreach Report 2011" (n 39) 23.

⁴⁹ ICTY Capacity Building <<https://www.icty.org/en/outreach/capacity-building>> (Accessed: 16.10.2020).

⁵⁰ ICTY Capacity Building.

⁵¹ "For example, in 2013 alone, the liaison prosecutors handed over 3,370 documents consisting on 94,471 pages, as well as 96 audio and video records." ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Outreach Programme Annual Report 2013" (n 40) 30. (emphasis added)

⁵² ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Annual Outreach Report 2012" (n 43) 25–26.

⁵³ ICTY: "Outreach Documentaries - Srebrenica Genocide: No Room for Denial" <<https://www.icty.org/en/outreach/documentaries/srebrenica-genocide-no-room-for-denial>> (Accessed: 16.10.2020).

⁵⁴ ICTY: "Outreach Documentaries - Crimes before the ICTY: Višegrad" <<https://www.icty.org/en/outreach/documentaries/crimes-before-the-icty-visegrad>> (Accessed: 16.10.2020)..

⁵⁵ ICTY: "Outreach Documentaries - Through Their Eyes: Witnesses to Justice" <<https://www.icty.org/en/outreach/documentaries/through-their-eyes-witnesses-justice>> (Accessed: 16.10.2020).

⁵⁶ ICTY Documentaries <<https://www.icty.org/en/outreach/documentaries>> (Accessed: 16.10.2020).

⁵⁷ ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Annual Outreach Report 2011" (n 39) 27.

⁵⁸ ICTY Registry, the Outreach Programme: "ICTY Annual Outreach Report 2012" (n 43) 19.

⁵⁹ ICTY Documentaries (n 56).

visual archive to give the future generations an opportunity to learn about the atrocities occurred in the region of former Yugoslavia.

In addition to these programmes, the ICTY implemented a series of events in 2004 and 2005 in the region entitled Bridging the Gap. These were one-day events which enabled the tribunal staff, involved in the investigation, prosecution and adjudication of war crimes, present their work⁶⁰ and made an impact on perceptions of the ICTY in the region of former Yugoslavia⁶¹. These conferences were significant since, in contrast to the other outreach activities, they took place in the areas where survivors of the war crimes were mostly located⁶². The survivors, besides local community leaders, returnees, legal professionals, journalists, scholars had the opportunity to ask questions to the tribunal staff about the cases and the judgments⁶³. As Johanna Mannergren Selimovic observed on site, however, the physical proximity of victims and perpetrators were apparent in these conferences, which made these events highly contentious activities⁶⁴. At some points, survivors' questions and conversations were cut by shouts and laughter from the audience; the conferences, hence forth, became platforms for local extremists' genocide denial⁶⁵.

Having overviewed the ICTY's outreach activities through web archive research, the study now turns to scrutinise these activities' effectiveness in the region of former Yugoslavia by applying to the existing literature. Despite of the significance of outreach in the international criminal justice system, there are few articles in this area⁶⁶. By bringing this literature forward, the activities' impact is evaluated in the next section.

IV. EVALUATING THE ICTY'S OUTREACH ACTIVITIES: WHAT WAS MISSING?

There is consensus in the literature that the ICTY failed to engage with the communities concerned in a timely manner. By the time the ICTY created an Outreach Programme in the Registry in 1999, misconceptions and disinformation about the tribunal were already widespread in the region of former Yugoslavia⁶⁷. No thought was given to legitimacy of the tribunal on part of the local communities by the SC when it issued the Resolution 827. In the same vein, the tribunal staff did not comprehend the importance of an engagement with the concerned communities for the tribunal to achieve its primary goals. As a result, wide space was left for local extremist groups to spread negative views and prejudice towards the tribunal⁶⁸, much of which even as of today remains. As Ivana Nizich, the former officer in the Office of the Prosecutor at the ICTY, stated,

"The people of the former Yugoslavia view the ICTY as an amorphous body in the Hague that was created by the international community to ameliorate its own guilt. They do not believe that the Tribunal is there to provide justice to them; it is 'someone else's' tribunal⁶⁹."

One of the reasons for this failure is the creation of 'hierarchy of victimhood' by the ICTY. As known, international criminal law is concerned with the 'most heinous' and 'most serious' crimes⁷⁰. The most heinous and serious crimes traditionally comprise violations of the laws or

⁶⁰ ICTY Bridging the Gap with Local Communities <<https://www.icty.org/en/outreach/bridging-the-gap-with-local-communities>> (Accessed: 16.10.2020).

⁶¹ TOLBERT David/KONTIĆ Aleksandar: "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Transitional Justice, the Transfer of Cases to National Courts, and Lessons for the ICC" in Carsten Stahn/Göran Sluiter (eds), *The Emerging Practice of International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2009, 139.

⁶² Bridging the Gap conferences were organised in the following 5 cities: Brčko, Foča, Konjic, Srebrenica, and Prijedor.

⁶³ ICTY Bridging the Gap with Local Communities (n 60).

⁶⁴ SELIMOVIC Johanna Mannergren: "Perpetrators and Victims: Local Responses to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Focaal: Journal of Global and Historical Anthropology*, 57, 2010, p.53.

⁶⁵ SELIMOVIC p. 57.

⁶⁶ See (n 4).

⁶⁷ PENTELOVITCH (n 4) 451.

⁶⁸ HELLMAN (n 4) 270.

⁶⁹ NIZICH Ivana: "International Tribunals and Their Ability to Provide Adequate Justice: Lessons from the Yugoslav Tribunal", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 7, 2001, p.355.

⁷⁰ For example, see the ICTY's Statute:

Article 1

Competence of the International Tribunal

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.

Article 2

Grave breaches of the Geneva Conventions of 1949

customs of war⁷¹, genocide⁷² and crimes against humanity⁷³. Victims of these crimes are the only group to whom international criminal law pays attention. Therefore, only these victims' human rights violations are worth prosecuting in international war crimes courts⁷⁴. Such a limited understanding on victimhood silences non-Bosnian (i.e. Croatian and Serbian) victims who went through 'less heinous' crimes in the war in the former Yugoslavia and creates a hierarchy of victimhood and harms⁷⁵.

For a transition period to provide reconciliation to the communities at stake, a comprehensive set of mechanisms should operate in complementary ways with tribunals⁷⁶. Although international criminal trials create a hierarchy of victimhood, other transitional justice mechanisms, especially truth commissions, might be ideal platforms to provide the communities concerned with a detailed account of the war. As Richard J. Goldstone stated, no matter a tribunal does well its job, through a truth commission the scope of history might go beyond the prosecution of only a few specific individuals⁷⁷. Truth commissions can supplement international criminal investigations and prosecutions as a valuable means to give voice to a greater number of victims and to build a comprehensive record of events during the war⁷⁸. Not only would truth commissions recognise the experiences of Croatian and Serbian people, but they would also enable the tribunal's outreach activities to be effective by creating these people's engagement and participation. Therefore, a truth commission would enhance the effectiveness of the ICTY's outreach activities.

However, the creation of a truth commission and the assistance of this institution to the ICTY was blocked by the very tribunal staff. The ICTY officials feared that an official truth commission in the region of former Yugoslavia could undermine the tribunal's own investigations and prosecutions⁷⁹. In 2001, when there was a strong advocacy for the creation of a truth commission, the tribunal's then president Claude Jorda (1999-2002) in a press release stressed

The International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention:

- (a) wilful killing;
- (b) torture or inhuman treatment, including biological experiments;
- (c) wilfully causing great suffering or serious injury to body or health;
- (d) extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly;
- (e) compelling a prisoner of war or a civilian to serve in the forces of a hostile power;
- (f) wilfully depriving a prisoner of war or a civilian of the rights of fair and regular trial;
- (g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian;
- (h) taking civilians as hostages.

⁷¹ See article 3 of the ICTY Statute.

⁷² See article 4 of the ICTY Statute.

⁷³ See article 5 of the ICTY Statute.

⁷⁴ There has been longstanding debate within international human rights scholarship highlighting and addressing this issue. See MERON Theodor: "On a Hierarchy of International Human Rights", *American Journal of International Law*, 80(1), 1986, p.1; KLEIN Eckart: "Establishing a Hierarchy of Human Rights: Ideal Solution or Fallacy?", *Israel Law Review*, 41(3), 2008, p.477; DE WET Erika/VIDMAR Jure, *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2012; MCEVOY Kieran/ MCCONNACHIE Kirsten: "Victims and Transitional Justice: Voice, Agency and Blame", *Social & Legal Studies*, 22(4), 2013, p.489; HEARTY Kevin: "'Victims of' Human Rights Abuses in Transitional Justice: Hierarchies, Perpetrators and the Struggle for Peace", *The International Journal of Human Rights*, 22(7), 2018, p.888.

⁷⁵ See CLARK, Janine Natalya: "Reconciliation through Remembrance? War Memorials and the Victims of Vukovar", *International Journal of Transitional Justice*, 7(1), 2013, p.116; CLARK, Janine Natalya: "A Crime of Identity: Rape and Its Neglected Victims", *Journal of Human Rights*, 13(2), 2014, p.146; SIMIC Olivera: "Engendering Transitional Justice: Silence, Absence and Repair", *Human Rights Review*, 17(1), 2016, p.1; SIMIC Olivera: *Silenced Victims of Wartime Sexual Violence*, Routledge, Oxford/New York 2018; BERRY, Marie E: *War, Women, and Power: From Violence to Mobilization in Rwanda and Bosnia-Herzegovina*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.

⁷⁶ HAFNER Donald L/KING Elizabeth BL: "Beyond Traditional Notions of Transitional Justice: How Trials, Truth Commissions, and Other Tools for Accountability Can and Should Work Together", *Comparative Law Review*, 30(1), 2007, p.94.

⁷⁷ GOLDSTONE, Richard J: "Ethnic Reconciliation Needs the Help of a Truth Commission" *International Herald Tribune - The New York Times* (27 October 1998) <<https://www.nytimes.com/1998/10/24/opinion/IHT-ethnic-reconciliation-needs-the-help-of-a-truth-commission.html>> (Accessed: 16.10.2020).

⁷⁸ ROBINSON, Darryl: "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, 14(3), 2003, p.484.

⁷⁹ DRAGOVIC-SOSO, Jasna: "History of a Failure: Attempts to Create a National Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina, 1997–2006", *International Journal of Transitional Justice*, 10(2), 2016, p.302.

that such an initiative in no way could run counter to the mission of the tribunal⁸⁰. The ICTY staff thought that the tribunal's work would be "manipulated" by a parallel institution holding similar mandate. Last but not least, the ICTY officials feared that another institution "would absorb scarce Western financial aid"⁸¹. The ICTY considered a truth commission as a rival institution instead of a complimentary body and became one of the most important obstacles to the establishment of a truth commission in the region of former Yugoslavia⁸².

One consequence of this has been the emergence of further distance between the communities who went through "less heinous" crimes (i.e. allegedly Croatian and Serbian communities) and the ICTY. The ICTY's late and insufficient outreach activities failed to address the victim hierarchy. The tribunal was seen by these communities as a hostile institution which underestimate and even ignore the crimes perpetrated against them. Local extremist groups affiliated with nationalist parties - via local media - filled the gap the ICTY left behind and became the primary source of (dis)information regarding the tribunal's decisions⁸³. Both local media and extremist politicians in the areas under the ICTY's jurisdiction "had free rein to feed their populations with the message that the ICTY is a biased and partial institution administering 'justice' that is fundamentally unjust⁸⁴." In Serbia, work of the ICTY was distorted through the local media in order to achieve domestic political goals⁸⁵. Similarly, in Croatia the local media reinforced notions of ICTY's incompetence and prejudice, fed the atmosphere of cynicism in the community⁸⁶, and gave the local nationalist parties political leverage.

All three communities' (Bosniaks, Croatians, and Serbians) views of the ICTY have strongly deteriorated with the practices of the plea bargaining⁸⁷. Although the ICTY's Rules of Procedure and Evidence had no option for a guilty plea in its original version, necessary arrangements to adopt guilty pleas started to be made in 1997⁸⁸ and thereafter the ICTY resolved a great number of cases (20 in total) via plea bargains⁸⁹. The practice of resolving criminal matters through negotiated settlements is applied in the adversarial common law system and remains very foreign and unfamiliar to people in the former Yugoslavia – where the civil law system is applied⁹⁰.

The acquittals of high-ranking officials due to plea agreements undermined the ICTY's - already fragile - legitimacy in the region and created political and popular hostility towards the tribunal. Having confessed their crimes and "showed remorse", notorious war criminals were released after serving very short prison sentences. To give one example among many, in the case of *Prosecutor v. Erdemovic* it is found that Erdemovic did shoot and did participate in shooting

⁸⁰ ICTY President Claude Jorda: "ICTY Press Release: The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina" (2001) JL/P.I.S/591-e <<https://www.icty.org/en/press/icty-and-truth-and-reconciliation-commission-bosnia-and-herzegovina>> (Accessed: 16.10.2020).

⁸¹ SMITH, R Jeffrey: "Probes of Abuses Divide Bosnians" The Washington Post (28 December 2000) <<https://www.washingtonpost.com/archive/politics/2000/12/28/probes-of-abuses-divide-bosnians/7b269ec6-97f3-406d-9cf7-39ce8f53d0d5/>> (Accessed: 16.10.2020). See also Dragovic-Soso (n 79) 303.

⁸² DRAGOVIC-SOSO (n 79) 303.

⁸³ PENTELOVITCH (n 4) 451.

⁸⁴ CLARK: "International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach" (n 1) 104.

⁸⁵ SUBOTIĆ (n 28) 38–82.

⁸⁶ SOKOLIĆ (n 28) 199.

⁸⁷ For an analysis on 'pros and cons' of plea bargaining, see Volkan Maviş: "Why Should The International Criminal Court Adopt Plea Bargaining?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2014.

⁸⁸ ICTY Rules of Procedure and Evidence (2015) IT/32/Rev.50 <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf> (Accessed: 16.10.2020).

Rule 62 bis

Guilty Pleas (Adopted 12 Nov 1997)

If an accused pleads guilty in accordance with Rule 62 (vi), or requests to change his or her plea to guilty and the Trial Chamber is satisfied with that:

(i) the guilty plea has been made voluntarily;

(ii) the guilty plea is informed;

(iii) the guilty plea is not equivocal; and

(iv) there is sufficient factual basis for the crime and the accused's participation in it, either on the basis of independent indicia or on lack of any material disagreement between the parties about the facts of the case.

The Trial Chamber may enter a finding of guilty and instruct the Registrar to set a date for the sentencing hearing.

⁸⁹ COOK, Julian A: "Plea Bargaining at The Hague", *Yale Journal of International Law*, 30, 2005, p.475.

⁹⁰ CLARK: "Plea Bargaining at the ICTY" (n 6) 422. See also COOK (n 88) 475.

and killing of unarmed Bosnian men in Srebrenica in July 1995⁹¹. These executions resulted in the deaths of hundreds of unarmed Bosnian male civilians⁹². Erdemovic was accused of a Crime Against Humanity and a Violation of the Laws or Customs of War in May 1996⁹³. Drazen Erdemovic became the first person to enter a guilty plea at the ICTY. After Erdemovic's confessions, the Tribunal was convinced in July 1999 that Erdemovic was remorseful, would 'enjoy relatively positive prospects if released' and was rehabilitated to the extent possible; therefore, an early release was granted⁹⁴.

Whereas it is not in the scope of this article to discuss whether plea bargains should be a common practice in the international criminal justice system⁹⁵, it is fair, for the purpose of the study, to underline that there is a very close link between plea bargains and outreach work, to which little attention has been paid in the literature⁹⁶. The ICTY's plea agreements, especially the ones made with the highest levels of political and military leadership⁹⁷, tarnished the tribunal's image in the eyes of the communities concerned. The reasons for the acquittals were not properly explained to the communities affected; this left wide space for misunderstandings and distortion of justice. Through outreach work, the tribunal could take the opportunity to provide the communities with much-needed explanations regarding the reasons for the use of plea bargains and their implications in terms of sentencing⁹⁸; however, the tribunal missed the chance and aggravated its legitimacy crisis.

V. CONCLUSION

International criminal tribunals have long neglected the perceptions of the people under their jurisdictions and failed to explain their work to them. Prosecution of those who are "most responsible" have been considered the only responsibility of the international community to the communities concerned. Although it is also open to debate to what extent the international community through the tribunals achieve this goal, it is certain that prosecution of those responsible do not eliminate the great sense of distance and distrust towards the tribunals occurring on the part of the affected communities. As a result of such distance and distrust, the tribunals fail to engage effectively with the victims and witnesses in order to achieve their broader goals, such as gathering evidence, arresting suspects, and eventually, elimination of impunity.

To tackle these issues, the tribunals started to develop outreach programmes. This article examined the ICTY's outreach programmes by using web archive research method and overviewed the outreach activities archived on the official website of the ICTY. Under the categories of Youth Outreach, Capacity Building, Documentaries, the tribunal designed various programmes such as visits to the tribunal for young people, training for the members of the local

⁹¹ 'Prosecutor v. Erdemovic, Indictment' (Case No: IT-96-22 22 May 1996) <<https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/ind/en/erd-ii960529e.pdf>> (Accessed: 16.10.2020). para 12

⁹² Prosecutor v Erdemovic para 12.

⁹³ Prosecutor v Erdemovic para 16.

⁹⁴ Prosecutor v. Erdemovic: Order Issuing A Public Redacted Version of Decision of the President on Early Release' Case No.: IT-96-22-ES 15 July 2008 <<https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/presord/en/080715.pdf>> (Accessed: 16.10.2020).

⁹⁵ For such literature, see: SCHARF, Michael P: "Trading Justice for Efficiency: Plea-Bargaining and International Tribunals", *Journal of International Criminal Justice*, 2(4), 2004, p.1070; COOK (n 88); TIEGER Alan/SHIN Milbert: "Plea Agreements in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety", *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 2005, p.666; RAUXLOH Regina E: "Negotiated History: The Historical Record in International Criminal Law and Plea Bargaining", *International Criminal Law Review*, 10(5), 2010, p.739; MCCLEERY Kyle: "Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals: Lessons from Civil Law Systems", *Journal of International Criminal Justice*, 14(5), 2016, p.1099; TURNER Jenia lontcheva: "Plea Bargaining and International Criminal Justice", *University of the Pacific Law Review*, 48, 2017, p.219.

⁹⁶ CLARK: "Plea Bargaining at the ICTY" (n 6). Clark's article is the only study which meticulously explores the crucial relationship between plea bargains and outreach work as of July 2020. In addition, Subotic's following article also explores to some extent the relationship between plea agreements and outreach activities. Jelena Subotic: "Legitimacy, Scope, and Conflicting Claims on the ICTY: In the Aftermath of Gotovina, Haradinaj and Perišić", *Journal of Human Rights*, 13(2), 2014, p.170.

⁹⁷ For instance, "In January 2001, Biljana Plavsic, former Republika Srpska President, voluntarily surrendered to the ICTY. The case did not come to trial; instead, she entered into a plea agreement with the Office of the Prosecutor and, in return for her guilty plea to one count of persecution, the Prosecutor dropped charges for genocide and recommended a sentence of less than life imprisonment." Consequently, Plavsic, in February 2003, was sentenced to 11 years of imprisonment. See KERR Rachel: "Peace through Justice? The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Southeast European and Black Sea Studies*, 7(3), 2007, p.378.

⁹⁸ CLARK: "Plea Bargaining at the ICTY" (n 6) 431.

judiciary, distribution of the media work, delivering presentations in conferences and roundtables. The ICTY – together with the ICTR – has been the first tribunal recognising the close relationship between its outreach work and peace and reconciliation in post-conflict societies. Lack of outreach work in the first years of the tribunal left space for the local extremist actors from each and every ethnic group to aggravate the ethnic hostilities by accusing the tribunal of prosecuting only the people who belong to their own ethnic group. By explaining its work, the tribunal aimed to provide some counterweight to deliberately-created incorrect information about itself and thus to eliminate the ethnic hostilities in the region of former Yugoslavia.

This article argued that the main challenges for the ICTY's outreach work has been the delays in the outreach activities, lack of other transitional justice mechanisms, and plea bargaining. According to the current author, outreach activities should be integrated into any international criminal court and be supported with other transitional justice mechanisms in a complimentary manner. For outreach work to be successful, plea bargaining practice should be abandoned. These conclusions are significant not only for an evaluation of the tribunal's legacy in the region of former Yugoslavia but also for deriving "lessons learned" for the other international criminal tribunals and the permanent court International Criminal Court (the ICC). International tribunals and courts must learn from the ICTY's failures and should be vigilant from their establishment till their closure to enhance the public awareness about their work and to gain the support of the local communities under their jurisdictions.

BIBLIOGRAPHY

- BEN-DAVID A/HUURDEMAN H: "Web Archive Search as Research: Methodological and Theoretical Implications", *Alexandria: The Journal of National and International Library and Information Issues*, 25(1/2), 2014.
- BERRY ME: *War, Women, and Power: From Violence to Mobilization in Rwanda and Bosnia-Herzegovina*, Cambridge University Press, Cambridge 2018.
- CINA J/VOHRAH LC: "The Outreach Program" in R May and others (eds), *Essays on International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Procedure and Evidence in honour of Gabrielle Kirk McDonald*, Kluwer Law International, 2001.
- CLARK JN: "International War Crimes Tribunals and the Challenge of Outreach", *International Criminal Law Review*, 9(1), 2009.
- CLARK JN: "Plea Bargaining at the ICTY: Guilty Pleas and Reconciliation", *European Journal of International Law*, 20(2), 2009.
- CLARK JN: "Reconciliation through Remembrance? War Memorials and the Victims of Vukovar", *International Journal of Transitional Justice*, 7(1), 2013.
- CLARK JN: "A Crime of Identity: Rape and Its Neglected Victims", *Journal of Human Rights*, 13(2), 2014.
- CLARK JN: *International Trials and Reconciliation: Assessing the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Routledge, Oxford/New York 2014.
- COLE EA: "No Legacy for Transitional Justice Efforts Without Education: Education as an Outreach Partner for Transitional Justice" (2017) *International Center for Transitional Justice-Studies on Education and Transitional Justice* <https://www.ictj.org/sites/default/files/Transitional_Justice_Legacy_Education.pdf> (Accessed: 16.10.2020).
- COOK JA: "Plea Bargaining at The Hague", *Yale Journal of International Law*, 30, 2005.
- DAREHSHORI S: "Lessons for Outreach from the Ad Hoc Tribunals, the Special Court for Sierra Leone, and the International Criminal Court", *New England Journal of International and Comparative Law*, 14, 2008.
- DE WET E and VIDMAR J: *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2012.
- DIENG A: "Capacity-Building Efforts of the ICTR: A Different Kind of Legacy", *Northwestern Journal of International Human Rights*, 9(3), 2011.
- DRAGOVIC-SOSO J: "History of a Failure: Attempts to Create a National Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina, 1997–2006", *International Journal of Transitional Justice*, 10(2), 2016.
- FICHTELBERG A: *Hybrid Tribunals: A Comparative Examination*, Springer, New York 2015.
- FLETCHER LE/WEINSTEIN HM: "A World unto Itself? The Application of International Justice in the Former Yugoslavia" in Eric Stover/Harvey M Weinstein (eds), *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- GALLIMORE T: "The Legacy of the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and Its

- Contributions to Reconciliation in Rwanda", *New England Journal of International and Comparative Law*, 14, 2008.
- GOLDSTONE RJ: "Ethnic Reconciliation Needs the Help of a Truth Commission" *International Herald Tribune* - *The New York Times* (27 October 1998) <<https://www.nytimes.com/1998/10/24/opinion/IHT-ethnic-reconciliation-needs-the-help-of-a-truth-commission.html>> (Accessed: 16.10.2020).
- HAFNER DL and KING EBL: "Beyond Traditional Notions of Transitional Justice: How Trials, Truth Commissions, and Other Tools for Accountability Can and Should Work Together", *Comparative Law Review*, 30(1), 2007.
- HEARTY K: "'Victims of' Human Rights Abuses in Transitional Justice: Hierarchies, Perpetrators and the Struggle for Peace", *The International Journal of Human Rights*, 22(7), 2018.
- HELLMAN M: "Challenges and Limitations of Outreach: From the ICTY to the ICC" in Christian De Vos/Sara Kendall/Carsten Stahn (eds), *Contested Justice: The Politics and Practice of International Criminal Court Interventions*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Human Rights Watch: "Justice in Motion: The Trial Phase of the Special Court for Sierra Leone" (2005) Volume 17, No. 14 (A) <<https://www.hrw.org/reports/2005/sierraleone1105/sierraleone1105.pdf>> (Accessed: 16.10.2020).
- Human Rights Watch: "Memorandum to State Members of the Assembly of States Parties" (2005) <http://www.iccnw.org/documents/HRW_MemorandumFourthASP_Nov05.pdf> (Accessed: 16.10.2020).
- HUSSAIN V: "Sustaining Judicial Rescues: The Role of Outreach and Capacity-Building Efforts in War Crimes Tribunals", *Virginia Journal of International Law*, 45, 2005.
- ICTY:"ICTY Outreach Programme" <<https://www.icty.org/en/outreach/outreach-programme>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY:"Outreach Documentaries - Crimes before the ICTY: Višegrad" <<https://www.icty.org/en/outreach/documentaries/crimes-before-the-icty-visegrad>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY:"Outreach Documentaries - Srebrenica Genocide: No Room for Denial" <<https://www.icty.org/en/outreach/documentaries/srebrenica-genocide-no-room-for-denial>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY:"Outreach Documentaries - Through Their Eyes: Witnesses to Justice" <<https://www.icty.org/en/outreach/documentaries/through-their-eyes-witnesses-justice>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Bridging the Gap with Local Communities <<https://www.icty.org/en/outreach/bridging-the-gap-with-local-communities>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Capacity Building <<https://www.icty.org/en/outreach/capacity-building>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Documentaries <<https://www.icty.org/en/outreach/documentaries>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY President Claude Jorda: "ICTY Press Release: The ICTY and the Truth and Reconciliation Commission in Bosnia and Herzegovina" (2001) JL/P.I.S/591-e <<https://www.icty.org/en/press/icty-and-truth-and-reconciliation-commission-bosnia-and-herzegovina>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY President Gabrielle Kirk McDonald: "ICTY Press Release: Outreach Symposium Marks the First Successful Step in Campaign for Better Understanding of the ICTY in the Former Yugoslavia" (1998) CC/PIU/355-E <<https://www.icty.org/en/press/outreach-symposium-marks-first-successful-step-campaign-better-understanding-icty-former>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Registry the Outreach Programme: "ICTY Annual Outreach Report 2011" (2012) <https://www.icty.org/x/file/Outreach/annual_reports/annual_report_2011_en.pdf> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Registry the Outreach Programme: "ICTY Annual Outreach Report 2012" (2013) <https://www.icty.org/x/file/Outreach/annual_reports/annual_report_2012_en.pdf> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Registry the Outreach Programme: "Our Tribunal: A Collection of Essays and Drawings by Young People from Bosnia and Herzegovina" (2013) <<https://www.icty.org/sites/icty.org/files/outreach/brochure-kids-drawings-essays-en-light.pdf>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Registry the Outreach Programme: "ICTY Outreach Programme Annual Report 2013" (2014) <https://www.icty.org/x/file/Outreach/annual_reports/annual_report_2013_en.pdf> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Registry the Outreach Programme: "Youth Outreach, Essay-Writing Competitions" <<https://www.icty.org/en/outreach/youth-outreach/essay-writing-competitions>>

- (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Registry the Outreach Programme: "Youth Outreach: ICTY through Children's Eyes" <<https://www.icty.org/en/outreach/youth-outreach/icty-through-childrens-eyes>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Registry the Outreach Programme: "Youth Outreach: Publication "Our Tribunal"" <<https://www.icty.org/en/outreach/youth-outreach/publication-our-tribunal>> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Rules of Procedure and Evidence (2015) IT/32/Rev.50 <https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf> (Accessed: 16.10.2020).
- ICTY Youth Outreach <<https://www.icty.org/en/outreach/youth-outreach>> (Accessed: 16.10.2020).
- International Bar Association: "Beyond The Hague: Forging Linkages between the International Criminal Court and Key Jurisdictions" (2008) ICC Monitoring and Outreach Programme - IBA Outreach Report.
- KENDALL S/SESAY A: "Case Study 2: Seeing Justice Done: Outreach and Civil Society at the Special Court for Sierra Leone" in Helmut Anheier and others (eds), *Global Civil Society 2011: Globality and the Absence of Justice*, Palgrave Macmillan, Berlin 2011.
- KERR R: "Peace through Justice? The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Southeast European and Black Sea Studies*, 7(3), 2007.
- KLARIN M: "The Impact of the ICTY Trials on Public Opinion in the Former Yugoslavia", *Journal of International Criminal Justice*, 7(1), 2009.
- KLEIN E: "Establishing a Hierarchy of Human Rights: Ideal Solution or Fallacy?", *Israel Law Review*, 41(3), 2008.
- MAVIŞ V: "Why Should The International Criminal Court Adopt Plea Bargaining?", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2), 2014.
- MCCLEERY K: "Guilty Pleas and Plea Bargaining at the Ad Hoc Tribunals: Lessons from Civil Law Systems", *Journal of International Criminal Justice*, 14(5), 2016.
- MCEVOY K and MCCONNACHIE K: "Victims and Transitional Justice: Voice, Agency and Blame", *Social & Legal Studies*, 22(4), 2013.
- MEERNIK J and GUERRERO JR: "Can International Criminal Justice Advance Ethnic Reconciliation? The ICTY and Ethnic Relations in Bosnia-Herzegovina", *Southeast European and Black Sea Studies*, 14(3), 2014.
- MERON T: "On a Hierarchy of International Human Rights", *American Journal of International Law*, 80(1), 1986.
- NIZICH I: "International Tribunals and Their Ability to Provide Adequate Justice: Lessons from the Yugoslav Tribunal", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 7, 2001.
- No Justice Without Peace: "Outreach and the International Criminal Court" (2004) No Peace Without Justice (NPWJ) International Criminal Justice Policy Series No.2 <<http://www.npwj.org/sites/default/files/documents/File/NPWJOutreachPolicyICCSep04.pdf>> (Accessed: 16.10.2020).
- Open Society Justice Initiative: "Justice Initiatives: The Extraordinary Chambers" (2006) <https://www.justiceinitiative.org/uploads/37b0a97f-0099-4db7-b00c-74a324a8e937/jinitatives_200604.pdf> (Accessed: 16.10.2020).
- ORENTLICHER D: *Some Kind of Justice: The ICTY's Impact in Bosnia and Serbia*, Oxford University Press, New York 2018.
- PENTELOVITCH NH: "Seeing Justice Done: The Importance of Prioritizing Outreach Efforts at International Criminal Tribunals", *Georgetown Journal of International Law*, 39, 2008.
- PESKIN V: "Courting Rwanda: The Promises and Pitfalls of the ICTR Outreach Programme", *Journal of International Criminal Justice*, 3(4), 2005.
- 'Prosecutor v. Erdemovic, Indictment' (Case No: IT-96-22 22 May 1996) <<https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/ind/en/erd-ii960529e.pdf>> (Accessed: 16.10.2020).
- 'Prosecutor v. Erdemovic: Order Issuing A Public Redacted Version of Decision of the President on Early Release' Case No.: IT-96-22-ES 15 July 2008 <<https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/presord/en/080715.pdf>> (Accessed: 16.10.2020).
- RAUXLOH RE: "Negotiated History: The Historical Record in International Criminal Law and Plea Bargaining", *International Criminal Law Review*, 10(5), 2010.
- ROBINSON D: "Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, 14(3), 2003.
- SCHARF MP: "Trading Justice for Efficiency: Plea-Bargaining and International Tribunals", *Journal of International Criminal Justice*, 2(4), 2004.

- SCHARF MP and KANGT A: "Errors and Missteps: Key Lessons the Iraqi Special Tribunal Can Learn from the ICTY, ICTR, and SCSL", *Cornell International Law Journal*, 38(3), 2005.
- SCHULZ P: "Discussing Community-Based Outreach Activities by the International Criminal Tribunal for Rwanda", *Journal of Eastern African Studies*, 11(2), 2017.
- SELIMOVIC JM: "Perpetrators and Victims: Local Responses to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Focaal: Journal of Global and Historical Anthropology*, 57, 2010.
- SIMIC O: "Engendering Transitional Justice: Silence, Absence and Repair", *Human Rights Review* 17(1), 2016.
- SIMIC O: *Silenced Victims of Wartime Sexual Violence*, Routledge, Oxford/New York 2018.
- SMITH RJ: "Probes of Abuses Divide Bosnians" *The Washington Post* (28 December 2000) <<https://www.washingtonpost.com/archive/politics/2000/12/28/probes-of-abuses-divide-bosnians/7b269ec6-97f3-406d-9cf7-39ce8f53d0d5/>> (Accessed: 16.10.2020).
- SOKOLIĆ I: *International Courts and Mass Atrocity: Narratives of War and Justice in Croatia*, Palgrave, New York 2019.
- STOVER E/WEINSTEIN HM: "Conclusion: A Common Objective, A Universe of Alternatives" in Eric Stover/Harvey M Weinstein (eds), *My Neighbor, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- SUBOTIĆ J: *Hijacked Justice: Dealing with the Past in the Balkans*, Cornell University Press, 2009.
- SUBOTIĆ J: "Legitimacy, Scope, and Conflicting Claims on the ICTY: In the Aftermath of Gotovina, Haradinaj and Perišić", *Journal of Human Rights*, 13(2), 2014.
- TIEGER A and SHIN M: "Plea Agreements in the ICTY: Purpose, Effects and Propriety", *Journal of International Criminal Justice*, 3(3), 2005.
- TOLBERT D: "Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Unforeseen Successes and Foreseeable Shortcomings", *The Fletcher Forum of World Affairs*, 26(2), 2002.
- TOLBERT D: "Reflections on the ICTY Registry", *Journal of International Criminal Justice*, 2(2), 2004.
- TOLBERT D and KONTIĆ A: "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Transitional Justice, the Transfer of Cases to National Courts, and Lessons for the ICC" in Carsten Stahn/Göran Sluiter (eds), *The Emerging Practice of International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston 2009.
- TURNER JI: "Plea Bargaining and International Criminal Justice", *University of the Pacific Law Review*, 48, 2017.
- United Nations Security Council: "Security Council Resolution 827 (1993) [International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)]" (1993) S/RES/827 (1993) <<http://unscr.com/en/resolutions/doc/827>> (Accessed: 16.10.2020).
- United Nations Security Council: "Report of the Secretary-General Submitted Pursuant to Security Council Resolution 1757 (2007) of 30 May 2007" (2007) S/2007/525 <<https://undocs.org/S/2007/525>> (Accessed: 16.10.2020).
- VINCK P and PHAM PN: "Outreach Evaluation: The International Criminal Court in the Central African Republic", *International Journal of Transitional Justice*, 4(3), 2010.
- WESTBERG MM: "Rwanda's Use of Transitional Justice After Genocide: The Gacaca Courts and the ICTR", *Kansas Law Review*, 59, 2011.
- WIERDA M, NASSAR H and MAALOUF L: "Early Reflections on Local Perceptions, Legitimacy and Legacy of the Special Tribunal for Lebanon", *Journal of International Criminal Justice*, 5(5), 2007.

DÜNYADAKİ ÖRNEKLER IŞIĞINDA YATIRIM YOLUYLA VATANDAŞLIK UYGULAMASINA ELEŞTİREL BİR BAKIŞ

A CRITICAL REVIEW OF THE APPLICATION OF CITIZENSHIP BY INVESTMENT
IN LIGHT OF THE EXAMPLES IN THE WORLD

Talat KAYA*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.840448> 

Makale Bilgi

Gönderi: 14/12/2020
Kabul : 10/03/2021

Anahtar Kelimeler

*Yatırım Yoluyla
Vatandaşlık,
Yatırımcı Programı,
Vatandaşlık Bağı.*

Article Info

Received: 14/12/2020
Accepted: 10/03/2021

Keywords

*Citizenship by
Investment,
Investor Program,
Citizenship Bond.*

Özet

Yatırım yoluyla vatandaşlık kavramı yabancı kişinin ülkeye yaptığı doğrudan veya dolaylı yatırım veyahut bağış karşılığında, yatırım yapılan devlet tarafından verilen vatandaşlık olarak tanımlanabilir. Yatırım yoluyla vatandaşlık verilmesi konusunda geleneksel uygulama, ülkeye belli bir yatırım getirilmesine ilave olarak, yatırım yapan kişinin girişimcilik ve istihdam oluşturma gibi belli vasıflara haiz olmasını aramaktadır. Yatırım yoluyla vatandaşlık verilmesi uygulamaları son 30 yılda ise yatırımcının vasfını göz ardı eden, buna mukabil getirilen ekonomik katkıyı ön planda tutan yatırımcı programları çerçevesinde gelişmiştir. Başlangıçta Karayip bölgesinde yer alan küçük ada devletlerince yürütülen yatırımcı programları zamanla ABD, bazı AB ülkeleri ve Türkiye de dahil olmak üzere geniş bir coğrafyada uygulanır hale gelmiştir. Bununla birlikte, getirilen ekonomik katkının tek kriter olarak arandığı programlar, güvenlik, vergi, seçme ve seçilme hakkı, askerlik yükümlülüğü ve ekonomik fayda başlıkları altında ulusal ve uluslararası düzeyde ciddi eleştirilerin gündeme gelmesine neden olmuştur. Söz konusu eleştirilerin temelinde ise vatandaşlığın metalaştırılması ve aidiyet bağı tesis edilmeden vatandaşlığın verilmesi yatmaktadır.

Abstract

The concept of citizenship by investment can be defined as the citizenship granted by the invested state in return for direct or indirect investment or donation made by the foreigner in the country. The traditional practice of granting citizenship by investment seeks investors having certain qualifications such as entrepreneurship and employment creation, in addition to the investment they brought to the country. In the last 30 years, however, the practices of granting citizenship by investment have developed within the framework of investor programs disregarding the qualifications of the investor but prioritizing economic contribution. Investor programs, initially conducted by small island states in the Caribbean region, have over the time applied in a wide range of geographic areas including the United States, some of the EU countries and Turkey. However, these programs have sparked serious criticism nationally and internationally, under the headings of security, tax, voting rights, military service obligation and economic benefit. The main bases of these criticisms are, though, the commodification of citizenship and the granting of citizenship without establishing a genuine link.

I. GİRİŞ

Vatandaşlık en basit tanımla, kişinin devlete aidiyetini gösteren hukuki ve siyasi bağı ifade eder¹. Vatandaşlık bağı nedeniyle kişi, vatandaşı olduğu devletin diplomatik korumasından yararlanır, seçme-seçilme ve kamu hizmetlerine girme gibi birtakım haklara sahip olur². Vatandaşlık aynı zamanda ülke savunmasına katılma, vergi verme, devletin koymuş olduğu kurallara uyma ve hepsinden önemli olarak sadakat yükümlülüğünü içerir³. Bu bağlamda vatandaşlık aslında kişi ile devlet arasında karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkisi doğurur⁴. Bununla birlikte, bu ilişki bir sözleşme ilişkisi değildir. Devlet vatandaşlık bağının nasıl kurulacağını ve kaybedileceğini belirleme konusunda mahfuz yetkiye sahiptir⁵. Diğer bir anlatımla, devlet egemenlik hakkını kullanarak kime vatandaşlık verileceğine ya da kimin vatandaşlıktan çıkarılacağına kendisi karar verir⁶.

Vatandaşlık asli olarak doğum yoluyla kazanılır. Bu şekilde kazanılan vatandaşlıkta kişi ile devlet arasındaki bağılılığın mevcut olduğu kabul edilmektedir⁷. Uluslararası uygulamada hemen hemen tüm devletler soy bağı (kan esası- *ius sanguinis*), doğum yeri (toprak esası-*ius soli*) veya bunların her ikisine bağlı olarak doğum yoluyla kişiye vatandaşlık hakkı tanımaktadır. Vatandaşlığın bu şekilde aslen kazanılması yoluna ilave olarak, devletler egemenlik haklarını kullanarak bazı kişilere sonradan vatandaşlık (*ius nexi*) hakkı tanıyabilir. Müktesep vatandaşlık olarak da anılan bu müessese ile devletler olağan veya olağanüstü yoldan bazı kişilere vatandaşlık verebilmektedir. Olağan usulde devletler kendi topraklarında yaşayan ve ülke bağları bulunan yabancılara belirli koşullar dahilinde vatandaşlığa alınma imkânı tanıyabilmektedir⁸. Bu bağlamda devletler evlenme ve evlat edinilme gibi kişinin vatandaşlığına geçmek istediği ülke ile irtibatını sağlayan hukukî olaylara sonuç bağlayabildikleri gibi, genel bir yol olarak ülkede belli bir süre ikamet eden yabancılara dil bilme, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından tehlike oluşturmama gibi belli koşullar dahilinde vatandaşlığa geçme imkânı sağlayabilmektedir⁹.

Vatandaşlığın olağanüstü yolla kazanılmasında ise, devletler istisnai bazı hallerde takdir yetkilerini kullanarak ekonomi, spor, kültür, bilim ve sanat gibi alanlarda özel niteliği haiz yabancılara, olağan vatandaşlığa alınma yoluna kıyasla kolaylaştırılmış bir usulle vatandaşlığa alabilmektedir¹⁰. Bu yolla vatandaşlığa alınan yabancılara üstün vasıflarının ülkenin gelişmesi ve ilerlemesine katkıda bulunacağı düşünülmektedir. Hatta en iyi ve en parlak nitelikleri haiz bilim adamı, sporcu, girişimci ve sanatçıları kendi toplumlarına katma konusunda ABD, Kanada, AB ülkeleri, Çin, Rusya ve Singapur gibi pek çok ülke arasında bir yarışın olduğu bile ifade edilebilir¹¹.

Bilim, kültür, sanat ve spor gibi alanlardaki üstün vasıfları nedeniyle oturma izni ve/veya vatandaşlık alan kişi sayısının görece az olması ve uygulamaların kişiye özgü olması nedeniyle konu literatürde tartışmaya neden olmamıştır. Benzer şekilde, ekonomik yatırımın yanı sıra yatırımcının girişimcilik ve iş kurma becerisi gibi nitelikleri göz önüne alınarak yetkili makamın takdiriyle istisnai nitelikte verilen oturum izni ve vatandaşlık uygulamaları da eleştiri konusu yapılmamıştır. Esasen, diğer istisnai vatandaşlık kazanma hallerinde olduğu gibi ekonomik katkı

¹ DOĞAN, Vahit: Türk Vatandaşlık Hukuku, 16.B (Tıpkı Basım), 2020, s.6; DZANKIC, Jelena, The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective, EUI RSCAS, 2012/14, [GLOBALCIT], EUDO Citizenship Observatory, (Pros and Cons), s.1; GÖGER, Erdoğan: Türk Tabiiyet Hukuku, Sevinç Matbaası, 1979, s.6; TURAN, Turgut/TANRIBİLİR Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku, 4.B, 2017, s.25.; ÖZKAN, Işıl: "Vatandaşlık Satılabilir Birşey midir?," Uluslararası Sanat Kültür ve İletişim Dergisi, 1(1), 2018, s.55.

² DOĞAN, s.1-2.

³ ERDEM, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 7. Baskı, 2019, s.3-4.

⁴ DZANKIC, Jelena: "Citizenship with a Price Tag: The Law and Ethics of Investor Citizenship Programmes", Northern Ireland Legal Quarterly 65(4), 2014, (Price Tag), s.387-388; AYBAY, Rona/ÖZBEK Nimet/ERSEN PERÇİN, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, 2019, s.4.

⁵ DZANKIC, Price Tag, s.388; GÜNGÖR, Gülin: Tabiiyet Hukuku, 8.B, 2020, s.13-14.

⁶ DOĞAN, s.3; ERDEM, s.5; GÖGER, s.7; NOMER, Engin, Türk Vatandaşlık Hukuku, 27.B, 2020, s.5;

⁷ DZANKIC, Pros and Cons, s.1; YILMAZ, Alper Çağrı: "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Yatırımcı Vatandaşlık Olgusu: Ius Pecuniae", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 38 /1, 2018, s.192.

⁸ European Commission, Commission Staff Working Document, Accompanying the Document Report From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Investor Citizenship and Residence Schemes in the European Union, {COM(2019) 12 final}, (Document) s.2.

⁹ DZANKIC, Pros and Cons, s.1.

¹⁰ European Commission, Document, s.2; SHACHAR, Ayelet/HIRSCHL, Ran: "On Citizenship, States, and Markets", The Journal of Political Philosophy, 22(2), 2014, s.231.

¹¹ SHACHAR/HIRSCHL, s.236-239.

sağlamaya dayalı olarak vatandaşlık kazanan kişi sayısı da sınırlı kalmıştır.

Bununla birlikte, yatırımcının niteliğini önceleyen yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamaları son 30 yılda boyut değiştirmiş ve pek çok ülke yatırımcının niteliğinden çok elde edilen mali kaynağı ön plana alan vatandaşlık programları kabul etmeye başlamıştır¹². Yatırımcı programları olarak da adlandırılan bu uygulamalar önceleri küçük ada devletlerinde başlamış, özellikle 2008 krizi sonrasında, Avrupa ülkeleri de dahil olmak üzere daha geniş bir coğrafyaya yayılmıştır¹³. Türkiye de uluslararası gelişmelerden uzak kalmamış ve 2016 yılında yapmış olduğu mevzuat değişikliği ile ekonomik katkının ön planda tutulduğu yatırım yoluyla vatandaşlık kazanma uygulamasını hayata geçirmiştir.

Yatırımcı programlarının temelinde ekonomik kaynak yaratma, özellikle de küresel ekonomik krizlerin yaratmış olduğu olumsuzlukların varlıklı kişilerin ülkeye getirecekleri ekonomik katkılar ile azaltılması hedefi bulunmaktadır. Bununla birlikte, yatırımcı programlarında, ekonomik katkının kişinin niteliğinin önüne geçmesi hatta tek koşul olarak aranması, uygulamaları uluslararası düzeyde tartışılır hale getirmiştir. Eleştiriler güvenlik, vergi, seçme ve seçilme hakkı, askerlik yükümlülüğü ve ekonomik fayda başlıkları altında toplanabilir. Söz konusu eleştirilerin temelinde ise vatandaşlığın metalaştırılması ve aidiyet bağı tesis edilmeden vatandaşlığı verilmesi hususları yatmaktadır.

Bu çalışma dünya örnekleri ışığında yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarına yöneltilen eleştirileri sistematik bir bakış açısıyla incelemeyi amaçlamaktadır. İncelemede ilk olarak yatırım yolu ile vatandaşlık kavramı ve tarihsel geçmişini de içerecek şekilde yatırım yolu ile vatandaşlık kazanılması yöntemleri ele alınacak, sonrasında ise Türkiye uygulamasına değinilecektir. Müteakiben yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarına yöneltilen eleştiriler üzerinde durulacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde ise, yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılması konusunda en uygun düzenlemenin nasıl olması gerektiği konusundaki kanaatimiz ortaya konulacaktır.

II. YATIRIM YOLU İLE VATANDAŞLIK KAVRAMI ve YATIRIM YOLU İLE VATANDAŞLIK KAZANMA YÖNTEMLERİ

A. Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kavramı

Yatırım yoluyla vatandaşlık kavramı en geniş anlamıyla yabancı kişinin ülkeye yaptığı doğrudan veya dolaylı yatırım veyahut bağış karşılığında, yatırım yapılan devlet tarafından verilen vatandaşlık olarak tanımlanabilir¹⁴. Hangi tür yatırımlar karşılığında vatandaşlık verileceği ve vatandaşlığın verilmesi konusunda yatırımcının niteliğinin ne ölçüde dikkate alınacağı, bu konuda mahfuz yetkiye sahip devlet tarafından belirlenecektir. Ülkeler ihtiyaçları doğrultusunda yatırımcının aktif bir tutum sergileyerek ülkede sanayi yatırımı yapmasını veya istihdam oluşturan faaliyetlerde bulunmasını şart koşabilir¹⁵. Bazı ülkeler ise yatırımcının pasif olarak yalnızca belli bir sermayeyi doğrudan para olarak bankaya yatırma, belli bir devlet fonuna bağışlama, devlet tahviline bağlama veya gayri menkul satın alma şeklinde ülkeye getirmesini yeterli sayabilir¹⁶. Aktif yatırımın arandığı durumlarda yatırımcının girişimcilik ve organizasyon yeteneği gibi nitelikleri, pasif yatırım halinde ise ekonomik katkı ön plandadır. Bu bağlamda yatırım yoluyla vatandaşlık uygulaması, kişinin niteliğini veya getirilen ekonomik katkıyı öncelemesine göre iki yöntem temelinde tatbik edilebilir.

B. Yatırım Yoluyla Vatandaşlık Kazanma Yöntemleri

1. Kişinin Niteliğinin Ön Planda Tutulduğu Vatandaşlık Kazanma Uygulamaları

Geleneksel olan ilk yöntemde kişinin ülkeye belli bir ekonomik katkı getirmesine ilave olarak, bu sermayeyi girişimcilik, sanayi tesisi kurma veya istihdam yaratma gibi vasıfları ile birleştirerek vatandaşlığına geçmek istediği ülkenin hizmetine sunması aranmaktadır. Diğer bir anlatımla, vatandaşlığa alınma için aktif bir yatırımın yapılması gereklidir. Topluma yapılan bu fevkalade katkının karşılığında ise, devlet olağan yoldan vatandaşlığa alınma için öngörülen

¹² ADIM, Leila: Between Benefit and Abuse: Immigrant Investment Programs, 62 *St. Louis U. L.J.*, 2017, (Investment), s.121.

¹³ SOLIMANO, Andrés: Investment Migration, Economic Development and the UN Sustainable Development Goals, Investment Migration Council, and International Centre for Globalisation and Development, 2020, s.6.

¹⁴ SHACHAR, Ayelet: "Citizenship for Sale?", in Shachar, Ayelet/Bauböck Rainer/Bloemraad, Irene/Vink, Maarten, (ed.) *Oxford Handbook of Citizenship*, Oxford University Press, 2017, (Citizenship for Sale) s.790.

¹⁵ ADIM, Investment, s.122

¹⁶ ADIM, Investment, s.122

birtakım şartları aramamakta veya yumuşatarak uygulamaktadır¹⁷. Örneğin olağan yoldan vatandaşlık kazanmak için gerekli olan dil bilme veya ülkede belli bir süre ikamet etme koşulları aranmayabilir¹⁸. Uygulamanın gerisinde ise, teknolojik yatırımların artırılması, ihracat ve istihdam olanaklarının geliştirilmesi ve geri kalmış bölgelerin kalkındırılması gibi ekonomik hedefler yanında topyekûn olarak toplumsal gelişmeye ivme kazandırılması amacı yatmaktadır. Ekonomik ve toplumsal gelişme; ekonomik sermaye yanında, ekonomik sermayeyi değere dönüştürebilecek nitelikli insan kaynağının varlığı ile yakından ilgilidir. Ekonomik sermaye ve nitelikli insan kaynağından yoksun olan veya daha fazla ekonomik sermaye ve vasıflı insan arayışında olan pek çok devlet sermaye sahibi nitelikli yabancılara kapılarını açmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki; bu yöntem istisnai niteliktedir ve vatandaşlığa alınacak kişinin üstün vasfı getirdiği sermayeden daha önemlidir. Devletler vatandaşlık konusunda sahip oldukları mahfuz yetkilerini kullanarak sınırlı sayıda özel vasıfları haiz kişilere bu olanağı sunmaktadır¹⁹. Getirilecek ekonomik katkının niteliği ve kime vatandaşlık verileceği konularında ise yetkili makamın geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır²⁰.

Bu yöntem tatbik edilerek vatandaşlığa alınma istisnai nitelikte olmakla birlikte, yöntemin uluslararası alandaki uygulaması yaygındır²¹. Nitekim, bilim, kültür, ekonomi, sanat ve spor gibi alanlarda üstün vasıfları olan kişilere vatandaşlık tanınması dünyanın pek çok ülkesinde öteden beri uygulanmaktadır. Bu bağlamda Almanya ve Fransa gibi ülkeler de dahil olmak üzere 22 AB üyesi ülke mevzuatında ilgili ülke için olağanüstü hizmeti geçmiş kişilere vatandaşlık verileceği öngörülmektedir²². Olağanüstü hizmetin ekonomik katkıyı da kapsadığı konusunda duraksama yoktur²³. Nitekim mevzuatlarında olağanüstü hizmetin geçeceği alanları örnekleme yoluyla sayan Avusturya, Slovenya, Slovakya ve Bulgaristan bilim, teknoloji, sanat ve kültür alanlarına ilave olarak ekonomi ve ticaret alanına da vurgu yapmıştır.

Konunun daha net anlaşılması bakımından olağan yoldan vatandaşlığın kazanılmasının en zor olduğu ülkelerden biri olan Avusturya uygulamasına yakından bakılmasında fayda bulunmaktadır²⁴. Avusturya ülkeye en az 3 milyon Euro tutarında yatırım yapan kişileri, olağan yoldan vatandaşlık kazanılması için aranan iyi derecede Almanca bilme, ülkede kesintisiz 10 yıl ikamet etme ve eski vatandaşlığı terk etme şartlarına tabi tutmaksızın doğrudan vatandaşlığa alabilmektedir²⁵. Bununla birlikte, yatırımın ortak girişim yoluyla veya doğrudan istihdam veya yeni ihracat alanları yaratan bir işletmeye getirilmesi şart koşulmaktadır. Getirilen yatırımdan ziyade kişinin niteliğinin ön planda tutulduğu uygulama kapsamında Avusturya devletinin kişi hakkındaki incelemesi genel olarak 24 ilâ 36 ay sürmekte ve çok sınırlı sayıda insana vatandaşlık verilmektedir²⁶. Gerçekten de 2014-2018 yılları arasında ekonomi de dahil olmak üzere bilim, teknoloji, sanat ve kültür alanlarında olağanüstü hizmeti nedeniyle sadece 139 yabancı Avusturya vatandaşlığını kazanabilmiştir²⁷.

2. Ekonomik Katkının Ön Planda Olduğu Tutulduğu Vatandaşlık Kazanma Uygulamaları (Yatırımcı Programları)

Yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılması konusundaki ikinci yöntemde devletler ülkeye belli bir ekonomik kaynağı getiren kişileri doğrudan veya belli süre ikamet şartına bağlı olarak vatandaşlığa almaktadır. İlk yöntemden farklı olarak bu yöntemde vatandaşlığa alınacak kişinin

¹⁷ European Commission, Document, s.3.

¹⁸ BAUBÖCK, Rainer/WALLACE GOODMAN, Sara: Naturalisation, EUDO Citizenship, Policy Brief No.2, s.7 https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51625/RSCAS_EUDO_CIT_PB_2011_02.pdf?sequence=1 (Erişim Tarihi: 15.10.2020); DZANKIC, Pros and Cons, s.7.

¹⁹ BAUBÖCK/WALLACE GOODMAN, s.7; DZANKIC, Jelena: Investment-based Citizenship and Residence Programmes in the EU, EUI RSCAS, 2015/08, [GLOBALCIT], EUDO Citizenship Observatory, (Citizenship), s.5.

²⁰ European Commission, Document, s.3; ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu: “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s.181.

²¹ BARAN ÇELİK, Neşe: “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 130, 2017, s.365; DZANKIC, Pros and Cons, s.7.

²² DZANKIC, Citizenship, s.6-7.

²³ DZANKIC, Citizenship, s.8.

²⁴ STILLER, Martin: Pathways to Citizenship for Foreigners in Austria, International Organization for Migration, 2020, s.9.

²⁵ DZANKIC, Pros and Cons, s.11; STILLER, s.58.

²⁶ Henley&Partners: “Austria Citizenship-by-Investment Factsheet”, <https://www.henleyglobal.com/citizenship-austria/> (Erişim Tarihi: 25.10.2020)

²⁷ STILLER, s.57.

niteliğinden ziyade, ülkeye getirmiş olduğu ekonomik katkı ön planda tutulmaktadır²⁸. Ekonomik katkının vatandaşlığa alınacak kişinin niteliğinin önüne geçmesi sebebiyle bu yöntemi konu alan vatandaşlık uygulamaları literatürde *ius pecuniae*²⁹ kavramı ile anılmaya başlanmıştır. Kavram Türkçe'ye paranın hukuku olarak çevrilebilir. Vatandaşlık hukuku bağlamında *ius pecuniae* kavramı ulusal ve uluslararası literatürde yabancıların ülkeye belli bir ekonomik katkı getirmesi şartına bağlı olarak verilen vatandaşlığı tanımlamak üzere kullanılmaktadır³⁰.

Salt ekonomik katkı karşılığında vatandaşlık verilmesi son 30 yıla mahsus bir uygulamadır³¹. Bununla birlikte, uygulamanın kişinin vasfının önem arz ettiği yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarının önüne geçtiği, hatta yatırım yoluyla vatandaşlık uygulaması denildiğinde sadece ekonomik katkının ön planda olduğu uygulamaların akla geldiği vurgulanmalıdır. Bu yöntem temelinde tatbik edilen vatandaşlık politikaları uygulamada ekonomik vatandaşlık programı, göçmen yatırımcı programı, yatırımcı programı, yatırım yoluyla vatandaşlık programı gibi isimlerle³², bu programlar neticesinde verilen vatandaşlık ise ekonomik vatandaşlık, yatırımcı vatandaşlığı, para vatandaşlığı, ekonomi vatandaşlığı, yatırım yoluyla vatandaşlık gibi farklı adlarla anılmaktadır³³. Bu çalışmada devletlerin ekonomik katkı temelinde uyguladıkları vatandaşlık politikaları “yatırımcı programları”, bu yöndeki politikalar neticesinde elde edilen vatandaşlık ise “yatırım yoluyla vatandaşlık”³⁴ kavramı ile ifade edilecektir.

Yatırımcı programları kapsamında verilen vatandaşlık, devletin yatırımcının ülkede belli bir süre ikametini arayıp aramamasına göre uygulamada iki şekilde tatbik edilmektedir. İkamet şartı aramayan, diğer bir anlatımla ekonomik katkı karşılığında kişiye vatandaşlık hakkı tanıyan programlar altın pasaport (*golden passport*), kişiye yapmış olduğu yatırım karşılığında ikamet izni veren programlar ise altın vize (*golden visa*) programları olarak da adlandırılmaktadır. Birçok devlet kişinin yatırımı sonrasında öncelikle ülkede belli bir süre ikamet etmesini aramakta, sonrasında ise olağan veya kolaylaştırılmış bir usul çerçevesinde vatandaşlığa başvurmasına imkân tanımaktadır³⁵.

a) İkamet Şartına Bağlı Olmaksızın Doğrudan Vatandaşlık Kazanılmasına Olanak Sağlayan Yatırımcı Programları

İkamet şartı aramayan yatırımcı programları, yatırımcının ülkede belli bir süre oturmasını aramamakta, milli güvenlik açısından tehdit oluşturmayan ve cezai açıdan temiz bir geçmişe sahip olan yatırımcıya ülkeye getirdiği belli bir mali kaynak karşılığında doğrudan vatandaşlık kazanabilme olanağı tanımaktadır. Bu tür programlara başvuran yatırımcıların da genel olarak ülkede ikamet etme eğilimi olmamaktadır³⁶. Yatırımcılar tarafından programların tercih nedeni ilgili ülkenin pasaportuna kavuşmak, vize uygulamalarından muaf olarak dünyanın çeşitli ülkelerine seyahat etmek, vatandaşı olduğu ülkede oluşabilecek bir istikrarsızlık durumunda güvenli bir limana kolaylıkla erişim imkanına sahip olmak veya vergisel avantajlardan yararlanmak şeklinde tezahür etmektedir³⁷.

Bu yöntemle vatandaşlık verilmesi uygulaması ilk olarak 1980'li yılların sonuna doğru

²⁸ ADIM, Investment, s.121; GÖLCÜKLÜ, İlyas: “Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri”, Public and Private International Law Bulletin 40(1), 2020, s.139.

²⁹ *Ius pecuniae* kavramının doktrinde ilk kez Joachim Stern tarafından Avusturya vatandaşlığı başvuruları için ödenmesi gereken bürokratik ücretlerdeki artışa dikkat çekmek için kullanıldığı ve zaman içerisinde ise ekonomik katkının ön planda tutulduğu yatırımcı programları bakımından kullanıldığı konusunda bkz. DZANKIC, Pros and Cons, s.1; YILMAZ, s.192-193.

³⁰ ANDRIOPOULOU, Athanasia: The “ius pecuniae”: The Prize of Citizenship, BRIDGE Network – Working Paper 4, 2020, s.4; DZANKIC, Pros and Cons, s.1, YILMAZ, s.192-193.

³¹ DZANKIC, Pros and Cons, s.9-10; SUMPTION, Madeleine/HOOPER, Kate: Selling Visas and Citizenship: Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2014, s.2.

³² SCHERRER, Amandine/THIRION, Elodie: Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) Schemes in the EU State of Play, Issues and Impacts, European Parliamentary Research Service, 2018, s.11.

³³ NOMER, s.92.

³⁴ Yatırım yoluyla elde edilen vatandaşlık, gerek kişinin niteliğinin gerek ekonomik katkının ön planda tutulduğu uygulamaları kapsamaktadır. Her iki uygulamanın da özünde yatırım bulunmakta, buna mukabil birinde yatırımcının niteliği, diğerinde ise ekonomik katkı ön planda tutulmaktadır. Bu bağlamda yatırım yoluyla vatandaşlık üst kavram olup her iki uygulama şeklini de kapsamaktadır.

³⁵ DZANKIC, Pros and Cons, s.3.

³⁶ SURAK, Kristin: Global Citizenship 2.0 The Growth of Citizenship by Investment Programs, Investment Migration Working Papers IMC-RP2016/3, 2016, (Citizenship), s.5.

³⁷ SURAK, Kristin: “Millionaire Mobility and the Sale of Citizenship”, Journal of Ethnic and Migration Studies, 2020, (Mobility), s.10-15; XU, Xin/EL-ASHRAM, Ahmed/GOLD, Judith: Too Much of a Good Thing? Prudent Management of Inflows under Economic Citizenship Programs, IMF Working Paper, Western Hemisphere Department, 2015, s.3.

Karayip bölgesinde bulunan St. Kitts ve Nevis, Antigua ve Barbuda ve Dominika gibi küçük ada devletlerinde ortaya çıkmıştır. Bu devletler 100.000 ile 250.000 Dolar arasında değişen miktarlarda yatırım yapan, gayrimenkul alan ya da devlet bütçesinde bağışta bulunan yatırımcılara ikamet şartsız veya gerçekte ikamet sayılmayan kısa bir süre (beş yılda beş gün gibi) ülkede bulunma şartıyla vatandaşlık vermeye başlamışlardır³⁸. Söz konusu ülkelerin yatırımcı programlarının temel cazibesini ise, bu devletlere ait pasaportlar ile Avrupa ülkelerine vizesiz giriş imkânı oluşturmuştur³⁹.

Küçük ada devletleri ikamet şartsız yatırımcı programlarına ekonomik kaynak oluşturma düşüncesi ile başvurmuştur. Bu ülkelerin ekonomileri çoğu kez turizm gibi belli bir sektöre veya şeker kamışı, muz ve kakao gibi belli bir tarım ürününe dayanır. Bu açıdan ekonomik yapıları kırılgandır. Ekonomik durumlarını iyileştirmek hedefiyle ülkelerinde ikamet etmeyecek veya yılın çok az bir günü ülkelerinde oturacak yabancılara vatandaşlık verilmesi, bu devletler bakımından mantıklı bir seçimdir. Bununla birlikte, vergi cennetleri olarak adlandırılan bu tür devletlerin yatırımcı programları kısa zaman içerisinde dolandırıcılık, yolsuzluk ve kara para aklama suçları ile ilişkilendirilerek itibarlarını yitirmiştir⁴⁰.

İkamet şartsız yatırımcı programları 2008 yılı mali krizi sonrasında ise görece büyük devletler tarafından uygulanmaya başlanmıştır⁴¹. AB içerisinde ilk uygulama 2013 yılında Güney Kıbrıs Rum Yönetimi (GKRY) tarafından hayata geçirilmiştir. GKRY'yi Malta ve Bulgaristan izlemiştir. Anılan devletler mikro devletlere kıyasla daha yüksek miktarlarda yatırım karşılığında vatandaşlık vermeye başlamışlardır⁴². Vatandaşlık için GKRY 2,5 milyon, Bulgaristan 1 milyon, Malta ise 1,150.000 Euro'luk bir yatırımı şart koşmuştur⁴³. Bu ülkeler tarafından yatırımın şekli konusunda ise yatırımcılara geniş bir yelpazede olanaklar sunulmuştur. Yatırımların ticaret şirketlerinden hisse satın alınması, finans kurumlarına mevduat olarak yatırılması, devlet tahviline veya gayrimenkul yatırım fonuna bağlanması gibi farklı şekillerde ülkeye getirilmesi yeterli sayılmıştır⁴⁴.

AB ülkelerince uygulanan programlar mikro devletler tarafından uygulanan yatırımcı programlarının aksine daha fazla ilgi görmüştür. Zira AB ülkelerince uygulanan yatırımcı programları yalnızca ilgili ülkenin vatandaşlığını değil, aynı zamanda türev bir vatandaşlık olan AB vatandaşlığını kazanma imkânı sunmaktadır. Nitekim AB'yi teşkil eden ülkelerin vatandaşları, aynı zamanda AB vatandaşıdır. AB vatandaşlığı ise kişilere AB ülkelerinde serbest dolaşım ve ikamet hakkına ilave olarak, Avrupa Parlamentosu ve yerel seçimlerde oy verme ve aday olma hakkı gibi belli siyasî haklar tanımaktadır⁴⁵. AB vatandaşlığı ayrıca üçüncü ülkelerde AB ülkelerinin diplomatik korumasından yararlanma olanağı vermektedir⁴⁶. Bu itibarla AB vatandaşlığı GKRY, Malta ve Bulgaristan tarafından sunulan yatırımcı programlarının tercihinde üye ülke vatandaşlığından daha önemli bir fonksiyona sahip olmuştur⁴⁷. Hatta bu ülkeler tarafından ekonomik katkı karşılığında sunulan vatandaşlığın, kendi vatandaşlıklarından ziyade AB vatandaşlığı olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır⁴⁸.

AB ülkelerinin kendi vatandaşlıklarının yanı sıra türev vatandaşlık olan AB vatandaşlığını ekonomik katkı temelinde yabancılara sağlaması, uygulamalar hakkında AB kurumları düzeyinde ciddi eleştirilerin gündeme gelmesine neden olmuştur⁴⁹. İlginçtir ki; ekonomik katkı temelinde vatandaşlık verilmesi uygulaması ilk olarak GKRY tarafından başlatılmış olmakla birlikte, konu

³⁸ XU/EL-ASHRAM/GOLD, s.5.

³⁹ SURAK, Citizenship, s.24.

⁴⁰ SHACHAR, Citizenship for Sale, s.794.

⁴¹ SOLIMANO, Andrés: Investment Migration, Economic Development and the UN Sustainable Development Goals, Investment Migration Council, and International Centre for Globalisation and Development, s.6.

⁴² AB ülkeleri dışında; Karadağ, Ürdün ve Moldova gibi ülkelerde 100.000 Euro ile 1 Milyon Dolar arasında değişen miktarlarda yatırım yapan yabancılara, ikamet şartsız vatandaşlık alabilmektedir. Bununla birlikte, eski Tayland Başbakanı *Taksin Shinawatra*'nın yatırım yoluyla Karadağ vatandaşlığını kazanması gibi örnekler, bu ülkeler tarafından uygulanan programların da güvenilirliklerinin sorgulanmasına neden olmuştur. Bkz. DZANKIC, Pros and Cons, s.13-14.

⁴³ EU Commission, Document, s.3.

⁴⁴ DZANKIC, Citizenship, s.3;

⁴⁵ EU Commission, Document, s.2.

⁴⁶ BAUBÖCK, Rainer: What Is Wrong with Selling Citizenship? It Corrupts Democracy!, Debating Transformations of National Citizenship. IMISCOE Research Series Bauböck R. (ed), Springer, 2018, s.37

⁴⁷ DZANKIC, Citizenship, s.4; SCHERRER/THIRION, s.11.

⁴⁸ DZANKIC, Citizenship, s.2.

⁴⁹ BAUBÖCK, s.37; SCHERRER/THIRION, s.20.

daha çok Malta uygulaması etrafında irdelenmiştir. Nitekim, 2014 yılında Avrupa Parlamentosu'nda "satılık vatandaşlık" başlığı ile açılan oturum sonucunda Malta'ya özel atıfta bulunularak, üye devletlerin salt ekonomik katkı temelinde uyguladıkları yatırımcı programlarını kınayan bir karar kabul edilmiştir⁵⁰. Bahse konu ülkelere ilave olarak, genel olarak tüm AB ülkelerince uygulanan altın pasaport veya altın vize uygulamaları halihazırda doktrin, AB kurumları ve ulusal parlamentolar düzeyinde tartışılmaya devam etmektedir. Tartışmalar adalet, ayrımcılık yapmama ve samimi iş birliği ilkeleri yanında vergilendirme ve gerçek bir bağ kurulmadan verilen vatandaşlığın hukukiliği gibi konular etrafında cereyan etmektedir⁵¹.

b. İkamet Şartına Bağlı Olarak Vatandaşlık Kazanılmasına Olanak Sağlayan Yatırımcı Programları

İkamet şartlı yatırımcı programlarında yatırımcı ülkeye getirdiği mali kaynağın karşılığında öncelikle ilgili ülkede ikamet iznine sahip olmakta, sonrasında ise genel yoldan veya programda öngörülen süre ve şartlar temelinde vatandaşlığa başvurma imkanına kavuşmaktadır. Yatırımcılar açısından bu tür programlara başvurunun birden çok gerekçesi olabilmektedir. Yeni bir ülkeye yerleşme, vizesiz seyahat, daha iyi bir eğitime erişim, siyasi istikrar ve vergisel avantajlar bu sebeplerin başında gelmektedir⁵². Yatırımcı programı uygulayan devletlerin en genel amacı ise, hiç şüphesiz ülkeye ekonomik kaynak sağlamaktır. Bu amacın yanı sıra gayrimenkul gibi zor durumda olan belli bir sektöre destek sağlamak, istihdam yaratmak, vergi gelirlerini artırmak, geri kalmış bölgeleri kalkındırmak, alt yapı yatırımları için kaynak yaratmak gibi çeşitli nedenler de yatırımcı programlarının mesnedi olabilmektedir⁵³.

İkamet şartlı yatırımcı programları, çoğunlukla ABD, İngiltere, Kanada Belçika, Avustralya, Portekiz, Yunanistan, İtalya ve Macaristan gibi nüfus ve coğrafi açıdan görece büyük ülkelere uygulanmaktadır. Programlardan yararlanma ve sonrasında vatandaşlığa başvurma koşulları ise ilgili ülkenin yatırımcılar tarafından ne ölçüde tercih edildiği ile alakalı bir durumdur⁵⁴. Yatırımcılar tarafından daha çok tercih edilen Birleşik Krallık, ABD ve İtalya gibi ülkeler daha kısıtlı sayıda yatırım opsiyonu sunarken, Portekiz ve Yunanistan gibi daha az tercih edilen ülkeler yatırımcılara yatırım tutarı ve çeşitliliği bakımından alternatifli olanaklar sunmaktadır. Vatandaşlığa alınma konusunda ise her ülke kendi koşulları çerçevesinde ikamet süresi içinde yatırımcı ile ülke arasında belli ölçüde aidiyet bağının tesisini amaçlamaktadır⁵⁵. Bu bağın kurulması amacıyla Birleşik Krallık, ABD ve İtalya gibi devletler, yatırımcının ülkelerinde fiili ikametini şart koşarken, diğerleri yatırımcıya uzunca sayılabilecek bir süre sonunda vatandaşlığa başvurma imkânı tanımaktadır. Uygulamaları değerlendirmek bakımından aşağıda Birleşik Krallık, ABD, Portekiz ve Yunanistan örnekleri incelenecektir.

Birleşik Krallık 1994 yılından itibaren, 2 milyon Sterlini sermaye veya kredi sermayesi şeklinde Birleşik Krallık'ta kayıtlı ve aktif olarak faaliyette bulunan bir şirkete yatırım olarak getiren kişilere *Tier-1* yatırımcı vizesi programı ile üç yıllık bir ikamet izni vermektedir⁵⁶. İkamet izni müteakiben iki yıl daha uzatılabilmektedir. Kişinin getirmiş olduğu sermayeyi toplamda beş yıl süre ile ülkede tutması sonrasında ise, kendisi ve kendisine bağımlı aile üyeleri daimî ikamet iznine sahip olmaktadır. Öte yandan, Birleşik Krallık'ta 2011 yılında kabul edilen bir düzenleme ile 10 milyon Sterlin tutarında yatırım yapan kişilerin iki yılın sonunda, 5 milyon Sterlin tutarında yatırım yapan kişilerin ise üç yılın sonunda daimî ikamet izni almalarına olanak sağlanmıştır⁵⁷. Yatırımcı ve bağımlı aile üyeleri daimî ikamet iznini aldıktan bir yıl sonra ise Birleşik Krallık vatandaşlığına başvurma imkânı elde etmektedirler. Bu kapsamda diğer vatandaşlığa alınma şartlarını taşımak koşuluyla yatırım tutarına göre kişi en erken üçüncü yılın sonunda, en geç ise altıncı yılın sonunda Birleşik Krallık vatandaşı olabilmektedir. Belirtilen süreler zarfında yatırımcının yılın 185 gününü Birleşik Krallık'ta geçirmesi gereklidir⁵⁸.

Benzer bir uygulama ABD'de de bulunmaktadır. ABD 1990'lı yıllardan itibaren bu ülkede

⁵⁰ European Parliament resolution of 16 January 2014 on EU citizenship for sale (2013/2995(RSP)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0038_EN.html (Erişim Tarihi: 16.10.2020)

⁵¹ SCHERRER/THIRION, s.20.

⁵² SURAK, Citizenship, s.10.

⁵³ DZANKIC, Pros and Cons, s.3-4.

⁵⁴ SUMPTION/HOOPER, s.4.

⁵⁵ DZANKIC, Pros and Cons, s.3-4.

⁵⁶ Henley&Partners: Investment Migration Programs 2020, The Definitive Comparison of the Leading Global Residence and Citizenship Programs, 5th ed., 2020, s.83.

⁵⁷ YILMAZ, s.200.

⁵⁸ Henley&Partners, s.83.

en az 1 milyon Dolarlık yatırım yapan ve en az 10 kişilik istihdam oluşturan yabancılara EB-5 yatırımcı vizesi vermektedir. Yatırımcının ABD yönetimi tarafından belirlenen hedef bölgelerde yatırım yapması halinde ise yatırım tutarı 500.000 Dolar olarak saptanmıştır⁵⁹. 2019 yılında, yatırım miktarları sırasıyla 1,8 milyon ve 900.000 Dolara çıkarılmış, 10 kişiye istihdam oluşturma şartı ise korunmuştur⁶⁰. Öngörülen meblağları yatırımcı kendi kuracağı bir işletme suretiyle ABD'ye getirileceği gibi, ticari şirket, adi şirket ve ortak girişim gibi var olan ticari işletmeden hisse satın almak suretiyle de getirebilir⁶¹. Yatırımcı ayrıca ABD Vatandaşlık ve Göç Hizmetleri idaresi tarafından onaylanan ve bölgesel merkez (*regional center*) olarak adlandırılan ticari girişimlere yatırım yaparak da program gereksinimlerini sağlayabilir. Bölgesel merkezler yoluyla yapılan yatırımda yatırımcı pasif konumunda kalmakta, 10 kişiye istihdam yaratma konusundaki yük merkezler tarafından yerine getirilmektedir. ABD'de istenilen yere yerleşme ve istenilen işte çalışma olanağını sağlaması nedeniyle, bölgesel merkez yolu yatırımcılarca daha çok tercih edilmektedir⁶². EB-5 yatırımcı vizesi ile yatırımcı, eşi ve 21 yaşından küçük evlenmemiş çocukları ile birlikte ilk iki yılı şartlı olmak üzere ABD'de daimî ikamete olanak sağlayan yeşil kart (*green card*) alabilmektedir⁶³. Daimî ikamet iznine sahip yeşil kart sahibi ise başvuru tarihinden önceki son 30 ayda ABD'de fiili olarak ikamet etmek ve 5 yıllık ikamet süresinin kesintisiz olması şartıyla (bir yıldan fazla bir süre ABD dışında bulunmamak) vatandaşlığa başvurma olanağını elde etmektedir⁶⁴.

Birleşik Krallık ve ABD'nin aksine, Portekiz tarafından uygulanan yatırımcı programından yararlanma ve vatandaşlık alma şartları daha esnektir. Buna göre 1 milyon ile 250.000 Euro arasında değişen miktarda bir meblağı bankalara mevduat olarak yatıran, şirketlerden hisse alan, gayrimenkul satın alan, bilim, sanat ve kültürün geliştirilmesi için bağışta bulunan veyahut en az 10 yeni istihdam oluşturan yatırımcı Portekiz'den ikamet izni alabilmektedir⁶⁵. İkamet izni bir yıl süreyle verilmekte olup, müteakiben iki yıllık dönemler halinde beş yıla kadar uzatılabilmektedir. Beş yıllık dönem zarfında Portekiz'de fiili ikamet şart olmayıp, yatırımcının ilk yıl yedi gün, iki yıllık uzatma dönemlerinde ise 14 gün Portekiz'de bulunması yeterli bulunmaktadır⁶⁶. Beş yılın sonunda yatırımcı temel düzeyde Portekizce bilmek, güvenlik açısından tehlike oluşturmamak ve vergi borcu olmamak kaydıyla Portekiz vatandaşlığına başvurabilmektedir. Portekiz'de benimsenen yatırımcı programının benzeri Yunanistan tarafından da uygulanmaktadır. Yunanistan, 250.000 ilâ 800.000 Euroluk meblağı çeşitli yatırım araçları yoluyla ülkeye getiren kişilere beş yıllık ikamet izni vermektedir⁶⁷. Söz konusu ikamet izni beşer yıllık dönemlerle uzatılabilmektedir. Yatırımcı yedinci yılın sonunda ise Yunanistan vatandaşlığına başvurabilmektedir.

Görüldüğü üzere, ikamet şartlı vatandaşlık uygulamaları Birleşik Krallık ve ABD gibi ülkelerde fiili ikamet ve süre şartlarına bağlanarak daha kısıtlayıcı bir şekilde uygulanmaktadır. Bu yolla bir yandan yabancıların dil öğrenme ve çalışma gibi vasıtalarla toplumla entegrasyonunu sağlayacak bağların tesisi, diğer yandan ise yatırımcının ülkeye yerleşmesi neticesinde ödeyeceği vergiler ve yapacağı harcamalar yoluyla yatırımın çarpan etkisinden yararlanılması amaçlanmıştır. Portekiz ve Yunanistan uygulamalarında ise fiili ikamet aranmaması nedeniyle yabancıların ülke ile olan vatandaşlık bağının tesisi zorlaşmakta, yatırımın çarpan etkisinden yararlanma ise minimal düzeyde kalmaktadır.

⁵⁹ ADIM, Leila, Residence and Citizenship by Investment: An Updated Database on Immigrant Investor Programs, (Database) s.11 <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3474396>, (Erişim Tarihi: 11.11.2020).

⁶⁰ <https://travel.state.gov/content/travel/en/us-visas/immigrate/immigrant-investor-visas.html> (Erişim Tarihi: 15.09.2020)

⁶¹ United States Citizenship and Investment Services, <https://www.uscis.gov/working-in-the-united-states/permanent-workers/employment-based-immigration-fifth-preference-eb-5/about-the-eb-5-visa-classification> (Erişim Tarihi: 25.10.2020)

⁶² <https://travel.state.gov/content/dam/visas/Statistics/AnnualReports/FY2019AnnualReport/FY19AnnualReport-TableVI-Part4.pdf> (Erişim Tarihi: 25.10.2020)

⁶³ United States Citizenship and Investment Services, <https://www.uscis.gov/working-in-the-united-states/permanent-workers/employment-based-immigration-fifth-preference-eb-5/eb-5-investors>, (Erişim Tarihi: 25.10.2020)

⁶⁴ United States Citizenship and Investment Services, <https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12-part-d-chapter-3> (Erişim Tarihi: 26.10.2020)

⁶⁵ ADIM, Database, s.8.

⁶⁶ SHACHAR/HIRSCHL, s.245-246.

⁶⁷ <https://www.enterprisegreece.gov.gr/en/greece-today/living-in-greece/residence-permits> (Erişim Tarihi: 3.11.2020)

III. YATIRIM YOLUYLA VATANDAŞLIK KAZANMA KONUSUNDA TÜRKİYE UYGULAMASI

Türkiye 1964 yılından itibaren özel niteliği haiz yatırımcıların vatandaşlığa alınmasına olanak sağlamaktadır⁶⁸. Nitekim 1964 yılında yürürlüğe konulan 403 sayılı mülga Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (eTVK)⁶⁹ 7'nci maddesinin d fıkrası, Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya ekonomik alanda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen kişilere istisnai yoldan vatandaşlık kazanma imkânı tanımıştır. Aynı hükme 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK)⁷⁰ 12'nci maddesinin 1-a fıkrasında da yer verilmiştir. Bununla birlikte, gerek eTVK gerek 5901 sayılı TVK döneminde sanayi tesisi getirme veya ekonomik alanda olağanüstü hizmetten ne anlaşılması gerektiğine dair bir açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁷¹. Dolayısıyla, sanayi tesisi getirme ve ekonomik alanda yapılan hizmetin türü ve niteliğini değerlendirme konusu yetkili makamın takdirine bırakılmıştır⁷². Ancak 5901 sayılı TVK'nın 12'inci maddesinde ekonomik alandaki hizmetin “olağanüstü” kelimesi ile nitelendirilmesi, “sanayi tesisi getirme” işinin ise bizatihi kendisinin büyük ölçekli yatırıma işaret etmesi nedeniyle, bu hükme dayanılarak verilecek vatandaşlığın objektif olarak ölçülebilir veya en azından somut olarak ortaya konulabilecek bir veriye dayanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁷³. Öte yandan, anılan yoldan vatandaşlığın kazanılması için ilgili bakanlığın bu yönde Cumhurbaşkanı'na gerekçeli teklifte bulunması gereklidir⁷⁴. Doğası gereği anılan teklifte kişinin olağan yoldan vatandaşlığa alınma için aranan şartlara tabi tutulmaksızın istisnai yoldan vatandaşlığa alınması için geçerli objektif somut verilerin ortaya konulması zaruridir⁷⁵.

Ayrıca, 5901 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde “Türkiye'nin ekonomik ve sosyal hayatına katkıda bulunabilecek yabancılara Türk vatandaşlığının kolaylaştırılmış yoldan verilmesi suretiyle bunların ülkeye kazandırılmasının önemine” dikkat çekilmiştir⁷⁶. İki farklı vurguyu içeren bu ifade de ekonomik katkıya dayalı olarak Türk vatandaşlığını kazanma eşiğinin yüksek tutulduğunu, buna karşılık vatandaşlığa alınma usulünün kolaylaştırılmış olduğunu göstermektedir⁷⁷. Vurgulardan ilki Türkiye'nin ekonomik ve sosyal hayatına yapılacak katkıya yöneliktir. Bu bağlamda getirilecek sanayi tesisi veya yapılacak ekonomik katkı Türkiye'nin ekonomik hayatını ileriye götürecektir, vergi geliri sağlayacak veya istihdam oluşturacak düzeyde olmalıdır. İkinci vurgu vatandaşlık verilmesi düşünülen yabancının vasfına yöneliktir. Dolayısıyla, hükmün yalnızca ülkeye gelecek ekonomik katkı ile ilgilenmediği, sanayi tesisi getirme veya ekonomik katkı oluşturma niteliğini haiz kişileri aradığı söylenebilir. Ayrıca, hükmün ülkeye geçmişte olağanüstü ekonomik hizmeti geçenler yanında “olağanüstü hizmeti geçeceği düşünülen” kişileri de kapsamaması, vurgunun tek başına ekonomik katkıya olmadığını, bunun ötesinde vatandaşlığa alınacak yabancının vasfının da önem arz ettiğini göstermektedir. Fiiliyatta da bu yoldan Türk vatandaşlığını kazanan kişi sayısı az olmuştur. 2009-2017 yılları arasında Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya ülkeye ekonomik alanda olağanüstü hizmeti geçen 1226 kişi TVK m.12/a kapsamında istisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanmıştır⁷⁸. Rakamlar Avusturya verileri ile kıyaslandığında görece yüksek görünmekle birlikte, yine de sınırlıdır.

Öte yandan, kişinin niteliğinin ön planda tutulduğu vatandaşlık kazanma uygulamasına ilave olarak, 5901 sayılı TVK'nın 12/1'inci maddesine, 28.07.2016 tarihli 6735 sayılı Uluslararası

⁶⁸ 23 Mayıs 1928 tarih ve 1312 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 6'nci maddesi yabancılara istisnai yoldan vatandaşlık kazanmasına olanak sağlasa da; anılan hükmün ekonomik katkıyı kapsayıp kapsamadığı konusunda bir ayrıntıyı içermemesi nedeniyle, yatırım yoluyla vatandaşlık konusunda 403 sayılı eTVK başlangıç noktası olarak kabul edilmiştir.

⁶⁹ RG: 22/02/1964; 11638.

⁷⁰ RG: 12/6/2009; 27256

⁷¹ GÜNGÖR, s.102; YILMAZ, s.207.

⁷² GÖGER, s.82; NOMER, s.90

⁷³ GÜNGÖR, s.102.

⁷⁴ ERDEM, s.139; GÜNGÖR, s.102.

⁷⁵ DOĞAN, s.77.

⁷⁶ Genel Gerekeçe, TVK'nın tümüne şamil bir anlayışı ortaya koymakla birlikte, Kanunun ilk kabul edildiği halinde 12/1(b) hükmünün bulunmadığı not edilmelidir. Bu nedenle Genel Gerekeçe'deki bu ifadenin TVK m.12/1(a) bakımından geçerli olduğunun kabulü gerekir.

⁷⁷ TURAN/TANRIBİLİR, s.84-85.

⁷⁸ 1964 yılında yürürlüğe giren 403 sayılı TVK döneminden 2017 yılına kadar istisnai yoldan Türk Vatandaşlığını kazanan kişi sayısı konusunda istatistiki bilgiler için Bkz. ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.176-178.

İşgücü Kanunu'nun (UİK)⁷⁹ 27'inci maddesi ile eklenen yeni (b) bendi ile salt ekonomik katkıya dayalı vatandaşlık verilmesinin de önü açılmıştır. TVK'nın 12/1(b) maddesine göre “4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ... ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu” istisnai yoldan Türk vatandaşlığına kazanabilecektir. Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK)⁸⁰ 31/1(j) maddesi ise “Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu”na kısa dönem ikamet izni verilebileceğini hükme bağlamaktadır. TVK 12/1(b) ve YUKK'nın 31/1(j) maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yaparak kısa dönem ikamet izni alan kişinin, kendisi ile birlikte yabancı eşinin, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğunun Türk vatandaşlığını istisnai yoldan kazanabileceği anlaşılmaktadır. Yapılacak yatırımın türü, miktarı ve süresi ise Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (TVKUY)⁸¹'de 2017⁸² ve 2018⁸³ yıllarında yapılan değişiklikler ile düzenlenmiştir. Belirtilen değişiklikler sonrası TVKUY'nin 20'inci maddesinin ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

(2) Aşağıdaki şartlardan herhangi birini sağlayan yabancı, Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında Cumhurbaşkanı kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir:

a) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında sabit sermaye yatırımı gerçekleştirdiği Sanayi ve Teknoloji Bakanlığınca tespit edilen,

b) En az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında taşınmaz tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı veya kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş, en az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarı peşin olarak yatırılan taşınmazın satışının vaat edildiğine dair noterden düzenlenen sözleşmenin üç yıl süreyle devri ve terkinin yapılmayacağı taahhüdüyle tapu siciline şerh edildiği Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilen,

c) En az 50 kişilik istihdam oluşturduğu Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığınca tespit edilen,

ç) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında mevduatı üç yıl tutma şartıyla Türkiye’de faaliyet gösteren bankalara yatırdığı Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunca tespit edilen,

d) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında Devlet borçlanma araçlarını üç yıl tutmak şartıyla satın aldığı Hazine ve Maliye Bakanlığınca tespit edilen.

e) En az 500.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında gayrimenkul yatırım fonu katılma payı veya girişim sermayesi yatırım fonu katılma payını en az üç yıl elinde tutma şartıyla satın aldığı Sermaye Piyasası Kurulunca tespit edilen⁸⁴.

Görüldüğü üzere TVKUY’de yabancıların kısa dönem ikamet izni (maksimum beş yıl) aldıktan sonra hangi andan itibaren vatandaşlığa başvurabileceği konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, TVKUY m. 20(2)’nin yatırım yapılmasının akabinde vatandaşlığa başvurmaya imkân verecek şekilde kaleme alındığını değerlendirmekteyiz⁸⁵. Bu bağlamda, TVKUY m. 20(2)’nin (a) ve (c) bentleri kapsamında “sabit sermaye yatırımı” veya “istihdama yönelik yatırım” yapan yatırımcılar, söz konusu yatırımlarını ilgili Bakanlık marifetiyle belgelediklerinde; (b), (ç), (d) ve (e) bentleri kapsamındaki yatırımcılar ise, öngörülen meblağları üç yıl süreyle tutmak şartıyla belirtilen yatırım araçlarına yatırdıklarını ilgili kurumca tespit ettirdikten sonra, önce kısa dönem ikamet iznine, akabinde de vatandaşlığa başvurabileceklerdir. Şüphesiz ikamet izninin alınması sonrasında vatandaşlığa alınma için ilgilinin kamu düzeni ve milli güvenlik bakımından engel halinin olup olmadığı araştırılacak ve ancak durumu uygun bulunanlar, bu konuda takdir yetkisine sahip Cumhurbaşkanı kararı ile

⁷⁹ RG: 13/8/2016; 29800.

⁸⁰ RG: 11/4/2013; 28615.

⁸¹ RG: 6/4/2010; 27544.

⁸² RG:12/1/2017; 29946

⁸³ RG: 19/9/2018; 30540.

⁸⁴ Yönetmelik içerisinde yer alan dipnotlar atılmıştır. Bu noktada; vatandaşlığın alınması için yapılması gereken ekonomik katkı miktarının zaman içerisinde önemli ölçüde düşürüldüğünü vurgulamak gerekir. Yönetmeliğin dipnotları içeren son hali için Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=3.5.2010139&MevzuatIliski=0&sourceXmlSea> (Erişim Tarihi: 14.11.2019).

⁸⁵ Aksi yönde görüş için bkz. YILMAZ, s.211.

vatandaşlığa alınacaktır. Bu halde vatandaşlığa başvurmak için ikamet iznine sahip olmak ön şart olmakla birlikte, başvuru için yatırımın elde tutulması için öngörülen üç yıllık sürenin dolması beklenmeyecektir. Bu anlamda ülkemiz uygulamasının ikamet şartlı yatırımcı programı olmakla birlikte, fiili olarak ikamet şartsız yatırımcı programları gibi tatbik edildiği değerlendirilmektedir. Kişinin öngörülen yatırım süresi içinde yatırım konusundaki şartları gerçekleştirmemesi halinde ise vatandaşlığın geri alınması mümkün olabilecektir.

IV. YATIRIM YOLUYLA VATANDAŞLIK KAZANMA UYGULAMASINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER VE TÜRKİYE UYGULAMASI BAKIMINDAN GEÇERLİLİKLERİ

A. Genel Olarak

Yatırım yoluyla vatandaşlık uygulaması ulusal ve uluslararası doktrinde ayrımcılık yapmama, adalet, eşitlik, hakkaniyet gibi bazı etik ilke ve kavramlar çerçevesinde ciddi eleştirilere konu olmuştur. Gerçekten de dünyanın pek çok yerinde yaşanan savaş, siyasi ve ekonomik istikrarsızlık gibi gerekçelerle, daha iyi bir yaşam kurmak amacıyla başka ülkelere göç etmek zorunda kalan göçmenlerin, ABD ve AB ülkeleri başta olmak üzere pek çok ülkeye giriş yapmasına dahi izin verilmemektedir⁸⁶. Bu ülkelere giriş yapabilen yabancılar sıkı sınır kontrollerine ve göçmenlik yasalarına tabi tutulmakta, vatandaşlık almaları ise ülkenin dilini bilme, uzun dönem ikamet izni sahibi olma hatta sahip olduğu vatandaşlıktan çıkma gibi şartlarla zorlaştırılmaktadır⁸⁷. Buna mukabil belli bir maddi varlığa sahip olan kişiler, bu maddi varlığı pasif olarak ülkeye getirmeleri karşılığında aileleri ile birlikte ayrıcalıklı bir muamele çerçevesinde ikamet izni ve/veya vatandaşlık alabilmektedir⁸⁸.

Bu durum ahlakî ve felsefi açıdan tartışılabilir olmakla birlikte, devletlerin vatandaşlık verme konusunda mahfuz yetkiye sahip olmaları karşısında, ahlaki ve felsefi eleştirilerin hukuksal bir değeri bulunmamaktadır. Ancak ahlaki ve felsefi tartışmaların ötesinde yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarının hukuki, sosyal ve siyasi bazı sorunları beraberinde getirmesi muhtemeldir⁸⁹. Bu sorunların temelinde ise kişi ile devlet arasında gerçek bir bağ tesis edilmeden salt ekonomik katkı temelinde vatandaşlığın verilmesi ve vatandaşlığın metalaşması yatmaktadır.

Çalışmanın bu kısmında hukuki, sosyal ve siyasi açıdan gündeme gelen sorunlar dünyadaki örnekler ışığı altında belli başlıklar altında ele alınacak, her bir başlığın içerisinde incelenen sorunun ülkemiz bakımından geçerliliğine dair görüşlerimize de yer verilecektir.

B. Vatandaşlık Bağı

Devletler tarafından bazı yabancılar sonradan vatandaşlık verilmesinin temelinde bu kişilerin toplum ile sıkı ilişki tesis etmiş olmaları yatmaktadır⁹⁰. Yabancıların evlenme ve evlat edinilme gibi ülke ile irtibatını sağlayan başkaca bir bağı yok ise, bu bağ kural olarak ikamet yoluyla sağlanır⁹¹. Devletler ikamete ilave olarak olağan yoldan vatandaşlığa alınma konusunda dil bilme ve kültürel uyum gibi şartların gerçekleşmesini arayabilmektedir. Bu koşullar da esas itibarıyla yabancıların ülke ile irtibatını ve bütünleşmesini (entegrasyonunu) amaçlamaktadır⁹². Diğer bir anlatımla, bu şartlar temelinde yabancıların vatandaşlığına geçmek istediği ülke ile aidiyet bağının tesisini hedeflemektedir⁹³. Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil etmemek dışında, ekonomik katkının tek kriter olarak arandığı yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarında ise, kişinin ülke ile bütünleşmesini sağlayacak gerçek bağın tesisini mümkün olmamaktadır⁹⁴. Türkiye uygulaması da dahil olmak üzere, ikamet şartsız ve ikamet şartlı olmakla birlikte fiili ikamet aranmadığı yatırımcı programlarının aidiyet bağını yeterli ölçüde tesis etmediği kanaatindeyiz.

Vatandaşlığın verilmesi konusunda devletin mahfuz yetkiye sahip olduğu ve yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamasının ülkenin ekonomik ihtiyaçlarının karşılanması açısından, bu yetkinin bir kullanım biçimi olduğu şüphesizdir. Bununla birlikte, devlet ekonomik saiklerle söz

⁸⁶ SHACHAR, Ayelet: "Beyond Open and Closed Borders: the Grand Transformation of Citizenship", Jurisprudence, 11(1), 2020, s.22; SCHERRER/THIRION, s.20-21.

⁸⁷ ANDRIOPOULOU, s.9.

⁸⁸ ANDRIOPOULOU, s.8; SCHERRER/THIRION, s.20-21.

⁸⁹ GÖLCÜKLÜ, s.140.

⁹⁰ NOMER, s.75-76.

⁹¹ BAUBÖCK/WALLACE GOODMAN, s.2.

⁹² BAUBÖCK/WALLACE GOODMAN, s.4; DZANKIC, Pros and Cons, s.1.

⁹³ SCHERRER/THIRION, s.24.

⁹⁴ SHACHAR, Citizenship for Sale, s.492.

konusu yetkisini kullanırken vatandaşlık bağına zarar verici uygulamalardan kaçınmalıdır. Bu noktada yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamasının istisnai nitelikte bir vatandaşlık verme şekli olduğu ve istisnai nitelikte vatandaşlık uygulamasında işin niteliği gereği, olağan yoldan vatandaşlığa alınma koşullarının bir kısmının aranmayacağı iddia edilebilir. Bununla birlikte, geleneksel istisnai nitelikte vatandaşlık uygulamalarında genel olarak yabancıların bilim, teknoloji, ekonomi, sosyal, spor, kültür ve sanat alanlarında haiz olduğu üstün vasıflarını kullanarak ülkeye olağanüstü hizmetinin geçmesi aranmaktadır⁹⁵. Yabancıların üstün vasıflarını kullanarak ülke için olağanüstü bir hizmette bulunması toplumla bütünleştiğini göstermektedir⁹⁶. Başka bir anlatımla, istisnai nitelikte vatandaşlık uygulamasında vatandaşlık verilmesinin sebebi kişinin üstün vasfı ve bu vasfını aktif olarak topluma hizmet için kullanmasıdır⁹⁷. Getirilen ekonomik katkının tek kriter olarak arandığı vatandaşlık uygulamalarında ise kişinin toplumla entegrasyonu ve aidiyet bağı tesisi fikrinden uzaklaşmakta, getirilen sermaye adeta bir şirkete yapılan yatırım gibi telakki edilmektedir. Yapılan yatırımın karşılığında ise yatırımcı kendisi ve ailesi için vizesiz seyahat, ikamet, daha iyi yaşam, çalışma ve eğitim olanaklarının tümüne veya bir kısmına sahip olmaktadır.

Oysa, vatandaşlık özünde ülkede yaşayan kişilerin karşılıklılık, eşitlik ve dayanışma ilkeleri temelinde yaşadıkları toplumla kurmuş oldukları siyasi ve sosyal bağıdır⁹⁸. Vatandaşlık bağı iyi ve kötü zamanlarda topluluğu oluşturan bireylerin bir arada bulunma bilinç ve isteğine işaret eder. Bu bilinç ve isteğin temelinde ise karşılıklı güven duygusu yatar. Bu anlamda vatandaşlığın, meblağ ne olursa olsun mali bir bedel karşılığında o toplumla aidiyet bağı tesis etmemiş kişilere sağlanması temsil ettiği bu bağı zayıflatacak niteliktedir⁹⁹. Bu noktada ikamet şartlı uygulanan yatırımcı programlarında dahi aidiyet bağının yeterli ölçüde kurulamaması nedeniyle Kanada gibi bazı ülkelerin yatırımcı programlarını sonlandırdıkları not edilmelidir¹⁰⁰.

C. Vatandaşlığın Metalaşması

Salt ekonomik katkı temelinde uygulanan tüm yatırımcı programlarının vatandaşlığı metalaştırdığı kanaatindeyiz. Bu manada yatırım yoluyla elde edilen vatandaşlık yatırımcılar açısından satın alınan bir meta görünümündedir¹⁰¹. Yatırımcı, tıpkı bir mal veya hizmet gibi kendisine sunmuş olduğu vizesiz seyahat, sağlık, eğitim, siyasi istikrar gibi olanaklar bağlamında vatandaşlığa bir değer biçmekte ve ilgili ülkenin vatandaşlığına geçip geçmeme konusunda karar vermektedir. Bu durum bir yönüyle vatandaşlığı değerlendirme konusunda piyasa mekanizmasının devreye girmesi anlamına gelmektedir. Piyasada talep gören vatandaşlığın fiyatı yüksek tutulurken, talep edilmeyen vatandaşlığın değeri düşük seyretmektedir¹⁰². Ayrıca vatandaşlığa başvurma konusunda sunulan seçeneklerin sayısı ve vatandaşlığı almak için gerekli süre; vatandaşlığın piyasada ne ölçüde talep edildiğine bağlı olmaktadır. Öte yandan, uluslararası arenada vatandaşlık planlaması ve vatandaşlığa geçiş konusunda danışmanlık hizmeti sunan bir sektör doğmuştur¹⁰³. Danışmanlık şirketleri yatırım yoluyla vatandaşlık veren ülkelerin vatandaşlıklarını, sunmuş oldukları imkanlar ve bedelleri çerçevesinde piyasa mantığı ile bir değerlendirmeye tabi tutarak, müşterilerine en uygun seçeneği sunmaya çalışmaktadır. Bu sektör yalnızca vatandaşlık almak isteyen kişilere değil, aynı zamanda küçük ada devletleri başta olmak üzere pek çok ülkeye yatırımcı programlarının tasarlanması ve pazarlanması konusunda danışmanlık hizmeti vermeye başlamıştır¹⁰⁴.

Diğer taraftan, vatandaşlığın yatırımcı açısından kullanım değeri ülke içinde sağladığı olanakların yanı sıra uluslararası alanda tanıdığı kolaylıklara göre anlam ifade etmektedir. Vatandaşlık veren ülkenin yurt dışında vatandaşlarına ne ölçüde diplomatik koruma sağladığı ve özellikle bu ülke pasaportunun diğer ülkelere vizesiz seyahat imkânı tanıyıp tanımadığı vatandaşlığın değerini yakından etkilemektedir. Bu bağlamda örneğin AB üyesi ülkeler tarafından verilen vatandaşlığın diğer AB ülkelerine yerleşme ve serbest dolaşım imkânı vermesi, dünyadaki

⁹⁵ DZANKIC, Pros and Cons, s.2.

⁹⁶ BARAN ÇELİK, s.391. DOĞAN, s.74.

⁹⁷ SHACHAR/HIRSCHL, s.251-252.

⁹⁸ ANDRIOPOULOU, s.9-10; SCHERRER/THIRION, s.27.

⁹⁹ GÖLCÜKLÜ, s.138; SHACHAR/HIRSCHL, s.249.

¹⁰⁰ Government of Canada, Department of Finance, The Road to Balance: Creating Jobs And Opportunities, (2014), s.81, <https://www.budget.gc.ca/2014/docs/plan/pdf/budget2014-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 1.11.2020).

¹⁰¹ BARAN ÇELİK, s.369.

¹⁰² SURAK, Citizenship, s.9.

¹⁰³ SUMPTION/HOOPER, s.3.

¹⁰⁴ SCHERRER/THIRION, s.27.

pek çok ülkeye vizesiz seyahat fırsatı sunması, bu ülkeler tarafından verilen vatandaşlığın değerini artırmaktadır. Tersine bir durumda, örneğin gelişmiş bir ülkenin yatırım yoluyla vatandaşlık veren ülkeye vize uygulaması, bu ülke tarafından verilen vatandaşlığın değerini düşürmektedir. Nitekim Kanada tarafından St. Kitts ve Nevis'e karşı vize uygulanması bu ülke tarafından verilen vatandaşlığın değerini düşürmüştür¹⁰⁵.

Yatırım yoluyla vatandaşlık kazanılmasına olanak sağlayan uygulamalarla vatandaşlığın meta halinde getirilmesi, vatandaşlık değerinin arz ve talep gibi piyasa kurallarına göre belirlenmesi, duygu, düşünce ve kader birliği gibi manevi yönleri bulunan vatandaşlık bağına zarar verebilecek niteliktedir¹⁰⁶. Vatandaşlığın metalaşması aynı zamanda vatandaşlığın itibar değerini de düşürmektedir¹⁰⁷. Üstelik bu değer üçüncü ülkelerin kararlarından etkilenmesi, üçüncü ülkelere vizesiz seyahat gibi tüm vatandaşların daha önce sahip oldukları birtakım serbestilerden yararlanmalarını da engelleyebilecek niteliktedir¹⁰⁸. Diğer bir anlatımla, yatırımcı programları kapsamında vatandaşlığın yaygın bir şekilde verilmesi ve yaşanabilecek ihlaller, yatırım programı uygulayan ülkenin pasaportunun diğer ülkeler nezdindeki güvenirliliğini ve değerini azaltabilecektir.

D. Güvenlik

Kişiler bakımından yatırım yoluyla vatandaşlık kazanma isteğinin gerisinde seyahat özgürlüğü, güvenli ve siyasî bakımdan istikrarlı olan bir ülkeye yerleşme, nitelikli eğitim ve sağlık hizmetlerine kavuşma ve hatta daha güzel bir iklimde yaşama gibi meşru gerekçeler bulunabileceği gibi, kara para aklama, rüşvet, vergi kaçakçılığı, uyuşturucu ve insan ticareti gibi pek çok suçun işlenmesini kolaylaştırma veya bu suçlar nedeniyle verilmiş cezalardan kurtulma niyeti de bulunabilir. Bu nedenle, yatırım yoluyla vatandaşlık verilmesi öncesinde bu hususların derinlemesine araştırılması, toplumun güvenliği bakımından hayati önemi haizdir. Ülkemiz de dahil olmak üzere yatırım yoluyla vatandaşlık veren tüm devletler, genel olarak vatandaşlığa alınacak kişinin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından tehlike arz etmemesi şartını aramaktadır. İlave olarak Avrupa ülkelerinin pek çoğu yatırım yapılan meblağın yasal yollardan edinildiğinin kanıtlanmasını talep etmektedir¹⁰⁹.

Ne var ki; vatandaşlığa alınacak kişinin toplumun güvenliği bakımından tehlike oluşturup oluşturmadığı, emniyet teşkilatının yüzeysel incelemeleri ile anlaşılabilir nitelikte olmayabilir. Bu durum özellikle asayişe ilişkin kayıtların güvenli olarak tutulmadığı, kayıtların alınamadığı, rüşvet ve yolsuzluk gibi yöntemlerle kayıtların kolaylıkla manipüle edildiği ülke vatandaşları bakımından daha belirgindir. Nitekim, Avrupa Parlamentosu'nun 2014 yılı başında Malta tarafından uygulanan yatırımcı programına karşı "satılık vatandaşlık" başlığı ile almış olduğu karar¹¹⁰ sonrasında, pek çok Avrupa ülkesinin yatırımcı programını rüşvet, kara para aklama, ekonomik güvenlik, casusluk, ekonomik yaptırım kararlarını delme gibi olası ihlallere karşı gözden geçirmiş ve güvenlik tedbirlerini sıkılaştırmış olmasına rağmen, müteaddit ihlalin yaşanmış olduğu not edilmelidir¹¹¹. Malta, GKRY, Portekiz, Bulgaristan ve hatta Birleşik Krallık gibi yatırımcı programı uygulayan ülkelerde parlamento kayıtlarına veya basına yansıyan suiistimaller tespit edilmiştir¹¹².

Güvenlik ihlallerinin ikamet şartsız veya ikamet şartlı olmakla birlikte fiili ikamet koşulunu aramayan yatırımcı programı uygulayan ülkelerde daha çok yaşandığı not edilmelidir. Örneğin GKRY tarafından, ülkesinde çeşitli suçlardan hüküm giymiş suçlular ve İnterpol tarafından aranan kişilere vatandaşlık verildiği, hatta işlemlerin kolaylaştırılmasını teminen üst düzey yetkililerin devreye girdiği basına yansımıştır¹¹³. Bu hususların gerçekliğinin anlaşılması sonrasında ise GKRY 2013 yılından beri uyguladığı ve yaklaşık 8 milyar Euro elde ettiği yatırımcı

¹⁰⁵ XU/EL-ASHRAM/GOLD , s.8.

¹⁰⁶ SHACHAR, Citizenship for Sale, s.805.

¹⁰⁷ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s.193.

¹⁰⁸ SUMPTION/HOOPER, s.17.

¹⁰⁹ SCHERRER/THIRION, s.28.

¹¹⁰ European Parliament resolution of 16 January 2014 on EU citizenship for sale (2013/2995(RSP)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0038_EN.html (Erişim Tarihi: 16.10.2020)

¹¹¹ SCHERRER/THIRION, s.28-29.

¹¹² SCHERRER/THIRION, s.29; <https://www.theguardian.com/uk-news/2017/jul/04/golden-visa-immigration-deal-british-citizenship-home-office> (Erişim Tarihi: 3.10.2020).

¹¹³ <https://www.aljazeera.com/news/2020/10/13/cyprus-abolishes-citizenship-through-investment-programme> (Erişim Tarihi: 3.11.2020).

programını 1 Kasım 2020 tarihi itibarıyla sonlandırmak zorunda kalmıştır¹¹⁴. Ayrıca, ihlaller nedeniyle AB Komisyonu 20 Ekim 2020 tarihinde Malta ve GKRY tarafından uygulanan yatırımcı programlarına karşı ihlal prosedürü başlatmış, Bulgaristan’a ise yatırım programından duyulan endişeleri içeren bir mektup göndermiştir¹¹⁵.

Yatırımcıya önce ikamet izni veren ve ikamet izni süresi boyunca ülkede fiili ikameti arayan ülkelerde dahi güvenlik ihlallerinin yaşandığı konusunda medyada haberler yapılmış olmakla birlikte, bu tür ihlallerin görece daha az yaşandığı görülmektedir. Zira, vatandaşlık öncesinde kişinin ülkede fiili ikametinin aranması (özellikle de yılın yarısından fazlasının ülkede geçirilmesi durumunda) bu tür güvenlik sorunlarının tespitini kolaylaştıracak, akabinde ise ihlalde bulunan kişiye vatandaşlık verilmeyebilecektir. Başka bir anlatımla, fiili ikamet süresi bir bakıma vatandaşlığa alınma açısından bir kontrol işlevi görecektir¹¹⁶. Bu bağlamda ülkemiz yatırım yoluyla vatandaşlık uygulaması açısından ortaya çıkabilecek muhtemel güvenlik sorunlarının engellenmesi bakımından fiili ikamet mecburiyetinin aranmasının gerektiği kanaatindeyiz.

E. Vergi

Ülkelerin vergilendirme konusundaki farklı uygulamaları, öteden beri şirketlerin merkezlerini bir ülkeden diğerine taşımaları konusunda ciddi bir etken olagelmıştır. Gerçek kişiler bakımından ise yalnızca vergiye dayalı vatandaşlık değiştirme sınırlı olarak görülmektedir¹¹⁷. Bununla birlikte, diğer sebeplerle zaten vatandaşlığını değiştirecek veya yatırım yoluyla ikinci bir vatandaşlık alacaklar bakımından vergisel avantajlar, yatırımcı programı tercihinde bir etmen olabilmektedir. Özellikle Karayip bölgesinde bulunan ve vergi cenneti olarak anılan ülkelerin yatırımcı programları, vergi konusunu önceleyen yatırımcılarca tercih edilmektedir. Bu kapsamda örneğin Dominika ve St. Kitts ve Nevis kendi ülkelerinde yerleşik olmayan kişi ve şirketlerden neredeyse hiç vergi almamakta ayrıca yatırımcıların çok katı malî gizlilik yasaları ile korunan *offshore* banka hesapları açmalarına izin vermektedir¹¹⁸.

Vergi cenneti ülkeler dışında, Bulgaristan, İtalya ve Portekiz gibi bazı Avrupa ülkeleri de yatırım yoluyla ikamet izni alan veya vatandaşlık kazanan yatırımcılara vergisel birtakım kolaylıklar tanımaktadır. Bu kapsamda örneğin Bulgaristan yeni vergi mükelleflerine %10 gibi sabit bir oran uygulamakta, Portekiz ise yatırımcılara 10 yıl süre ile vergi indirim ve yurtdışından kazanılan gelir ve kazançları vergi matrahından istisna tutma gibi kolaylıklar sunmaktadır¹¹⁹. İtalya ise benzer bir kolaylığı yatırımcıların 100.000 Euro ikame vergi (*substitute tax*) ödemeleri kaydıyla yapmaktadır¹²⁰.

Vergisel teşvikler yoluyla yatırımcılara imtiyazlı muamelede bulunulması vergi adaletinin bozulmasına yol açabilecek niteliktedir. Nitekim İtalya’da yatırımcılar yurt dışından elde ettikleri gelir ve kazançlar için maktu bir vergi ödeyerek vergisel yükümlülüklerinden kurtulabilmekte iken, yerleşikler %43’e varan vergi ödeyebilmektedir¹²¹. Oysa demokratik toplumlarda vergi oran ve miktarları vatandaşlık veya mukimlik statüsünün kazanılması zamanına göre değil, hakkaniyet ve ödeme gücüne göre belirlenir¹²². Kriz zamanlarında vergisel teşviklerin de etkisiyle ülkeye çekilen yatırımcılarca getirilen ekonomik katkının krizin etkisini azaltacağı, bu bağlamda vergisel teşviklerin kamunun menfaatine olduğu iddiası öne sürülebilir. Bununla birlikte bu menfaat ülkede vergi adaletinin korunması gibi başka bir kamusal menfaatin zedelenmesine yol açmamalıdır¹²³.

¹¹⁴ KAMBAS, Michele: After Outcry, Cyprus Suspends its Citizenship for Cash Programme, <https://www.reuters.com/article/cyprus-citizenship-int-idUSKBN26Y17D> (Erişim Tarihi: 8.11.2020).

¹¹⁵ European Commission: Press release, Investor citizenship schemes: European Commission opens infringements against Cyprus and Malta for “selling” EU citizenship, 20 October 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1925 (Erişim Tarihi: 13.11.2020)

¹¹⁶ Krakat Michael B.: “Genuine Links Beyond State and Market Control: The Sale of Citizenship by Investment in International and Supranational Legal Perspective”, *Bond Law Review*, 30(1), 2018, s.148.

¹¹⁷ Son yıllarda ülkeleri dışında yaşayan bazı ABD vatandaşlarının; ABD vergi sisteminin karmaşıklığı ve her yıl vergi beyannamesi doldurmanın maliyeti nedeniyle vatandaşlıklarını bıraktıkları ifade edilmektedir. Bkz. SOLIMANO, s.7.

¹¹⁸ ADIM, Investment, s.123.

¹¹⁹ ADIM, Investment, s.123.

¹²⁰ CHRISTIANS, Allison: “Buying in: Residence and Citizenship by Investment”, 62 St. Louis U. L.J. 51, 2017, s.51.

¹²¹ CHRISTIANS, s.51.

¹²² ADIM, Investment, s.126.

¹²³ ADIM, Investment, s.126.

Türkiye gibi yatırımcı programı uygulayan pek çok ülke ise yatırım yoluyla vatandaşlık kazanan kişiler ile diğer vatandaşlar arasında vergilendirme bakımından herhangi bir ayrıma gitmemektedir. Nitekim Gelir Vergisi Kanunu'nun¹²⁴ 5'inci maddesi “*bir takvim yılı içinde Türkiye'de devamlı olarak altı aydan fazla oturanlar*”ın gelir vergisi ödeyeceğini belirtmekte, 6'ncı maddesi ise Türkiye'de yerleşik olmayanların sadece Türkiye'de elde ettikleri kazanç ve iratlar üzerinden vergilendirileceğini açıklamaktadır. Bu anlamda vergisel teşvik içermemesi nedeniyle, ülkemiz uygulamasının bu başlık altında ele alınan sorunu doğurmayacağı kanaatindeyiz.

F. Seçme ve Seçilme hakkı

Vatandaşlığın kazanılmasının en önemli sonuçlarından biri de şüphesiz yatırımcının siyasi hak ve ödevler arasında sayılan seçme ve seçilme hakkına sahip olmasıdır. Seçme ve seçilme hakkı, gerek vatandaşlığı “en yüksek siyasi onur” olarak ele alan Aristo'nun vatandaşlık anlayışı gerek vatandaşlığı hukukî statü olarak ele alan modern anlayış kapsamında kural olarak aslen ve sonradan kazanan vatandaşlar arasında herhangi bir ayırım yapılmadan tüm vatandaşlara eşit olarak tanınmaktadır¹²⁵. Bununla birlikte, sosyolojik açıdan ülke ile gerçek bir bağ tesis etmemiş kişilere yatırım yoluyla vatandaşlık verilmesi ülkenin siyasi yapısı ve sistemine yatırım yoluyla müdahalenin önünü açmaktadır¹²⁶. Bu etki özellikle az bir nüfusa sahip ada devletleri bakımından daha rahat görülebilmektedir. Esasen bu etkinin farkında olan pek çok ada devleti seçimlerde ülke dışından oy kullanmaya sınırlamalar getirmiştir. Nitekim Antigua ve Barbuda, GKRY, Dominika, Grenada, Malta ve Saint Lucia vatandaşlarının seçimlerde oy kullanmaları için seçimden önce ülkede 3 ay, 6 ay ve 1 yıl gibi sürelerle ikametini şart koşmuşlardır¹²⁷.

Türkiye gibi kalabalık nüfusa sahip ülkeler bakımından yatırım yoluyla vatandaşlık kazanan kişilerin oyları seçim sonuçları üzerinde ciddi bir etkiye sahip olmayacaktır. Ancak bazı durumlarda yatırım yoluyla vatandaşlık kazanan kişilerin tutumları seçim sonucu etkileyebilecektir. Örneğin oyların çok yakın seyrettiği mahalli seçimlerde tek bir oy bile önemli olabilmektedir. Bu noktada yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamasından kaç kişinin yararlandığı bu hususta yorum yapmak bakımından önem arz etmektedir.

G. Askerlik

Geçmişte askerlik ve vatan savunmasına katılma, vatana bağlılığın en somut göstergelerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Hatta askerlik hizmetinden kaçınma vatandaşlıktan çıkarılma sebebi olarak sayılmıştır¹²⁸. Günümüzde ise ülkelerin askeri güçlerini silah altında bulanan askerlerin sayısından ziyade teknolojik üstünlükleri belirlemektedir. Pek çok ülke ordularında görev alan askeri personelin sayısını azaltmakta ve profesyonel askerlik sistemine geçmektedir. Bu anlamda askerlik hizmeti zorunlu olarak yapılacak bir görev olmaktan çıkmaktadır. Türkiye de 2019 yılında kabul ettiği Askeralma Kanunu¹²⁹ ile profesyonel askerliğe geçiş konusunda önemli bir adım atmış, bir yandan askerlik süresini kısaltmış diğer yandan ise zorunlu askerlik hizmetinin bedelli olarak yapmasına imkân tanımıştır. Diğer yandan dünyanın pek çok ülkesi bir adım daha ileri giderek ordularında profesyonel yabancı askerler istihdam etmektedir¹³⁰. Bu durum yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarını kolaylaştırmıştır. Zira askerlik hizmetinin zorunlu olmadığı ülkeler bakımından bu husus bir yandan programın pazarlanmasını kolaylaştırmakta, diğer yandan vatandaşlık hak ve yükümlülükleri açısından vatandaşlar arasında ayrımcılık yapıldığı yönündeki eleştirileri ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte, ülke güvenliği her ne kadar profesyonel askerler tarafından yerine getirilse de savaş veya olağanüstü durumlarda tüm vatandaşların hizmetine ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu nedenle yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarında askerlik ve vatan savunmasına katılma hususları göz önüne alınması gereken hususlardandır.

H. Ekonomik Fayda

Yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarının devletler bakımından temel motivasyonu ekonomik kaynak yaratmak düşüncesidir. Yakın zamanda yapılan araştırmalar ise yatırım yoluyla

¹²⁴ RG: 06.01.1961; 10700

¹²⁵ ANDRIOPOULOU, s.2.

¹²⁶ BAUBÖCK, s.39.

¹²⁷ SURAK, Citizenship, s.6.

¹²⁸ GÖGER, s.150.

¹²⁹ RG: 26/6/2019; 30813.

¹³⁰ SURAK, Citizenship, s.11.

vatandaşlık uygulamalarından gelen katkının beklenilenin çok altında olduğunu göstermiştir¹³¹. Nitekim, yatırımcılar açısından yatırım yoluyla vatandaşlığa başvurmanın temel motivasyonu ülke ile aidiyet bağının tesisinden ziyade vatandaşlığın sağladığı imkânlardan yararlanmaktır¹³². Bu nedenle, yatırımcılar vatandaşlığın kazanılması için gereken minimum sürenin ardından yatırımlarını nakde çevirerek ülke dışına çıkarabilmektedir¹³³. Bu anlamda yatırım yoluyla vatandaşlığın maddi değeri aslında getirilen kaynağın öngörülen sürenin başındaki ve sonundaki değeri arasındaki fark şeklinde tezahür etmektedir. Örneğin kişinin üç yıl süre ile elde tutmak şartıyla gayrimenkulü satın alımı yoluyla yatırım yaptığını düşünelim. Gayrimenkul, vatandaşlığa başvuru esnasında 250.000 Dolar, üçüncü yılın sonunda 220.000 Dolar ediyor ise vatandaşlığın yatırımcıya maliyeti esas itibarıyla 30.000 Dolar + 250.000 Doların alternatif bir yatırım aracında değerlendirmiş olsa idi getireceği gelirden başka bir şey değildir. Gayri menkulün süreç sonunda 250.000 Dolar ve üstünde bir bedel ile satılabilmesi halinde ise yatırımcının maliyeti minimal düzeyde olabilecek hatta yatırımdan karlı bile çıkabilecektir. Verilen bu örneğin ülkemiz uygulaması bakımından da geçerli olduğu kanaatindeyiz. Bu anlamda yatırım bir üretim aracına yönlendirilmediği müddetçe yatırım yoluyla vatandaşlığın ülkeye katkısı geçici ve minimal düzeyde kalmakta, gerçek anlamda ülkenin kalkınmasına hizmet etmemektedir.

Gerçekten de İrlanda tarafından halihazırda yürürlükte olmayan yatırımcı programı kapsamında yatırımcının beş yıl süre ve sıfır faiz ile 1 milyon Euro tutarında devlet tahvili alması programdan yararlanmak için yeterli sayılmış idi. Yapılan hesaplamalar ise 2010- 2015 yılları arasında vatandaşlığın gerçek maliyetinin sadece 22.000 Euro olduğunu göstermiştir¹³⁴. Keza Kanada 1986 yılından itibaren uyguladığı yatırımcı programını, beklenen ekonomik katkıyı sağlamaması nedeniyle 2012 yılında askıya almış 2014 yılında ise sonlandırmıştır¹³⁵. Zira Kanada vatandaşlığı için başvuran yatırımcıların önemli bir kısmı, asgari gerekleri karşılayıp Kanada vatandaşlığını kazandıktan sonra, ülkede ikamet etmemiş, yatırımlarını da nakde çevirerek ülke dışına aktarmışlardır.

V. SONUÇ

Ülkelerin ekonomik ve toplumsal gelişimi açısından sermaye ve ekonomik sermayeyi değere dönüştürecek insan kaynağı hayati önemi haizdir. Bu bağlamda gelişmiş veya gelişmekte olan ülke statüsü fark etmeksizin, ekonomik sermaye ve vasıflı insan arayışında olan pek çok ülke sermaye sahibi nitelikli yabancıları ikamet izni veya vatandaşlık hakkı tanınması yoluyla ülkelerine çekmek istemektedir. Ekonomik sermaye ve daha da önemlisi vasıflı insan kaynağını ülkeye kazandırmak bakımından bu şekilde bir yönelimin yerinde ve makul olduğu açıktır. Ancak yabancı kişinin vatandaşlığa alınması ile sonuçlanabilecek uygulamaların kişinin toplumla gerçek vatandaşlık bağını tesis eder şekilde tasarlanması gerekmektedir.

Kanaatimizce kişinin ülkeye getireceği sermayenin büyüklüğünden ziyade, girişimcilik, sanayi tesis kurma ve istihdam yaratma gibi niteliklerinin arandığı yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarında, kişinin toplumla olan gerçek vatandaşlık bağı daha kolay bir şekilde kurulacaktır. Zira kişi ülkeye getirdiği sermayeyi kişilik vasfı ile birleştirerek vatandaşlığa geçmek istediği ülkenin hizmetine sunmakta, diğer bir anlatımla, aktif bir tutum sergileyerek toplumla bütünleştiğini göstermektedir. Buna mukabil, son 30 yılda uygulandığı şekli ile sermayeyi önceleyen, kişinin niteliğini arka plana atan geniş kapsamlı yatırımcı programlarının kişi ile toplum arasında benzer bir bütünleşmeği sağlayamadığı görülmektedir. Zira yatırımcı programları, genel olarak uygulayan ülkenin ihtiyaçları ve yatırımcılar tarafından ne ölçüde tercih edildiklerine bağlı olarak piyasa mantığına göre şekillenmektedir. Dünyadaki örnekler ise piyasa mantığı ile şekillenen yatırımcı programlarının aidiyet hissini de içeren, bu bağlamda manevi boyutu da bulunan, vatandaşlık bağının kurulması açısından doğru sonuçlar üretmediğini göstermiştir. Özellikle ikamet şartsız veya ikamet şartlı olmakla birlikte filli ikamet aranmadığı yatırımcı programları bu bağı kurmakta yetersiz kalmıştır. Oysa vatandaşlık, kişinin yalnızca ortak yaşamın getirdiği imkânlardan yararlanmasını sağlayan bir araç değil, aynı zamanda ortak yaşamın yükünü paylaşmayı da içeren bir bağlılık taahhüdüdür. Bu bağlılık taahhüdü göz ardı edilerek verilen vatandaşlığın, özellikle güvenlik, vergi, seçme ve seçilme hakkı ile askerlik gibi

¹³¹ SHACHAR, Citizenship for Sale, s.801; SURAK, Citizenship, s.18.

¹³² SHACHAR, Citizenship for Sale, s.802.

¹³³ SURAK, Citizenship, s.18.

¹³⁴ SURAK, Citizenship, s.18.

¹³⁵ SUMPTION/HOOPER, s.19.

alanlarda sorunlar çıkarması muhtemeldir.

Diğer yandan, dünyadaki örnekler, yatırımcı programlarından elde edilen gelirlerin uzun vadede ülke ekonomisine katkısının minimal düzeyde kaldığına işaret etmektedir. Ayrıca mikro devletlerdeki uygulamalar bir kenara bırakılırsa, yatırım yoluyla vatandaşlık verilmesi konusundaki uluslararası gelişmeler ikamet şartsız ve ikamet şartlı olmakla birlikte filli ikamet aranmadığı uygulamaların yavaş yavaş terk edildiğini göstermektedir. Ayrıca, ABD ve Birleşik Krallık gibi ülkelerde görece başarılı olarak uygulanan ikamet şartlı yatırımcı programları, aidiyet bağının asgari düzeyde de olsa tesis edilmesinin önemini ortaya koymuştur.

Bu veriler ışığında yatırım yoluyla vatandaşlık mevzusunda Türkiye'nin kişinin niteliğini ön plana alan istisnai nitelikli yatırım yoluyla vatandaşlık uygulamalarına öncelik vermesi gerektiğini değerlendirmekteyiz. Öte yandan, hâlihazırda tatbik edilen yatırımcı programından vazgeçilmesi veya en azından programının vatandaşlık verilecek kişinin ülke ile aidiyet bağını tesis edecek şekilde gözden geçirilmesi yerinde olacaktır. Vatandaşlık bağının asgari düzeyde de olsa tesisi bakımından yatırım eşliğinin yükseltilmesi, yatırımcıya öncelikle ikamet izni verilmesi ve bu dönemde ise filli ikamet aranması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- ADIM, Leila: Residence and Citizenship by Investment: An Updated Database on Immigrant Investor Programs, (Database) <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3474396>, (Erişim tarihi: 11.11.2020).
- ADIM, Leila: Between Benefit and Abuse: Immigrant Investment Programs, 62 St. Louis U. L.J., 2017, s.121-136 (Investment).
- ANDRIOPOULOU Athanasia: The “ius pecuniae”: The Prize of Citizenship, BRIDGE Network – Working Paper 4, 2020.
- AYBAY, Rona/ÖZBEK, Nimet/ERSEN PERÇİN, Gizem: Vatandaşlık Hukuku, 2019.
- BAUBÖCK Rainer/WALLACE GOODMAN Sara: Naturalisation, EUDO Citizenship, Policy Brief No.2, s.7
https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51625/RSCAS_EUDO_CIT_PB_2011_02.pdf?sequence=1 (Erişim Tarihi: 15.10.2020).
- BAUBÖCK, Rainer: What Is Wrong with Selling Citizenship? It Corrupts Democracy!, Debating Transformations of National Citizenship. IMISCOE Research Series Bauböck R. (ed), Springer, 2018.
- BARAN ÇELİK, Neşe: “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 130, 2017, s.357-418.
- CHRISTIANS, Allison: “Buying in: Residence and Citizenship by Investment”, 62 St. Louis U. L.J. 51, 2017, s.51-72.
- DZANKIC, Jelena: The pros and cons of ius pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective. Florence: European University Institute Working Papers, RSCAS 2012/14, 2012 (Pros and Cons).
- DZANKIC, Jelena: Citizenship with a Price Tag: The Law and Ethics of Investor Citizenship Programmes, Northern Ireland Legal Quarterly 65(4), 2014, s.387-404 (Price Tag).
- DZANKIC, Jelena: Investment-based Citizenship and Residence Programmes in the EU, EUI RSCAS, 2015/08, [GLOBALCIT], EUDO Citizenship Observatory, (Citizenship).
- DOĞAN, Vahit., Türk Vatandaşlık Hukuku, 16. Bası (Tıpkı Basım), 2020.
- ERDEM, B. Bahadır: Türk Vatandaşlık Hukuku, 7. Baskı, 2019.
- GÖLCÜKLÜ, İlyas: “Güncel Gelişmeler Işığında Yatırım Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması: Problemler ve Çözüm Önerileri”, Public and Private International Law Bulletin 40(1), 2020, s.125-141.
- GÜNGÖR, Gülin: Tabiiyet Hukuku, 8. Bası, 2020.
- KAMBAS, Michele: After Outcry, Cyprus Suspends its Citizenship for Cash Programme, <https://www.reuters.com/article/cyprus-citizenship-int-idUSKBN26Y17D> (Erişim Tarihi: 8.11.2020).
- KRAKAT, Michael B: “Genuine Links Beyond State and Market Control: The Sale of Citizenship by Investment in International and Supranational Legal Perspective”, Bond Law Review, Vol. 30(1), 2018, s.145-184.
- NOMER, Engin: Türk Vatandaşlık Hukuku, 27. Bası, 2020.
- ÖZKAN Işıl: “Vatandaşlık Satılabilir Birşey midir?”, Uluslararası Sanat Kültür ve İletişim Dergisi, 1(1), 2018, s.53-78.
- SHACHAR, Ayelet: “Beyond Open and Closed Borders: the Grand Transformation of Citizenship”, Jurisprudence, 11(1), 2020, s.1-27.
- SHACHAR, Ayelet: Citizenship for Sale?, Oxford Handbook of Citizenship, Shachar A./Bauböck

- R.,/Bloemraad I., Vink M. (edt.), Oxford University Press, 2017, (Citizenship for Sale).
- SHACHAR, Ayelet/HIRSCHL Ran: “On Citizenship, States, and Markets”, The Journal of Political Philosophy: 22(2) 2014, s.231-257.
- SCHERRER, Amandine/THIRION, Elodie: Citizenship by Investment (CBI) and Residency by Investment (RBI) Schemes in the EU State of Play, Issues and Impacts, European Parliamentary Research Service, 2018.
- SOLIMANO, Andrés, Investment Migration, Economic Development and the UN Sustainable Development Goals, Investment Migration Council, and International Centre for Globalisation and Development, 2020.
- STILLER, Martin: Pathways to Citizenship for Foreigners in Austria, International Organization for Migration, 2020.
- SUMPTION, Madeleine/HOOPER, Kate: Selling Visas and Citizenship: Policy Questions from the Global Boom in Investor Immigration. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2014.
- SURAK, Kristin: Global Citizenship 2.0 The Growth of Citizenship by Investment Programs, Investment Migration Working Papers IMC-RP2016/3, 2016, (Citizenship).
- SURAK, Kristin: Millionaire Mobility and the Sale of Citizenship, Journal of Ethnic and Migration Studies, 2020, Ahead of Print, s.1-24 (Mobility),
- ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu: “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1), 2017, s.169-198.
- TURAN, Turgut/TANRIBİLİR, Feriha Bilge: Vatandaşlık Hukuku, 4. Bası, 2017.
- XU, Xin/EL-ASHRAM, Ahmed/GOLD, Judith: Too Much of a Good Thing? Prudent Management of Inflows under Economic Citizenship Programs, IMF Working Paper, Western Hemisphere Department, 2015.

Rapor ve internet siteleri

- European Commission: Press release, Investor citizenship schemes: European Commission opens infringements against Cyprus and Malta for “selling” EU citizenship, 20 October 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1925 (Erişim Tarihi: 13.11.2020. İnternet kaynaklarının erişim tarihi kaynakçada belirtilmez, atıfta belirtilir.
- European Commission: Commission Staff Working Document, Accompanying the Document Report From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Investor Citizenship and Residence Schemes in the European Union, {COM(2019) 12 final}, (Document).
- European Parliament Resolution of 16 January 2014 on EU citizenship for sale (2013/2995(RSP)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0038_EN.html (Erişim Tarihi: 16.10.2020).
- Government of Canada, Department of Finance, The Road to Balance: Creating Jobs And Opportunities, 2014), s.81, <https://www.budget.gc.ca/2014/docs/plan/pdf/budget2014-eng.pdf> (Erişim Tarihi: 1.11.2020).
- Henley&Partners: Austria Citizenship-by-Investment Factsheet, <https://www.henleyglobal.com/citizenship-austria/>(Erişim Tarihi: 25.10.2020).
- Henley&Partners: Investment Migration Programs 2020, The Definitive Comparison of the Leading Global Residence and Citizenship Programs, 5th ed., 2020.
- United States Citizenship and Investment Services: <https://www.uscis.gov/working-in-the-united-states/permanent-workers/employment-based-immigration-fifth-preference-eb-5/about-the-eb-5-visa-classification> (Erişim Tarihi: 25.10.2020).
- United States Citizenship and Investment Services: <https://www.uscis.gov/working-in-the-united-states/permanent-workers/employment-based-immigration-fifth-preference-eb-5/eb-5-investors>, (Erişim Tarihi: 25.10.2020).
- United States Citizenship and Investment Services, <https://www.uscis.gov/policy-manual/volume-12-part-d-chapter-3> (Erişim Tarihi: 26.10.2020).
- <https://www.aljazeera.com/>
- <https://www.enterprisegreece.gov.gr/>
- <https://www.theguardian.com/uk>
- <https://travel.state.gov/>

KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNUNDA ETKİN PİŞMANLIK UYGULAMASI: YASAL GELİŞMELER IŞIĞINDA ANALİTİK BİR İNCELEME

ACTIVE REPENTANCE WITHIN THE CONTEXT OF THE LAW AGAINST SMUGGLING:
AN ANALITICAL RESEARCH IN THE LIGHT OF RECENT LEGAL DEVELOPMENTS

Ceyda ÜMİT*  

Makale Bilgi

Gönderi: 12/10/2020
Kabul : 14/03/2021

Anahtar Kelimeler

*Etkin Pişmanlık,
Kaçakçılık Suçları,
Gümrüklenmiş
Değer,
Kamu Zararı,
Ekonomik Suç.*

Article Info

Received: 12/10/2020
Accepted: 14/03/2021

Keywords

*Active Repentance,
Smuggling Crimes,
Bounded Market Value,
Public Loss,
Economic Crime.*

Özet

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında etkin pişmanlık uygulaması, yasa uygulayıcı makamlar nezdinde ve ceza hukuku öğretisinde tartışmalı bir alandır. Cezayı kaldıran veya azaltan şahsi neden olan etkin pişmanlığın kendine özgü hukuki niteliği, her somut olayın farklı özellikleri ve failin iradi davranışları dikkate alınarak etkin pişmanlık koşullarının son derece kapsamlı değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, etkin pişmanlığı tek bir madde çatısı altında ancak hukuki koşulları, nitelikleri ve unsurları değişen üç farklı yasal formda düzenlediğinden farklı uygulama ve yorumlarla karşılaşmaktadır. Bu çalışma; uygulama birliği sağlamak ve süregelen tartışmalara katkıda bulunmak üzere konunun kapsamlı analizi ile etkin pişmanlık düzenlemelerine açıklık kazandırmayı hedeflemektedir. Bu bağlamda etkin pişmanlığa dair kavramsal açıklamalar ile etkin pişmanlığın Türk Ceza Kanunundaki uygulaması açıklanmakta ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu düzenlemesi, içtihat hukuku ve son gelişmeler ışığında irdelenmektedir. Ayrıca, yakın zamanda yürürlüğe giren yeni yasal düzenlemenin olası etkileri değerlendirilerek, en iyi uygulamaya yönelik çözüm önerileri sunulmaktadır.

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.809395> 

Abstract

Active repentance provisions of the Law Against Smuggling, numbered 5607 has been an topic of discussion among the law enforcement bodies and penal law authorities. Due to its distinguished character, as a legal concept which allows exemption from punishment or mitigation of punishment, it needs to be implemented carefully by taking into account all of the specific particularities of the given criminal offence and the voluntary behaviour of the oftender. Since the Law numbered 5607 regulates active repentance under the framework of one clause but in three different forms in terms of its conditions, legal effects and core elements, it is encountered with diverging enforcement and interpretations. This study intends to offer a comprehensive analyse of the topic and provide clarification to the related clauses of the Law, in order to ensure a contribution to ongoing debates and uniform interpretation. Therefore, this Article enlightens the conceptual items of the active repentance and its implementation in Penal Law, explicates the provisions of the Law of 5607 pertaining to active repectance in detail in the light of case law and recent developments. Furthermore, the Article evaluates possible effects of the new clauses recently entered into force and finally offers solutions on some uncertain issues for the best implementation.

I. GİRİŞ

Gümrük işlemine tabi eşyanın yasal prosedürlere uyulmadan veya ülkeye giriş-çıkışı yasak eşyanın yasadışı yollardan ülke içinde dolaşıma sokulması ya da ülke dışına çıkarılmasına konu suçları¹ düzenleyen 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu² uygulamasında etkin pişmanlık, süregelen tartışmalı alanlardan biridir. Kaçakçılık suçlarında cezayı ortadan kaldıran veya ceza indirimine neden olan şahsi neden olarak kabul edilen etkin pişmanlık; kendi içerisinde farklı unsur ve koşulların gerçekleşmesine bağlı uygulanmaktadır. Kaçakçılık suçlarının kendine özgü teknik niteliği, bu suçlar için Kanunda öngörülen etkin pişmanlık düzenlemesinin yorumunda son derece kapsamlı bir değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Kaçakçılık suçu faili, işlediği suçun aydınlatılmasındaki katkısı veya ekonomik bir suç olan kaçakçılık eylemi nedeniyle oluşan ekonomik değer kaybı olarak da ifade edilebilecek zararı karşılmasına bağlı olarak etkin pişmanlıktan faydalanmaktadır. İlk hal; 5607 sayılı Kanun'un 5(1) maddesinde sayılan koşul ve unsurların varlığa bağlı olarak cezayı ortadan kaldırmakta veya ceza indirimine yol açmaktadır. İkinci hal ise; Kanun'un 5(2) maddesi koşullarının karşılanması halinde ceza indirimine neden olmaktadır. Farklı değerlendirme ölçütleri, koşullar ve yasal istisnalar uygulamada sıkıntı yaratmakta, özellikle zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlık kurumunun yorumunda, yeknesaklık sağlanamamaktadır³.

Makalenin başlıca amacı; 5607 sayılı Kanunda etkin pişmanlık kurumunun hukuki nitelik, unsur ve koşullarını ceza hukuku öğretisi ve uygulamasının ışığında tüm yönleriyle irdeleyerek uygulamaya açıklık kazandırmaktır. Bu bağlamda, 7242 sayılı Kanun değişikliğinin zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlık alanındaki yorum ve uygulama farklılıklarına olası yansımaları da ayrıntılı olarak ele alınmıştır. İlk Bölümde; ceza hukukunda etkin pişmanlık kurumu hakkında kavramsal inceleme yapılarak, hukuki nitelik ve unsurları, Türk Ceza Kanunundaki uygulaması örneklerle açıklanmıştır. İkinci Bölümde ise; 5607 sayılı Kanun uygulanmasında etkin pişmanlık, tüm yönleriyle tartışılarak: sırasıyla, 5607 sayılı Kanunun Türk Kaçakçılık mevzuatındaki yeri, Kanunun 5. Maddesinde farklı koşul ve seçenekler halinde düzenlenen etkin pişmanlık kurumunun ortak hukuki unsurları, kendi içerisinde farklılaşan koşulları, etkin pişmanlıktan yararlanacak kişi açısından hukuki sonuçları ile yasal çerçeve ve gelişmeler ışığında uygulamada dikkat edilmesi gereken hukuki gereklilikler tüm yönleriyle tartışılarak analiz edilmiştir.

II. ETKİN PİŞMANLIK KURUMU: KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR

A.Etkin Pişmanlık Kurumuna Genel Bakış

Etkin pişmanlık, en genel tanımıyla suç tamamlandıktan sonra failin pişmanlık duyarak suçun neden olduğu hukuka aykırılığı veya zararlı sonuçları gidermesine yönelik iradi eylemidir⁴. Etkin pişmanlık için kanundaki tipe uygun ve suç sayılan bir eylem olmalıdır⁵.Sadece kanunda

¹ Bu eylemler ile devletin vergilendirme hakkı ile mali yararları ihlal edilmekte, oluşan kamu zararı eşyanın gümrüğe tabi tutulmamasından kaynaklandığı için uygulama ve öğretide, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar "gümrük kaçakçılığı suçları" olarak da ifade edilmektedir. Bu kullanım, vergi kaçakçılığı, göçmen kaçakçılığı gibi diğer kaçakçılık suçu kategorilerinden ayırt edici bir kavram olmakla beraber, Makalede 5607 sayılı Kanun içeriğine uygun olarak 'kaçakçılık suçları' olarak anılacaktır.

² İlerleyen Bölümlerde 5607 sayılı Kanun olarak anılacaktır.

³ Makalede açıklanacağı üzere, bu halde, kanun koyucu takdir yetkisini suç nedeniyle doğan zarardan daha fazla bir parasal değer karşılmasına bağlı olarak, belli oranda ceza indirimi yönünde kullandığından Çalışmada zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlık kurumu olarak nitelendirilmiştir.

⁴ GEDİK, Doğan: '5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık', Terazi Hukuk Dergisi, 14(159) 2019, s.2132-2142; Etkin pişmanlığın ceza hukuku öğretisindeki tanımları için bkz: GÖDEKLİ, Mehmet: "Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (7)29, 2017, s.280-282; Ceza hukuku öğretisinde, 13.03.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlük kazanıp 04.11.2011 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 12. Maddesi ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK döneminde "faal nedamet" ya da "eylemli pişmanlık" kavramları adı altında etkin pişmanlık; neticenin gerçekleşmesinden önceki döneme ya da netice meydana geldikten sonraki safhaya ilişkin failin nedamet eylemi olarak tanımlanmıştır. 765 sayılı TCK'da faal nedamet konusunda özel düzenleme bulunmadığından doktrindeki görüşler kaynağını, büyük ölçüde Yasadaki tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayırımına dayandırmıştır. 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'da da; etkin pişmanlık konusunda özel düzenleme bulunmamaktadır, ancak, etkin pişmanlığın sınırlı olarak sayıldığı madde tanımlarını incelediğimizde; etkin pişmanlık kurumunun, sadece belirli suçlarda uygulanacağı ve suçun bütün unsurlarıyla tamamlandıktan sonraki aşamada kabul edildiği anlaşılmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz: BABA, Yasemin: "Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2011, www.tez.yok.tr, (Erişim tarihi: 25.04.2020). s.15-23.

⁵ Suçun yasal tanımındaki maddi kurucu öge; kanunda öngörülen fiilin yapılması, suç düzenlemesinde tanımlanan sonucun oluşması ve hareket ile sonuç arasında illiyet bağı bulunmasıdır. Suçun yasal tanımındaki manevi unsur ise; suç eyleminin faili isnat

düzenlenen hallerde ve etkin pişmanlık kabul edilen suçlar yönünden uygulanabilir. Failin, suç tüm unsurlarıyla tamamlandıktan sonra suçtan doğan sonuçları ve zararlı etkileri ortadan kaldırmaya, azaltmaya, telafi etmeye yönelik olarak gerçekleştirdiği gönüllülük esaslı eylemleri içerir⁶. Etkin pişmanlık, yasada öngörülen durumlarda “cezayı kaldıran şahsi neden” olarak cezayı kaldırmakta ya da cezadan indirim nedeni olarak hukuki sonuç doğurmaktadır⁷. Türk Ceza Kanununda genel hükümler kısmında düzenlenmediği için sadece Türk Ceza Kanunu veya özel yasaların⁸ ilgili suç tanımında etkin pişmanlık kurumuna yer verdiği hallerde uygulanabilecektir.

Resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce suçu haber vererek diğer failerin yakalanmasını sağlama⁹, meydana gelen neticeyi iradi eylemle kaldırma¹⁰, zararı aynen geri verme ya da tazmin etme¹¹, resmi makamlara başvurarak tedavi isteme¹², örgüt üyesinin suç işlemeyen önce yakalandığında sağladığı bilgi ile örgütün dağıtılmasını veya örgüt üyelerinin ele geçirilmesini sağlaması¹³, örgüt üyesinin örgüt adına suç işlemeyen önce kendi iradesiyle örgütten ayrıldığını yetkili makamlara bildirmesi¹⁴, rüşvet suçunda rüşveti alma konusunda karşı tarafla uzlaşan kamu görevlisinin, rüşvet verme konusunda kamu görevlisiyle anlaşan kişinin ya da rüşvet suçuna iştirak edenlerin, resmi makamlar suçu öğrenmeden önce yetkili makamları haberdar etmesi¹⁵, iftira suçunu işleyen iftira attığını bildirmesi, yalan tanıklık yapan kişinin işlediği suçu kabul ederek gerçeği söylemesi¹⁶, gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün kaçtıktan sonra kendi iradeleriyle teslim olması¹⁷, Türk Ceza Kanununda düzenlenen etkin pişmanlık eylemleri arasındadır¹⁸.

B. Etkin Pişmanlığın Hukuki Niteliği

Etkin pişmanlık kanun koyucu tarafından “cezayı etkileyen şahsi neden” olarak kabul edilmiştir¹⁹. Kişinin işlediği suçtan dolayı ceza sorumluluğu bulunmakta, ancak etkin pişmanlığına olanak tanıyan suç tiplerinde, ceza ortadan kalkmakta ya da indirimli uygulanmaktadır²⁰. Fiilin

edilebilmesi için var olması gereken kast ve taksir ögesidir. Failin suç işleme iradesi kusurlu olmalı, yani yasada suç olarak düzenlenen eylem, kusur yeteneğine sahip kişi tarafından kusurlu irade ile işlenmelidir, genel bilgi için bkz: HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s.153-227; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim : Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s.285-289; Ceza sorumluluğunun esasları ile ilgili genel bilgi için bkz: ÜMİT, Ceyda: “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasında Doğan Ceza Sorumluluğu,” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 8(32), 2017.

⁶ BAYRAKLI, Hasan Hüseyin: “Vergi Kaçakçılık Suçlarında Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7(27), 2016, s.5; Yazara göre; suçun özel görünüş halleri, suç fiilini meydana getiren kurucu öğelerden, maddi unsurun bulunması ile gerçekleşir. Suç konusu eylemde genel görünüş; tek suç eylemi ile kasıtlı olarak sadece tek sonucun ortaya çıkması hali için kullanılır, tanımdaki “teklerde” farklılık meydana gelmiş ise; suçun özel görünüş hallerinden bahsedilir. Tek fail yerine birden fazla fail varsa iştirak, bir suç eylemi yerine birden fazla eylem ya da sonuç oluşmuşsa içtima, suç işlenmeye başlandıktan sonraki süreçte eylem veya sonuç failden kaynaklanmayan harici bir etki ile yarım kalırsa teşebbüs, failden kaynaklanan neden ve failin iradesi ile suç tamamlanamazsa gönüllü vazgeçmeden söz edilir, BAYRAKLI, s.2.

⁷ GERÇEKER, Hasan: Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cantekin Matbaacılık, 2011, s.421-422.

⁸ Etkin pişmanlığı kapsamına alan başlıca özel ceza yasaları arasında; 5941 sayılı Çek Kanunu, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Çalışmanın konusunu oluşturan 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, bulunmaktadır.

⁹ TCK 93(1) madde; TCK 201(1) madde.

¹⁰ TCK 110. madde.

¹¹ TCK 168, 248, maddeler.

¹² TCK 192(4) madde.

¹³ TCK 221(3) madde.

¹⁴ TCK 221(2) madde.

¹⁵ TCK 254(1), (2), (3) maddeler.

¹⁶ TCK 269(1), (2), (3), (4) maddeler; TCK 274 (1), (2), (3). maddeler.

¹⁷ TCK 293 madde.

¹⁸ Suç tiplerine göre ayrıntılı bilgi için bkz: GÖDEKLİ, s.283; YALVAÇ, Gürsel: Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınevi, 2010, s.262.

¹⁹ Ceza hukuku öğretisinde etkin pişmanlığın cezalandırılmasını savunan görüşler; suç tamamlandıktan sonra fail iradi olarak suçun sonuçlarını ortadan kaldırmaya çalışsa da, suç aşamasındaki hareketleri silemeyeceği, suçun hiç olmamış gibi kabul edilemeyeceği temasına dayanır. Etkin pişmanlığa ceza verilmemesini savunanlar ise; görüşlerini tehlikesizlik, iptal, yokluk ve bozucu şart teorisine dayandırır. Tehlikesizlik teorisinde suç işlendikten sonra iradesiyle sonuçları engelleyen kişinin iradi eyleminin suçu tehlikeli halinden arındırması; iptal teorisinde; failin suçlu iradesini iptal ederek sorumluluğun temelini ortadan kaldırması; yokluk teorisinde; failin suçu tamamlama iradesinin olmaması, bozucu şart teorisinde ise; failin pişmanlık iradesinin cezalandırılması için bozucu şart teşkil etmesi nedeniyle, cezalandırılmama görüşü savunulmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZER, İbrahim: “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık”, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, www.tez.yok.tr, (Erişim tarihi: 28.04.2020), s.15-20.

²⁰ TCK’da kabul edilen etkin pişmanlık düzenlemelerinden TCK 93(1); 184(5); 192(1),(2), (4); 201(1), (2); 221(1), (2), (3), (4)-ilk cümle; 254(1), (2), (3); 274(1); 282(6); 316(2) maddelerinde etkin pişmanlık sonucu, failin ceza sorumluluğu tamamen kalkmakta,

suç olma vasfı devam ettiğinden, etkin pişmanlıktan faydalanan kişi hakkında güvenlik tedbiri veya idari yaptırım kararı uygulanması ayrıca, koşulları olduğu takdirde eşya ya da kazanç müsaderesi yapılması olanaklıdır²¹. Etkin pişmanlığın hukuki niteliğinin cezayı kaldıran ya da hafifleten neden olarak kabulü, bize göre, cezalandırmanın suç işleyen kişiyi topluma kazandırarak rehabilite etme amacına uygundur. Suçun tamamlanmasından sonra failin pişmanlığına hukuki değer atfedilmesi, birey ve toplum açısından faili cezalandırmaktan daha faydalıdır. Bu şekilde, bireyin, toplumun ve devletin menfaatleri arasında denge kurulmaktadır²².

Kanun koyucu, soruşturma aşamasında etkin pişmanlıkta bulunulması ve cezayı kaldıran kişisel neden olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da kişisel cezasızlık nedeninin²³ varlığı halinde kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilebileceğini düzenlemiştir²⁴. Yargılama aşamasında ise; etkin pişmanlık nedeniyle failin cezalandırılmaması durumunda yani etkin pişmanlığın cezayı kaldıran şahsi neden olarak düzenlendiği hallerde ceza verilmesine yer olmadığına dair nihai karar verilecektir²⁵. Etkin pişmanlığın “cezayı azaltan kişisel neden” olarak düzenlendiği hallerde, işlenen suçtan dolayı tayin edilecek ceza, ilgili maddede düzenlenen indirim oranına göre belirlenecektir. Cezadan indirim yapılmasını gerektiren şahsi nedenler kapsamında yer alan etkin pişmanlık, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi unsurlarındandır²⁶.

Etkin pişmanlık, failin suçun tamamlanmasından sonra iç dünyasında oluşan pişmanlık iradesine bağlı ve doğrudan failden kaynaklanan bir durum olduğundan iştirak halinde işlenen suçlarda sadece etkin pişmanlıkta bulunan fail, etkin pişmanlıktan yararlanabilecektir. Suçun işlenişine katılan yani iştirak eden her fail, diğer suç ortaklarının cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır²⁷. Etkin pişmanlığın suç ortaklarına sirayeti mümkün değildir.

C. Etkin Pişmanlığın Unsurları

Etkin pişmanlığın failin ceza sorumluluğunu etkileyerek cezanın ortadan kaldırılması veya cezada indirim sonucunu yaratabilmesi; yasal unsurların yanında failden kaynaklanan unsurların bir arada gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bağlamda, ilgili ceza yasası kapsamında etkin pişmanlık uygulanması olanaklı olan bir suçun fail tarafından işlenerek tamamlanması ve failin kendisinden kaynaklanan pişmanlık iradesiyle yasadaki öngörülen zaman dilimi içerisinde etkin pişmanlık göstermesi, etkin pişmanlığın tüm unsurlarını içerisine alan bir tanımdır. Söz konusu unsurlar kısaca açıklandıktan sonra, ikinci Bölümde kaçakçılık suçlarında etkin pişmanlık uygulaması irdelenecektir.

Etkin pişmanlık için ilgili suç tanımında etkin pişmanlık düzenlemesi yer almalı, fail etkin pişmanlık kapsamındaki suçu işlemelidir. Teşebbüs aşamasında kalan suçlarda etkin pişmanlıktan söz edilemez. Suçun tamamlanıp tamamlanmadığını her somut olaya ve suç tipine özgü özellikler belirleyecektir²⁸. Failin iradesi ile suçun tamamlanmadığı durumlarda etkin pişmanlık

TCK 93(2); 110; 168(1), (2), (3); 192(3); 221(4)-son cümle; 248(1), (2); 269 (1), (2), (3), (4), (5); 274(2), (3); 281(3); 289 (2); 293, 297(4) maddelerinde ise; öngörülen etkin pişmanlık halinin gerçekleşmesi durumunda ise failin cezasında indirim uygulanmaktadır.

²¹ Nitekim, 5607 sayılı Kanunun 13(1) maddesinde kaçakçılık suçlarında TCK'nun eşya ve kazanç müsaderesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

²² BABA, s.34.

²³ Kanunda sayılan kişisel cezasızlık nedenleri, suçun ifası sırasında mevcut olan ancak, belirli kişisel özellikler, mevcut durumlar veya ilişkilerin varlığı dolayısıyla haksızlık ve suç teşkil eden eylemden ötürü failin cezalandırılmaması halleridir, bu haller başlangıçtan itibaren mevcuttur. Kanunda açık düzenleme olan hallerde suç tamamlandıktan sonra belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda uygulanabilen etkin pişmanlık kurumu ile aynı hukuki niteliği taşımamaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz: GÖDEKLİ, s.342-344; Bu bağlamda, TCK 22(6); TCK 167(1), TCK 273(1) maddelerde düzenlenen suçlar kişisel cezasızlık nedenlerine örnek verilebilir.

²⁴ CMK 171(1) madde.

²⁵ CMK 223(4). madde; Etkin pişmanlık dolayısıyla verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair kararlar adli sicile kaydedilir, bkz: 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu, 4(1) (g) madde.

²⁶ TCK 61(5) madde.

²⁷ TCK 40(1) madde; TCK 41(1) maddede; iştirak halinde işlenen suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacağı düzenlenmiştir. TCK 36. maddede tanımlanan gönüllü vazgeçme durumunda; fail ancak gönüllü vazgeçme anına kadar olan süreçteki eyleminin suç sayılması halinde, sadece o eyleme dair ceza ile cezalandırılacaktır. Yani, gönüllü vazgeçme eyleminin icrası ile neticenin gerçekleşmesi arasındaki süreçte, etkin pişmanlık ise eylem tamamen tamamlandıktan sonraki aşamada failin iradi eylemini gerektirmektedir iştirak hakkında genel bilgi için bkz: KAYIHAN, İnel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınevi, 2016, s.529-556.

²⁸ Hareketin yapılmasıyla tamamlanan neticenin gerçekleşmesi aranmayan sırf hareket suçlarına hakaret, yalan tanıklık, iftira suçları örnek gösterilebilir. Adam öldürme, yaralama, hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlarda ise; sonuç gerçekleşmelidir. Hürriyetten yoksun

uygulanamayacaktır, ancak, gönüllü olarak suçun icrasından vazgeçtiği ana kadar oluşan suçlar bakımından sorumluluğu doğacaktır, yani gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirme mümkündür.

Failin pişmanlık duygusu ve iradesiyle yapması gereken etkin pişmanlık eylemi ya da eylemleri, her suç bakımından etkin pişmanlığı düzenleyen ilgili yasa maddelerinde açıkça tanımlanmıştır. Bazı suçlarda suç veya suç ortakları hakkında bilgi vererek suçun ortaya çıkmasında failin katkı sağlaması, bazılarında ise; mağdurun uğradığı zararı tazmin etmesi, yasanın aradığı etkin pişmanlık eylemleridir. İlgili yasa maddesinde seçimlik hareketler olarak etkin pişmanlığa yer verildiği hallerde, seçimlik hareketlerden birinin fail tarafından iradi olarak ortaya konması gerekmekte, fail icrai davranışıyla etkin pişmanlığını göstermelidir²⁹.

Etkin pişmanlıktan yararlanılabilecek muhakeme evresi³⁰, etkin pişmanlığa imkan tanıyan düzenlemelerde belirlenmiştir. Fail pişmanlığını suç tipinde tanımlanan eylemleri yaparak belirtilen yasal süre içerisinde göstermelidir. Öngörülen süre geçtikten sonra, etkin pişmanlığın tüm unsurları tamamlansa dahi, fail cezanın kaldırılması veya hafifletilmesinden yararlanamaz.

Suç işlendikten sonra etkin pişmanlığın uygulanabileceği evreler: genel olarak soruşturma, kovuşturma ve hükmün kesinleşmesine kadar geçen süredir. Ancak, yasa koyucu tarafından ilgili suç düzenlemesinde hükmün infazı aşamasında veya suçun resmi makamlarca öğrenilmesinden önceki süreçte etkin pişmanlık olanağı öngörülmüşse, bu safhalarda da etkin pişmanlık uygulanır. Resmi makamlarca haber alınma evresi³¹, öğretilde soruşturma evresinden bağımsız ayrı bir safha olarak kabul edilmektedir³². Bu durumda, tamamlanmış suçun resmi makamlarca haber alınmasından ve bu suçla ilgili olarak soruşturmaya başlanmasından önce suçu işleyen failin iradi olarak resmi makamlara bildirimde bulunarak ilgili yasal düzenleme uyarınca etkin pişmanlık eylemini gerçekleştirmesi halinde fail ceza almamakta veya soruşturma, kovuşturma, hükmün kesinleşmesi gibi aşamalarda pişmanlık gösteren faillerden daha az ceza ile cezalandırılmaktadır.

Diğer yandan, kovuşturma sürecinde gerçekleşen etkin pişmanlık yasada “hükümden önce” ya da “ hüküm verilmezden önce” şeklinde süre koşuluna bağlı tutulmuşsa³³, etkin pişmanlıkta bulunulabilecek safha, hüküm verilinceye kadar olan süredir, bu aşamadan sonra yani hükmün kesinleşmesine dek geçen süre veya infaz aşamasında etkin pişmanlıkta bulunulamaz. Diğer yandan, kanun koyucu tarafından infaz aşamasında etkin pişmanlığın kabul edildiği suçlarda hüküm verilir kesinleştikten sonra etkin pişmanlık mümkündür³⁴. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda kabul edilen etkin pişmanlık; suç tamamlandıktan sonra resmi makamlar tarafından haber alınmadan önceki veya resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonraki süreçte, soruşturma aşamasında veya kovuşturma aşamasında hüküm verilinceye kadar olan sürede yapılmalıdır.

Soruşturma, kovuşturma, hüküm verilinceye kadar olan süreç, hükmün kesinleşmesi ve infaz evrelerinde etkin pişmanlıkta bulunulmasına göre; etkin pişmanlık nedeniyle giderek azalan oranda ceza indirimi uygulanmasının failin işlediği fiille ilgili olarak kendi iç dünyasında yaşadığı meşruiyet tartışması açısından uygun olduğu ve failin psikolojisinin dolaylı olarak dikkate alındığını gösterdiği ifade edilmektedir.³⁵ Özer’in ifade ettiği gibi kanun koyucunun hatasını erken farkına varan fail lehine izlediği tutum, ceza adaletinin bir gereğidir³⁶.

bırakma suçu gibi kesintisiz suçlar açısından suçun sona erme aşamasının gerçekleşmemiş olması etkin pişmanlık uygulamasından yararlanmaya etki etmeyecektir, GÖDEKLİ, s.300-303.

²⁹ ÖZER, s.23; Failin icrai davranışına göre; TCK 192/2 maddedeki etkin pişmanlık, cezayı ortadan kaldıran, TCK 192/3 maddedeki etkin pişmanlık ise; cezayı hafifleten şahsi sebep olarak karşımıza çıkmaktadır.

³⁰ CMK 2(1) (e) ve (f) maddeler uyarınca soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen safha, kovuşturma ise; iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evredir. Baba, soruşturmanın başlaması evresinin salt suç şüphesinin öğrenilmesi değil, tanık dinleme, ifade alma, bilirkişi tayin etme gibi bir soruşturma işlemi yapılması ile başladığı görüşündedir, BABA, s.92.

³¹ CMK 158. maddede ihbar ve şikayetlerin yapılabilmesi için resmi makamlar sayılmıştır.

³² Bu görüş, rüşvet suçlarında etkin pişmanlığı düzenleyen TCK 254. madde gerekçesindeki; “...suçun resmi makamlar tarafından haber alınması, ceza soruşturmasının başlatılmasından bağımsız olarak kamu görevlisinin görev yaptığı idarenin “fiili öğrenme anına dek etkin pişmanlık hareketi değerlendirilerek belirlenir...” açıklamasına dayanmaktadır; bkz: GÖDEKLİ, s.315-318.

³³ Bkz: TCK 168(2) madde.

³⁴ Bkz: TCK 269(3) (c) madde, infaz aşamasında kabul edilen etkin pişmanlık örneğidir.

³⁵ GÖDEKLİ, s.318.

³⁶ ÖZER, s.25.

Yasada öngörülen etkin pişmanlık eylemi, iradi olarak herhangi bir dış zorlama ve baskı olmadan suçun zararlı etkilerinin farkında olarak ve iradi gerçekleştirilmelidir³⁷. Failin pişmanlık iradesini açıkça yansıtmalı ve suçtan duyulan pişmanlığına dayanmalıdır. Sadece suçtan dolayı pişman olduğunu belirtmesi, etkin pişmanlık için gerekli hareketleri yapmadığı sürece etkin pişmanlık açısından anlam taşımayacaktır.

III. KAÇAKÇILIK SUÇLARINDA ETKİN PİŞMANLIK UYGULAMASI

A. 5607 sayılı Kanunun Türk Kaçakçılık Mevzuatındaki Yeri

Kaçakçılık, genel bir tanımla devletin yasal ve idari düzenlemelerine aykırı olarak yurda giriş ve çıkışı gümrüğe tabi bir eşyayı gümrük işlemi yaptırmadan ve gümrük vergisi ödemediği ülkeye sokmak veya çıkarmak, gizlice kaçırmak ya da bu amaçlarla hileli yollar kullanma eylemleri ile yurda giriş-çıkışı yasak eşyayı yasa dışı yollardan ülkeye sokma veya ülkeden çıkarma eylemleridir³⁸. Kaçakçılık suçları, ulusal ekonomideki üretim, tüketim, değişim, bölüşüm ilişkilerini koruyan hükümleri ihlal ettiği için “ekonomik suç” kategorisi altında tasnif edilmekte³⁹, etkin yasal düzenlemelerle devletin ekonomik kaybının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, Türk gümrük mevzuatı⁴⁰, süregelen gelişim içerisinde. Gümrük kaçakçılığıyla etkin mücadelede, Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundan itibaren sırasıyla 10.12.1927 tarih ve 1126 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, 15.06.1929 tarih ve 1510 sayılı Kaçakçılığın Men’i Takibi Hakkında Kanun, 07.01.1932 tarih ve 1918 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 19.07.2003 ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu⁴¹ ve 31.03.2007 tarih ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu sayesinde önemli kazanımlar edinilmiştir.

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu; 31.03.2007 tarihinden bu yana uygulama sürecinde yaşanan yasal ve konjonktürel gelişmelere paralel olarak sırasıyla, 11.04.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun⁴², 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun⁴³, 20.11.2017 tarih ve 7061 sayılı Kanun⁴⁴ ve son olarak 14.04.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanunla⁴⁵ muhtelif değişikliklere uğramıştır. Kanunun hedefi; kaçakçılık fiilleri ve yaptırımları ile kaçakçılığı önleme, izleme, araştırma usul ve esaslarını belirlemektir⁴⁶. Teşebbüs ve gönüllü vazgeçmeye dair hükümler hariç⁴⁷, suç ve cezada kanunilik ilkesi, ceza sorumluluğunun saptanması, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler, suça iştirak, azmettirme, cezanın bireyselleştirilmesi, güvenlik

³⁷ GÖDEKLİ, s.329.

³⁸ Kavramsal açıklama için bkz; ERGİN, Yusuf: 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.1, www.tez.yok.tr, (Erişim tarihi: 25.05.2020); Yargıtay Ceza Genel Kurulunca gümrük kaçakçılığı; yurda sokulması veya yurt dışına çıkarılması yasak olan şeyleri yasa dışı yollardan yurda sokma veya yurttan dışarı çıkarma yahut yurda girmesi ve çıkması serbest ancak gümrük vergisi alınması koşuluna bağlı malları vergi ödenmeden yasa dışı olarak yurda getirme veya yurttan çıkarma ve bu fiillere teşebbüs etme olarak tanımlanmıştır, YCGK, 22.02.2000 tarih, E.2000/7-3, K.2000/32 sayılı ilam.

³⁹ ÇINAR, Çağatay: “Türkiye’de 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Suçları ve Kabahatleri”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2008, s.2-9, www.tez.yok.tr, (Erişim tarihi: 01.05.2020). Kaçakçılık suçlarının ekonomik suç sayılmasının bir nedeni; suç konusu eşyanın ekonomik değerinin olması, diğeri ise suç nedeniyle devletin ekonomik gelir ve giderlerinde oluşacak zararın önüne geçilmesidir. AKTAŞ, Batuhan: “Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmadan Ülkeye Eşya Sokma Suçu Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (121) 2015, s.115-116.

⁴⁰ Gümrük mevzuatı tanımı; gümrük idareleri tarafından gümrük işlemleri ile ilgili olarak uygulanan kanun, tüzük, yönetmelik ve diğer idari düzenlemeleri ifade eder.

⁴¹ 4926 sayılı Kanun, 1918 sayılı Kanun uygulamasındaki sorunları gidermenin dışında, Ülkemiz ile Avrupa Birliği (AB) arasında gümrük mevzuatı alanındaki uyum çalışmalarını sağlayıcı önemli bir işlev üstlenmiştir. 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı gereğince gümrük mevzuatımız ilgili AB mevzuatına uyumlu hale getirilmiş, bu kapsamda ekonomik suça ekonomik ceza ilkesine dayalı yaptırımlar içeren 4926 sayılı Kanun kabul edilmiştir.

⁴² 6455 sayılı Kanun değişikliği ile kaçakçılık suçlarının düzenlendiği 3. madde başlığı ve madde kapsamındaki suçlarla ilgili değişiklikler yapılmış, 4733 sayılı Tütün, Tütün Mamülleri ve Alkol Piyasasının Düzenlenmesine Dair Kanunun 8(2), (3), (4) maddelerindeki suçlar ile 5015 sayılı Petrol Kanununda ‘kaçak petrol ile ilgili ceza hükümleri’ başlığı altında ek 5. maddesinde düzenlenen petrol kaçakçılığı suçları 5607 sayılı Kanun bünyesine alınmıştır.

⁴³ 6545 sayılı Kanun ile 5607 sayılı Kanun’un 3(2), (3), (4), (5), (6), (8), (9) maddeleri muhtelif değişikliklere uğramış, kaçakçılık konusu eşyanın değerinin fahiş olması halinde cezada artırım öngören 3(22) maddesi getirilmiştir.

⁴⁴ 7061 sayılı Kanun ile 5607 sayılı Kanuna 3(20) maddesi eklenerek Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumundan yetki belgesi almadan veya bildirimde bulunmadan tütün ticareti yapmak, ticari amaçla makaron veya yaprak sigara kağıdını, içine kıyılmış tütün, parçalanmış tütün ya da tütün harici bir madde doldurulmuş olarak satmak, satışı arz etmek, bulundurmak, nakletmek eylemi suç olarak tanımlanmıştır. Madde, 30.05.2019 tarih ve 7176 sayılı Kanun uyarınca 01.07.2020’de yürürlük kazanmıştır.

⁴⁵ 7242 sayılı Kanun ile 5607 sayılı Kanunun suç konusu eşyanın değerinin fahiş olması halinde ceza artırım öngören 3(22) maddesi ile Çalışmamızın konusunu oluşturan etkin pişmanlığın düzenlendiği 5. maddesi yeniden düzenlenmiştir.

⁴⁶ 5607 sayılı Kanunun 1. maddesi.

⁴⁷ 5607 sayılı Yasanın 3(21) maddesine göre; teşebbüs halinde kalan kaçakçılık suçları, tamamlanmış suç gibi kabul edilir. Bkz: Yargıtay 7. CD, 17.01.2019, E.2018/9702, K.2019/1364; 03.05.2018, E.2015/7085, K.2018/4797; 16.09.2019, E.2019/4153, K.2019/34575 sayılı ilamları.

tedbirlerinin uygulanması, dava ve cezanın düşürülmesi gibi TCK genel hükümleri, kaçakçılık suçlarına da uygulanacaktır⁴⁸. Kaçakçılık eylemlerinin soruşturulma ve kovuşturulmasında ise; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanır⁴⁹.

B. 5607 sayılı Kanunda Etkin Pişmanlık

1. Genel Bakış

Etkin pişmanlığın hukuki niteliği, unsurları ve TCK'da uygulanmasına dair esaslar, bünyesinde özel bir etkin pişmanlık düzenlemesi içeren 5607 sayılı Kanun için de geçerlidir. İlk Bölüm açıklamalarının ışığında, 5607 sayılı Kanun açısından konu irdelendiğinde; 5607 sayılı Kanunun 5. maddesinde özel olarak düzenlenen etkin pişmanlık, cezayı tamamen ortadan kaldıran veya ceza indirimine neden olan bir yasal kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanunda sayılan etkin pişmanlık eylemleri, ekonomik suçların bir çeşidi olan kaçakçılık suçlarında korunan hukuki değer ile uyumludur⁵⁰. 5607 sayılı Kanun uygulamasında; failin Kanunun 3. maddesinde tanımlanan kaçakçılık eylemi ya da eylemlerini işledikten sonra pişmanlık iradesiyle Kanunun 5. maddesi uyarınca etkin pişmanlıkta bulunmasına bağlı olarak etkin pişmanlıktan faydalanması mümkündür. Kanun kapsamında; failin suçu işledikten sonra işlediği suçu tüm yönleriyle ortaya çıkarmasındaki katkısına göre⁵¹ veya suçtan doğan zararı karşılamasına bağlı olarak⁵², her biri kendi içinde hem ortak hem de farklı unsur ve koşullar barındıran etkin pişmanlık düzenlemeleri (a) ve (b) alt başlıkları altında irdelenecektir.

2) Suçun Ortaya Çıkarılışındaki Katkıya Göre Etkin Pişmanlık

5607 sayılı Kanunun 5(1) maddesine göre; Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından birinin işlenmesine iştirak etmiş olan kişi; resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, fiili, diğer failleri ve kaçak eşyanın saklandığı yerleri merciiine haber verirse, verilen bilginin faillerin yakalanmasını veya kaçak eşyanın ele geçirilmesini sağlaması halinde cezalandırılmaz. Haber alındıktan sonra, fiilin bütünüyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım eden kişiye verilecek ceza üçte iki oranında indirilir.

Madde düzenlemesinin birinci ve ikinci cümlesi etkin pişmanlığı ve hukuki sonuçlarını farklı tanımlamakla birlikte; her iki hal açısından Kaçakçılık Kanununda tanımlanmış bir kaçakçılık suçunun işlenerek tüm unsurlarıyla tamamlanması, suçun iştirak iradesi ile işlenmiş olması, failin etkin pişmanlık iradesini bizzat göstermesi ve kişiye bağlı eylem gerektiren etkin pişmanlık kurumundan sadece pişmanlıkta bulunan failin yararlanması, ortak özelliklerdir. Diğer yandan, ilk cümle uyarınca etkin pişmanlığın cezayı ortadan kaldıran, ikinci cümle hükmünde ise; cezayı hafifleten şahsi neden olması, yani failin cezai sorumluluğu üzerindeki etki, etkin pişmanlığın gerçekleşeceği zaman dilimi ve etkin pişmanlık eylemlerinin tanımı düzenlemedeki ayırıcı unsurlardır. Aşağıda, 5607 sayılı Kanunun 5(1) maddesindeki etkin pişmanlık düzenlemesinin ortak unsurları ve farklılaşan yönleri sırasıyla irdelenecektir.

Suçun ortada çıkarılmasındaki katkıya göre etkin pişmanlıktan faydalanma için ilk koşul; 5607 sayılı Kanun kapsamında bir kaçakçılık suçunun fail tarafından işlenmesi ve tamamlanmış olmasıdır⁵³. Kanunda, teşebbüs halinde kalan kaçakçılık suçlarının tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağı öngörüldüğünden etkin pişmanlık uygulamasından suçun icrasına başlanması

⁴⁸ TCK 5. madde hükmü uyarınca TCK genel hükümlerinin özel ceza kanunlarında uygulanması zorunludur.

⁴⁹ Yasa koyucu, kaçakçılık suçlarında arama ve elkoymanın özel önemi dolayısıyla ayrıca özel bir düzenleme yapmıştır. 5607 sayılı Kanunun 9 ve 10. maddeleri uyarınca kaçak eşya, her türlü silah, mühimmat, patlayıcı ve uyuşturucu maddelerin bulunduğu şüpheli her türlü kap, ambalaj veya taşımaya yarayan diğer araçlar ile kişilerin üzerlerinde yapılacak arama ve elkoymalar ve Kanunda tanımlanan suçların işlenmesinde kullanılan taşıtlar hakkındaki elkoyma işlemi CMK hükümleri uyarınca yapılmalıdır.

⁵⁰ AKTAŞ, s.125; Yargıtay 19. CD 03.03.2020, E.2019/7355, K.2020/2136 sayılı ilamında; kaçakçılık suçlarında devletin egemenlik hakkının doğal sonucu olarak sınırları içerisindeki eşya girişi ve çıkışı kontrol etme ve düzenleme yetkisinin bulunduğu, kaçakçılık fiillerinin devletin egemenlik hakkının yanı sıra, vergilendirme hakkı ve mali yararlarını da ihlal ettiğinden, vergi kaybına neden olduğunu, devletin kamu hizmetinin finansmanını olumsuz etkilediğini ve kamu hizmetlerinin finansmanından yararlanan bireylerden oluşan toplumun suçun mağduru olduğu, vurgulanmıştır.

⁵¹ 5607 sayılı Kanun 5(1) madde.

⁵² 5607 sayılı Kanun 5(2) madde.

⁵³ 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinde, kaçakçılık suçları sınırlı sayıda tanımlanmıştır. Çalışmanın İkinci Bölümünün (1) no'lu alt başlığı altında açıklandığı üzere; 11.04.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun değişikliği ile 11.04.2013 tarih ve 6455 sayılı Kanun değişikliği uyarınca 4733 ve 5015 sayılı Kanun kapsamındaki suçlar, 5607 sayılı Kanun bünyesine alındığından, etkin pişmanlık hükümleri bu suçlar için de mümkündür. 15.04.2008 ila 11.04.2013 arasında işlenen sigara kaçakçılığı suçlarında 4733 sayılı Kanunun 8(4) maddesi uygulandığından, lehe kanun değerlendirmesi nedeniyle bu dönemde işlenen sigara kaçakçılığı suçlarında 5607 sayılı Kanun 5. Maddesinden yararlanmak mümkündür; bkz: Yargıtay 7. CD, 13.11.2014, E.2013/23499, K.2014/18900.

ancak neticenin gerçekleşmesinden önce tamamlanan kaçakçılık suçları failleri de yararlanabilecektir⁵⁴.

5607 sayılı Kanunun 5(1). maddesindeki etkin pişmanlığın önemli bir diğer koşulu da; kaçakçılık suçlarının iştirak⁵⁵ halinde işlenmiş olması gereğidir⁵⁶. Sadece iştirak halinde işlenen kaçakçılık suçlarında suçun ortaya çıkarılmasına bağlı etkin pişmanlık mümkündür, bireysel işlenen suçlarda failin suçun aydınlatılması ve ortaya çıkarılmasına yönelik fiilleri etkin pişmanlık eylemi olarak kabul edilemez⁵⁷. Kanunun 5(2) maddesinin aksine, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar yönünden istisnai bir hüküm bulunmadığından, zorunlu olarak iştirak iradesini içeren örgüt faaliyeti çerçevesinde⁵⁸ işlenen kaçakçılık suçlarında, koşulların oluşması halinde suçun ortaya çıkarılmasına bağlı etkin pişmanlıktan yararlanılacaktır. İştirak halinde işlenen suçlarda suçun ortaya çıkarılmasındaki katkıya bağlı etkin pişmanlıktan, sadece etkin pişmanlık fiilini gerçekleştiren fail yararlanacaktır⁵⁹. Zira, etkin pişmanlık bizzat failin etkin ve iradi olarak, kendisinden kaynaklanan pişmanlık iradesi ve isteği ile gönüllü olarak gerçekleştirdiği eylemdir⁶⁰. Fail, yasada etkin pişmanlık için öngörülen koşullara uygun olarak yine yasada sayılan etkin pişmanlık eylemini bizzat gerçekleştirmelidir.

Suçun ortaya çıkarılmasındaki katkıya bağlı etkin pişmanlık olarak tanımladığımız 5607 sayılı Yasanın 5(1) maddesinin birinci cümlesindeki etkin pişmanlıktan yararlanmak için kişinin işlediği fiili, diğer suç ortaklarını ve kaçak eşyanın saklandığı yeri bildirmesi yeterli değildir. Aynı zamanda bu bilginin diğer faillerin veya kaçak eşyanın ele geçirilmesini sağlayıcı nitelikte olması ve diğer failer ya da kaçak eşyanın failin verdiği bilgi sayesinde ele geçirilmesi koşulu birlikte aranmaktadır. Çilesiz'e göre; etkin pişmanlık iradesini tam anlamıyla göstererek suç ortağı diğer failer ile kaçak eşyanın yerini samimi olarak bildiren fail, kendi kusuru olmaksızın faillerden biri ya da bir kaçının yakalanamaması halinde, kendi üstüne düşen etkin pişmanlık eylemini gösterdiğinden düzenlemeden yararlanmalıdır⁶¹. Yasa, failin etkin pişmanlık eylemi sonucu diğer failer ya da kaçak eşyanın ele geçirilmesini aradığından, bu iki halden birinin gerçekleşmesi ve diğer etkin pişmanlık koşullarının varlığı, 5607 sayılı Kanun 5(1) madde birinci cümleden faydalanmak için yeterlidir.

Etkin pişmanlıkta bulunulması gereken aşama da önemlidir. Etkin pişmanlık, resmi makamlar tarafından fiil haber alınmadan önce gerçekleştirmelidir. Bu halde, faile ceza verilmeyecektir. Düzenleme ile yasa koyucu, failin erken aşamada duyduğu pişmanlığını aktif olarak ortaya çıkarması ve failin haber verme eylemi olmasaydı ortaya çıkarılmayacak olan suçun aydınlatılması halini cezayı ortadan kaldıran neden olarak kabul ederek, faili ödüllendirmiştir. Maddede geçen “resmi makamlar” ve “merci” ibareleri; soruşturma, kovuşturma ve suçu önleme evresindeki zincirde görevli olan tüm makam ve kurumlar olarak anlaşılmalıdır. Bu kapsamda, failin polis, jandarma, gümrük muhafaza memuru gibi kaçakçılık suçunu önleme, izleme ve araştırmakla görevli olanlara, Cumhuriyet savcılığına, mahkemeye yapılan etkin pişmanlık bildirimleri kabul edilmelidir⁶². Düzenlemede haber verme şekline dair açıklık bulunmadığından, sözlü, yazılı, telefon, faks, e-posta, veya vekil aracılığı ile yapılan

⁵⁴ 5607 sayılı Kanun 3(21). madde; bkz: Yargıtay 7. CD, 26.05.2016, E.2014/29019, K.2016/8812 sayılı ve 03.05.2018, E.2015/7085, K.2018/4797 sayılı ilamları.

⁵⁵ TCK 37. madde uyarınca, suçun kanuni tanımında yer alan fiili iştirak halinde gerçekleştiren kişilerden her biri fail olarak sorumlu olacaktır.

⁵⁶ Yargıtay 7. CD, 03.05.2018, E.2015/6398, K.2018/4913 sayılı ilamında; 5607 sayılı Kanunun 5(1) son cümlesinin sadece iştirak halinde işlenen kaçakçılık suçlarında tatbik edilebileceği, somut olayda münferiden işlenen kaçakçılık suçunda uygulama yeri olmadığına karar verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasındaki zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlık ise; bireysel işlenen suçlar bakımından uygulanmaktadır.

⁵⁷ Çilesiz'e göre; kanun koyucu, bu düzenleme ile birden fazla kişi tarafından işlenen çoğu kez karmaşık olması nedeniyle çözülmesi güçleşen kaçakçılık fiillerinin ortaya çıkarılmasını amaçlamıştır. ÇİLESİZ, Seyfettin: 6455 ve 6545 sayılı Kanunlarla Değişik 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, 4. baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s.499.

⁵⁸ Kanunda suç olarak düzenlenen eylemleri işlemek amacıyla kurulan, en az üç üyeden oluşan üyeleri arasında hiyerarşik bağ bulunan, devamlı yapılanma niteliğinde olan ve amaçlanan suçları işlemeye elverişli üye, araç ve gerece sahip olan yapılanmalar örgüt, bu yapılanmalar bünyesinde işlenen suçlar örgütlü suçtur. Kişilerin örgüt yapılanması niteliğine ulaşmayan şekilde suç işlemek veya bir suç işlemek için bir araya gelmesi hali ise; TCK 37. maddesindeki iştirak halinde suç kapsamındadır, bkz: YCGK, 03.04.2007, E.2006/10-253, K.2007/80.

⁵⁹ Yargıtay 7. CD, 17.02.2020, E.2019/8397, K.2020/2543 ve 18.12.2019, E.2017/10255, K.2019/39651 sayılı ilamları; Özel Daire, söz konusu kararları 5607 sayılı Yasanın 5(2) maddesi yönünden vermiş ise de; etkin pişmanlığın sadece pişmanlık iradesi ve eylemi gösteren kişi bakımından uygulanacağı yönündeki genel ilke, 5(1) maddedeki etkin pişmanlık yönünden de geçerlidir.

⁶⁰ Yargıtay 7. CD, 17.02.2020 E.2019/8397, K.2020/2543.

⁶¹ ÇİLESİZ, s.498.

⁶² CMK 158(1), (2), (3), ve (4) maddelerde ihbar veya şikayet makamları düzenlenmiştir.

bildirimlerin geçerli olacağı düşünülmektedir⁶³. Fail, resmi makamlar tarafından suç henüz haber alınmadan ve soruşturma evresi başlamadan suça, suç ortaklarına ve kaçak eşyaya dair eksiksiz bildirimde bulunmalıdır. Resmi makamların suçu muhbirleri aracılığı ile öğrendikleri hallerde, muhbir “kamu görevlisi” ise; bu kişinin suçu haber almasıyla suç resmi makamlar tarafından öğrenilmiş kabul edilecektir⁶⁴.

5607 sayılı Kanunun 5(1) son cümlesinde ise; suçun ortaya çıkarılmasındaki katkıya göre etkin pişmanlık düzenlenmiştir. Buradaki etkin pişmanlık, failin kaçakçılık suçunu işledikten sonra ve suç işlendiğinin resmi makamlar tarafından haber alınmasını müteakip, suçun tüm yönleriyle ortaya çıkmasına hizmet ve yardım etmesi halidir. Bu halde, fail muhakeme sonucunda ceza indiriminden faydalanacaktır⁶⁵. İlk cümle düzenlemesinin aksine; “failin tüm yönleriyle ortaya çıkmasına yardım ve hizmet etme” olarak daha genel tanımla ifade edilen etkin pişmanlık eyleminin yorumu, yasa uygulayıcı makamlara aittir. Yüksek mahkemenin aradığı ölçüt; her somut olayın kendine özgü özellikleri çerçevesinde failin pişmanlık eyleminin değerlendirilerek, olayın bütünüyle aydınlatılıp aydınlatılmadığı hususunun açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu bağlamda, failin etkin pişmanlık eyleminin işlenen suçun niteliğine göre kaçak eşya, suç ortakları, nakil aracı gibi suçun tüm yönlerini ortaya çıkaracak özellikte olup olmadığı değerlendirilmelidir⁶⁶. Failin suç ortaklarını ve kaçak eşyanın bulunduğu yeri ihbar etmesi, bildirim üzerine suç ortaklarının veya kaçak eşyanın ele geçirilmesi, bu kapsamda değerlendirilebilir⁶⁷.

Esasen maddenin birinci cümlesindeki diğer failleri ve kaçak eşyanın saklandığı yeri bildirmesi, ikinci cümle düzenlemesi açısından da failin bütünüyle ortaya çıkmasına yardım ve hizmet edici nitelik taşıyabilir. Ancak, ikinci cümle uyarınca, söz konusu etkin pişmanlık eylemleri sayesinde fiilin tüm yönleriyle ortaya çıkarılması yeterlidir, diğer faillerin yakalanması veya kaçak eşyanın ele geçirilmesi koşulu aranmamaktadır. Bu husus, yasa uygulayıcı makamlarca dikkate alınması gereken 5(1). maddenin birinci ve ikinci cümle düzenlemeleri arasındaki önemli farklardan biridir. Maddenin ikinci cümlesine konu etkin pişmanlık eylemi; işlenen suçun tüm unsurları açısından eksiksiz ve doğru bilgi sağlaması ile gerçekleşecektir. Her somut olayda suçun kendine özgü niteliklerine göre, failin etkin pişmanlık eylemi değerlendirilmelidir. İşlenen suç resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonra, yani fail hakkında suç tutanağı tanzimi, arama-elkoyma işlemi, ifade alma veya sorgu gibi bir soruşturma işlemine başlanılmasını müteakip failin etkin pişmanlıkta bulunması beklendiğinden, failin etkin pişmanlık eylemi olmasaydı, olağan soruşturma işlemi olarak resmi makamlarca suçun tüm unsurlarıyla ortaya çıkarılıp çıkarılmayacağı, ölçütü esas alınmalıdır. Sözgelimi, usulüne uygun arama işlemine başlandıktan sonra arama esnasında hazır bulunan failin araç içerisinde kaçak eşyanın yerini söylemesi, bize göre etkin pişmanlık olarak kabul edilmemelidir.

Resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonra fiili bütünüyle ortaya çıkaracak etkin pişmanlık eylemlerinin hangi süreçte yapılabileceği hususunda Kanunda açıklık bulunmama ile birlikte, fail lehine yorumla, hüküm verilmeye kadar geçen sürede yapılabileceğinin kabulü etkin pişmanlık kurumunun amacına uygundur.

3. Zararın Giderilmesine Bağlı Olarak Etkin Pişmanlık

Zararın giderilmesine bağlı olarak etkin pişmanlığı kabul eden 5607 sayılı Kanunun 5(2) maddesi oldukça yakın bir zamanda, 14.04.2020 tarih ve 7247 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir⁶⁸. Önceki etkin pişmanlık düzenlemesinin uygulamada yarattığı sıkıntılar nedeniyle uzun zamandır beklenen bu değişiklik son derece olumludur. 7242 sayılı Kanun değişikliğiyle getirilen yeniliklerden ilki; soruşturma evresinin yanı sıra kovuşturma evresinde de etkin pişmanlığın mümkün kılınmasıdır. Diğer önemli yenilik ise; kaçakçılık suçundan hakkında soruşturma başlatılan kişiye soruşturma evresinde etkin pişmanlıktan faydalanma hakkı olduğunun

⁶³ ÇİLESİZ, s.498; CMK 158(5) madde; resmi makamlara yapılacak ihbarlar için şekil şartı getirmemiştir.

⁶⁴ BABA, s.91.

⁶⁵ Ceza indirimini, verilecek cezanın üçte ikisi oranındadır, bkz: 5607 sayılı Kanun 5(1) madde ikinci cümle.

⁶⁶ bkz: Yargıtay 7. CD, 04.03.2015, E. 2014/8200, K.2015/12196.

⁶⁷ ÇİLESİZ, s.499; ÖZEN, Mustafa: Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s.296; Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 21.11.2013, 2012/27615-2013-23612 esas-karar sayılı ilamında; yakalandıktan sonra diğer sanıkların yakalanması amacıyla bilgi veren sanık hakkında 5607 sayılı Yasanın 5(1)-son maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün uygulanmasına karar vermiştir; Daire, 21.01.2013, E. 2010/4630, K.2013/1726 sayılı ilamında ise; olaya özgü koşullar dikkate alınarak gerekli araştırma yapmak suretiyle 5(1) maddesi hükmünün değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁶⁸ Değişiklik, 15.04.2020 tarihli 31100 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlük kazanmıştır.

Cumhuriyet Savcısı, bu süreçte ihtarın yapılmaması halinde kovuşturma evresinde hakim tarafından hatırlatılmasıdır⁶⁹. Zararın giderilmesine bağlı olarak etkin pişmanlığın koşullarını incelemeyen önce yasal değişikliğe uzanan süreçteki uygulamaya kısaca değinmek yararlı olacaktır.

a) 7242 Sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Uygulama

Değişiklik öncesi düzenlemede, etkin pişmanlığın sadece soruşturma evresine hasredilmesi ve kişiye, etkin pişmanlık bildiriminde bulunulması zorunluluğu olmadığından, zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlık uygulaması uzun süre yasanın amir hükmü uyarınca oluşan içtihat hukuku ile şekillenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve özel daire kararlarında; etkin pişmanlık göstererek zararı ödemek isteyen failin bizzat Cumhuriyet savcılığına başvurması gerektiği, kişinin lehine olan kanun maddesinden yararlanmak için kendisinin bu konuda girişimde bulunması şartının olduğu, Cumhuriyet savcısına kanunda uyarı görevi verilmediği, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının şüpheliye etkin pişmanlığın koşullarının bildirme ve ödenmesi gereken miktarı belirterek ödeme yapıp yapmayacağı hususunu sorma yükümlülüğünün bulunmadığı belirtilmiştir⁷⁰. Bununla birlikte, her olayın kendine özgü değişken koşullarını dikkate alan içtihat mahkemesi, istisnai bazı durumlarda kovuşturma evresinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiştir. İstisnai haller; soruşturma dosyasında KEMT varakasının olmaması nedeniyle sanığın zarar miktarından haberdar olmaması⁷¹, sanığa zarar miktarının yanlış bildirilmesi⁷², soruşturmaya başlanması ile iddianame tanzimi arasında etkin pişmanlık iradesi gösterip zararı karşılayacak makul süre olmaması⁷³ gibi olaya özgü ayrıksı hallere münhasır kılınmıştır.

Yargıtayın olayın özelliklerine göre etkin pişmanlık uygulamasını esneten ve daha hakkaniyete uygun kılan yaklaşımı, bu alandaki uygulama farklılıkları ve tartışmaları önleyememiştir. Soruşturma evresinde kişiye etkin pişmanlık bildirimini yapılsaydı zararın karşılanabileceği, yasal bildirim yapılmadığı için hak kayıpları yaşandığı yönünde çok sayıda yasa yolu başvuru itirazı ile karşılaşmıştır. Hatta, farklı yorumlarla fail lehine olduğu gerekçesiyle kovuşturma aşamasında faile etkin pişmanlık imkanı tanınan uygulamalar ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla, bir yanda yasanın amir hükmü, diğer yanda hakkaniyete uygun esnek uygulama, 5607 sayılı Kanun'un 5(2) maddesi uyarınca verilen kararlarda farklı mahkumiyet hükümleri ve hukuki sonuçları yaratmış, bu konudaki yasal değişikliğe zemin hazırlamıştır.

⁶⁹ 7242 sayılı Kanun ile değişik 5607 sayılı Yasanın 5(2) maddesi.

⁷⁰ YCGK, 24.03.2015, E.2014/7-64, K. 2015/64 sayılı ilamı; Yargıtay 7. CD, 27.03.2013, E. 2012/23829, K.2013/7432 sayılı; 22.06.2015, E. 2014/24268, K.2015/17303 sayılı; 23.03.2016, E.2015/24882, K.2016/4155 sayılı ilamları; Soruşturma aşamasında etkin pişmanlık talebinin bulunmadığı durumlarda, kamu davası açıldıktan sonra ödeme yapıp makbuz ibraz eden sanık hakkında yasal şartların oluşmadığı gerekçesiyle 5607 sayılı Kanunun 5(2) maddesinin uygulanamayacağı yönünde çok sayıda karar verilmiştir, bkz: Yargıtay 7. CD, 24.03.2016, E.2014/25772, K.2016/5508; 22.03.2017, E. 2016/22009, K.2017/2271 sayılı ilamları; aksi yöndeki bir karşı oy yazısında şüphelinin gümrüklenmiş değeri bilmesinin gerçeklerden uzak bir varsayım olduğu, TCK' nun bazı maddelerinde de kovuşturma aşamasında etkin pişmanlığın kabul edildiği, Cumhuriyet savcısının bu hakkı şüpheliye hatırlatmasının zorunlu olduğu savunulmuştur, bkz: Yargıtay 7. CD, 05.10.2011 E. 2008/3962, K.2011/16968 sayılı ilamı muhalefet şerhi; Yargıtay 7. CD, 05.06.2017, E. 2017/11171, K.2014/4894 sayılı kanun yararına bozma incelemesi talepli ilamında ise; Cumhuriyet savcısı tarafından etkin pişmanlık halinin hatırlatılmamasının iddianamenin iadesi nedenleri arasında sayılmadığı, belirtilmiştir. Aynı yöndeki Gaziantep BAM 11. CD, 14.12.2018, E.2018/3987, K.2018/3276 sayılı ilamında; Kanunda Cumhuriyet Savcısına bildirimde bulunma yükümlülüğü öngörülmediğinden, 5607 sayılı Kanunun amir hükmüne göre yorumlamanın gerektiği, ayrıca "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesinin de bu kabulü desteklediği ifade edilmiştir.

⁷¹ Yargıtay 7. CD, 07.03.2013, E.2012/5277, K.2013/5175 sayılı ilamında; soruşturma aşamasında etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanmak istediğine dair beyanda bulunan sanığa dava konusu eşya hakkında kaçak tespit varakası tanzim ettirilip gümrüklenmiş değer bildirilmemesi, dolayısıyla soruşturma aşamasında etkin pişmanlık halini isteyen failin yatıracağı bedeli dosya kapsamından öğrenmesinin mümkün olmaması nedeniyle kovuşturma aşamasında etkin pişmanlığın uygulanabileceği belirtilmiştir.

⁷² Yargıtay 7. CD, 17.04.2017, E.2015/8366, K.2017/2920 sayılı ilamında, soruşturma aşamasında her sanığın sahiplendiği 25 karton kaçak sigara üzerinden hesaplanacak gümrüklenmiş değerinin iki katı üzerinden bildirimde bulunulması gerekirken, ele geçirilen toplam sigara miktarına ait gümrüklenmiş değer iki katının ihtar edilmesi karşısında sanıkların yanıldığı cihetle kovuşturma aşamasında doğru miktarın bildirilerek sonuca göre değerlendirme yapılması gereği vurgulanmıştır.

⁷³ Yargıtay 7. CD, 10.09.2019, E.2019/2677, K.2019/34256 sayılı ilamında kolluk ifadesinde etkin pişmanlıktan faydalanmak istediğini belirten, ancak KEMT varakası iddianame tanziminden makul süre içinde dosyaya girdiği halde ödeme yapma yönünde talep ve müracaata bulunmayan sanık hakkında etkin pişmanlığın kabul edilmemesi yönündeki karara karşı istinaf başvurusunun esastan reddi kararını hukuka uygun bulmuştur. Dolayısıyla, Yüksek mahkeme, makul süre ölçütünü getirerek uygulamayı esnetmiştir. Gaziantep BAM 11. CD, 24.02.2020, E.2019/3243, K.2020/390 sayılı ilamında, sanığın kolluk beyanında etkin pişmanlıktan yararlanmak istediğini belirttiği olayda, KEMT varakası tarihinden 16.04.2018, iddianame tarihinin ise 11.05.2018 olduğu, bu sürenin sanığın ödeme yapmasına elverişli makul süre kabul edilemeyeceği gerekçesiyle kovuşturma aşamasında yapılan ödemeye dayalı etkin pişmanlık uygulanmasını isabetli bulmuştur, aynı yönde bir karar için bkz: Gaziantep BAM 13. CD, 11.03.2020, E. 2019/428, K.2020/514.

Kuşkusuz, 7242 sayılı Kanun değişikliğine uzanan süreçte içtihat hukukunun katkısı yadsınmaz. Etkin pişmanlıkta yeknesak uygulamaya doğru geçişte önemli bir gelişme; içtihat hukukunda adil yargılanma hakkının unsuru olan “hakların öğretilmesi yükümlülüğü”⁷⁴ kapsamında kişiye suça konu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı tutarındaki zararı ödemesi halinin tüm sonuçlarıyla birlikte bildirilmesi gerektiği yönündeki kabuldür⁷⁵. Bu ortamda yürürlüğe giren, 7242 sayılı Kanun; zararın karşılanması esasına dayalı etkin pişmanlık kurumunu uygulamaya yansıyan sorunlar ve içtihat hukuku doğrultusunda açık bir düzenlemeye kavuşturmuş, yeknesak ve etkin uygulamanın önünü açmıştır.

b) 7242 sayılı Kanun Değişikliği Sonrası Dönem

Çalışmanın bu Bölümünde, adeta bir dönüm noktası niteliğindeki 7242 sayılı Kanun değişikliği ile yeniden belirlenen 5607 sayılı Yasanın 5(2) maddesi koşulları ile yasa değişikliğinin uygulamaya yansımaları incelenerek, olası uygulama hatalarını önleyici değerlendirmeler yapılacaktır. Koşulları irdelemeden önce, yasa değişikliği sonrası dönemde de madde uygulamasında etkin pişmanlıktan muaf tutulan hallerin aynen korunduğu belirtilmelidir.

Zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlık düzenlemesinde Yasanın 3(7). maddesinde tanımlanan ithali kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeye sokma veya bu nitelikte eşyayı bilerek satmak, satışa arz etmek, taşımak, saklamak, satın almak eylemi; etkin pişmanlık düzenlemesinden muaftır⁷⁶. Gümrük kaçakçılığı suçları, devletin egemenlik hakkının ihlali ile birlikte vergilendirme hakkı ve mali yararlarını ihlal ettiğinden kanun koyucunun 5607 sayılı Kanunun 3(7) maddesinde tanımlı eylemi, etkin pişmanlık düzenlemesinden ayırık tutması, olağandır⁷⁷. Kamu yararının korunması önceliğinden hareketle suçun özelliği ve ihlal ettiği hukuki değer özelliğine göre etkin pişmanlığın düzenlenmesi ve kapsamının belirlenmesi, kanun koyucunun takdir yetkisi dahilindedir⁷⁸.

Zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlığın kabul edilmediği bir hal de; suçun bir örgütün faaliyeti kapsamında işlenmesidir⁷⁹. Kanun koyucu, sadece örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçları saydığı için, örgütlü suç olarak işlenmeye kaydıyla toplu ya da iştirak halinde işlenen suçlarda etkin pişmanlığın uygulanmasına engel yoktur⁸⁰. Bireysel suçlarda da, zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlık olanaklıdır.

Zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlıktan muaf tutulan son istisna ise; failin kaçakçılık suçundan mükerrir olmasıdır⁸¹. Kanun koyucu, ilk defa kaçakçılık suçu işleyenlere, suçtan sonra

⁷⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı kapsamında; yasayla kurulmuş tarafsız ve bağımsız bir mahkemede makul sürede aleni olarak davaların görülmesi, kararların aleni verilmesi, suçluluk yasal olarak sabit olana dek masum sayılma ilkesi, kendisine suçlama yöneltilen kimseye suçlanmanın niteliğinin ve sebebinin anlayacağı dilde ifade edilmesi, savunma hakkı, müdafî yardımından faydalanma, iddia ve savunma tanıklarının aynı koşullarla dinlenilmesi, gereken her durumda tercüman yardımından yararlanma ilkeleri düzenlenmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz: MOLE, Nuala/HARBY, Catharina: Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, 3 (1), Baskı, Council of Europe, 2001.

⁷⁵ Yargıtay 7. CD, 17.02.2020, E. 2020/1, K.2020/2524 sayılı ilamında, soruşturma evresinde adil yargılama hakkı ve hakların öğretilmesi yükümlülüğü kapsamında usulüne uygun olarak bildirim yapılmadığı nedeniyle bozma kararı vermiştir. Yargıtay 19. CD, 24.02.2020, E.2019/10981, K.2020/1858; 24.02.2020, E. 2019/11145, K.2020/1859 sayılı ilamlarında ise; adil yargılanma hakkı kapsamında hakların öğretilmesi yükümlülüğü uyarınca usulüne uygun bildirim soruşturma ve kovuşturma aşamalarında yapılması gerektiği belirtilerek yasal düzenlemeden önce zararın giderilmesine dair etkin pişmanlığın uygulama alanı genişletilmiştir. Aynı yönde Bölge Adliye Mahkemesi kararı için bkz: Gaziantep BAM 12. CD, 11.03.2020, E. 2018/3272, K. 20/437.

⁷⁶ Genel düzenleyici idari işlemlerle ithali yasaklanan eşya madde kapsamında değildir, ÇİLESİZ, s.332; bkz: Yargıtay 7. CD, 08.10.2007, E. 2007/6946, K. 2007/6855 sayılı, 13.02.2013, E. 2010/14617, K. 2013/3426 sayılı ilamları; 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun gibi özel kanunlarla ithali yasak eşyanın yurda sokulması fiili suç olarak düzenlenmişse, söz konusu Kanunlar, 5607 sayılı Kanuna göre özel kanun olduğundan, ilgili kanun hükümleri uygulanacaktır.

⁷⁷ Yargıtay 19. CD, 03.03.2020, E. 2019/7355, K.2020/2316.

⁷⁸ AYM, 14.01.2015, E. 2014/127, K.2015/5.

⁷⁹ 7242 sayılı Kanun ile getirilen 5607 sayılı Kanun 5(3) madde; 7242 sayılı Kanun değişikliğinden önce, 5(2) maddesi kapsamında düzenlenmiş idi.

⁸⁰ ÇİLESİZ, s.500; 5607 sayılı Kanunun 4(2) maddesinde; kaçakçılık suçlarının üç ya da daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hali cezada artırım nedeni sayılmıştır, madde kapsamındaki üç veya daha fazla kişinin bir araya gelmesi, örgüt niteliğine ulaşmayan birlikte suç işleme halidir. Birlikte suç işleme iradesi, kaçak eşyayı taşıyan, satan, satışa arz eden, saklayan kişiler aynı ise her bir tarafta en az 3 kişinin anlaşarak suç işlemleri halini ifade eder, bkz: Yargıtay 7. CD, 08.05.2014, E.2013/17470, K.2014/8786 sayılı ilamı. Örgütlü işleme koşulunun gerçekleşmesi halinde ise; 5607 sayılı Kanunun 4 (1) maddesi uyarınca, örgüt suçundan ayrı, kaçakçılık suçundan ayrı ceza verilerek ceza artırımına gidilmelidir.

⁸¹ Tekerrür, bir güvenlik tedbiri türüdür. TCK 58(1) maddesine göre; önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suç işlenmesi halinde tekerrür uygulanır, bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez; bkz: Yargıtay 7. CD, 06.12.2018, E. 2018/18050, K.2018/14298 sayılı ilamı. Tekerrür halinde hükmolunan ceza mükerrirlere özgü infaz rejimi hükümlerine göre çektirilir, ayrıca mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır, bkz: TCK

pişmanlık göstererek eylemlerinin zararlı sonuçların hafifletmeleri karşılığında etkin pişmanlıktan faydalanma imkanı sunmakta, ceza indirimini ile failin hukuki durumunu iyileştirmektedir. Aksi hal suç işlenmesini teşvik edeceği gibi, etkin pişmanlığın amacı bağdaşmayacaktır. Bize göre de; kaçakçılık suçundan mükerrir olanlar istisna tutularak ilk kez kaçakçılık suçu işlemiş olanlara bu olanağın tanınması ceza adaletini sağlayıcı, kişiyi toplumla birleştirici, modern ceza hukukuna uygun bir yaklaşımdır. Diğer yandan, 5607 sayılı Kanunun 5(2) maddesi açısından kaçakçılık suçundan mükerrir olanların hukuki durumunun değerlendirilmesinde çok dikkatli davranılmalıdır. UYAP kayıtlarından kişinin güncel sabıka kaydı çıkarılarak bu sabıka kaydında yer alan önceki kaçakçılık suçlarına dair kesinleşmiş mahkumiyet ilamları mutlaka incelenerek tekerrür koşullarının oluşup oluşmadığı araştırılmalı, sonuca göre uygulama yapılmalıdır⁸². Bu bağlamda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararlarda yer alan mahkumiyetlerin kesinleşmiş hüküm niteliğinde olmadığı⁸³ ya da sabıka kaydındaki kesinleşmiş mahkumiyetin af gibi bir nedenle ortadan kalkıp kalkmadığına dikkat edilmelidir.

Zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlıktan muaf tutulan halleri inceledikten sonra, koşullarını incelediğimizde yine önkoşul; 5607 sayılı Kanunda tanımlanan tüm unsurlarıyla tamamlanmış bir kaçakçılık suçunun işlenmesidir⁸⁴. Sağlanması gereken diğer zorunluluk ise; zararın karşılanmasıdır⁸⁵. Zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlıkta, karşılanılacak zarar, söz konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin⁸⁶ iki katıdır. Bu miktar devlet hazinesine ödenerek soruşturma veya kovuşturma dosyasına ödeme belgesi girmelidir. Gümrüklenmiş değer, kaçak eşyaya mahsus tespit varakasında ilgili gümrük idaresi tarafından gümrük vergileri ve diğer eş etkili vergilerle birlikte kayıt altına alınmaktadır⁸⁷.

Yasa uygulayıcı makamların zarar miktarını doğru belirlemesi büyük önem taşımaktadır. Tespit edilen gümrüklenmiş değere itiraz varsa veya soruşturma ya da kovuşturma aşamasında yasa uygulayıcı makam gerek duyarsa, bilirkişi incelemesi ile gümrüklenmiş değeri yeniden tespit ettirebilir, bu durumda daha önce bildirilmiş olsa dahi hükme esas alınacak gümrüklenmiş değer ilgiliye bildirilerek etkin pişmanlık tüm hukuki sonuçları ile birlikte tekrar hatırlatılmalıdır⁸⁸. Zincirleme suç⁸⁹ uygulaması yapılan hallerde zincirleme suça konu kaçakçılık eylemlerine konu suç eşyalarının toplam gümrüklenmiş değeri esas alınarak etkin pişmanlık bildirimini yapılmalıdır. Bu nedenle Ulusal Yargı Ağı Portalı (UYAP) kayıtlarındaki ilgili hakkındaki tüm kaçakçılık

58(2) ve (6) maddeler; TCK 58(2), maddedeki sürelerin dolması nedeniyle tekerrür uygulanmayan hallerde ya da Adli Sicil Kanunu 13(A) maddesi uyarınca yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesi uygulandığında kişi mükerrir sayılmayacaktır.

⁸² Tekerrür koşullarının incelendiği ve tekerrüre esas alınan mahkumiyete konu suçun kaçakçılık suçu olmaması nedeniyle etkin pişmanlığa engel teşkil etmediği yönünde bir karar için bkz: Gaziantep BAM 11. CD, 17.01.2019, E. 2018/2223, K.2019/40.

⁸³ Sanığın adli sicil kaydındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın tekerrüre esas alınabilecek hüküm niteliğinde olmadığı yönünde çok sayıda içtihat hukuku bulunmaktadır, bkz: YCGK, 21.01.2020, E.2016/12-1160-K. 2020/19.

⁸⁴ 5607 sayılı Kanun 3(1), (2), (3), (4), (5), (6), (8), (9), (11), (12), (13), (14), (15) (16), (17), (18) ve (20) maddelerinde kaçakçılık suçları tanımlanmış olup, 3(7) maddesindeki suç, 5(2) madde uygulamasından istisna tutulmuştur.

⁸⁵ 7242 sayılı Kanunun 62. maddesi ile değişik 5607 sayılı Kanunun 5(2) maddesi uyarınca; suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değerinin iki katı kadar para soruşturma evresi sona erinceye kadar devlet hazinesine ödendiği takdirde 5607 sayılı Kanunda tanımlanan kaçakçılık suçlarından verilecek ceza; yarı oranında, kovuşturma evresinde hüküm verinceye kadar ödenmesi halinde üçte bir oranında indirilecektir. Maddenin değişiklikten önceki halinde etkin pişmanlığın sadece soruşturma aşamasına hasredilmesinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle yapılan iptal başvurusunda; AYM, 14.01.2015, E. 2014/127, K. 2015/5 sayılı kararında; farklı veya benzer suç tipleri için etkin pişmanlığın kapsamının belirlenmesinin ve uygulama alanının daraltılması veya genişletilmesinin kanun koyucunun takdirinde olduğu, bu durumun etkin pişmanlığın özelliği ve bu kurumdan sağlanan hukuki yarar ile ilgili olduğu belirtilerek söz konusu düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı gerekçesiyle başvurunun reddine karar vermiştir.

⁸⁵ 7242 sayılı Kanun ile değişik 5607 sayılı Yasanın 5 (2) maddesi

⁸⁶ 5607 sayılı Kanun 2(1) (b) maddeye göre; gümrüklenmiş değer; uluslararası kıymet sözleşmesine göre belirlenecek ithal eşyası için eşyanın, CIF kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ihrac eşyası için ise FOB kıymeti ile gümrük vergilerini ifade eder. Tanımda geçen, CIF (*Mal Bedeli, Sigorta ve Navlun-Cost Insurance and Freight*) kıymet; FOB (*Gemide Masrafsız, Free on Board*) kıymet üzerine, Türkiye'de bulunan giriş limanı ve yerine kadar yapılan nakliye ve sigorta masraflarının ilavesi ile oluşan kıymeti, FOB; değer ise; eşya için fiilen ödenen veya ödenecek ya da ödenebilecek bedeli ifade eder, bkz: 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa göre Kaçak Eşya Yakalanması Halinde Muhbir ve El Koyanlara İkraniye Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik 4(c) ve (d) madde (30.10.2007 tarih, 26685 sayılı Resmi Gazete)

⁸⁷ Mülga 1918 sayılı Kanunda gümrük idaresine gümrüklenmiş değeri hesaplama konusunda görev verilmiş idi. 5607 sayılı Kanunda bu yönde düzenleme bulunmamaktadır.

⁸⁸ Etkin pişmanlık halinde suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değeri olan karşılanacak zarar miktarı ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulları arasındaki suçun işlenmesinden doğan kamu zararı farklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında esas alınacak kamu zararı, eşyanın ithali için alınması gereken gümrük vergileri ve diğer eş etkili vergiler ile mali yükler toplam tutarıdır. bkz: Yargıtay 7. CD, 19.02.2020, E. 2016/6310, K.2020/2564; 25.02.2020, E. 2016/8475, K.2020/2887 sayılı ilamları.

⁸⁹ TCK 43. madde.

suçları incelenerek, henüz hukuki kesinti⁹⁰ gerçekleşmeden işlenen ve zincirleme suç koşulu⁹¹ oluşan dosyalarda CMK 8-11 maddeleri uyarınca, birleştirme⁹² yapılarak, ceza sorumluluğu tayin edilmelidir. Birden çok sanıklı birleşen dosyalarda; her bir sanığın işlemiş olduğu kaçakçılık suçuna konu eşya farklı ise sadece sanığın sorumlu tutulduğu suç konusu eşyanın gümrüklenmiş değeri esas alınarak, usulüne uygun bildirim sonucuna göre etkin pişmanlık uygulaması yapılmalıdır. Farklı yerlerde gerçekleşen kaçakçılık eylemleri yönünden de koşulları olduğu takdirde zincirleme suç uygulaması yapılarak, etkin pişmanlık maddesinin uygulanması mümkündür.

Zararın giderilmesine bağlı etkin pişmanlıkta son koşul; tıpkı suçun ortaya çıkarılmasındaki etkin pişmanlık halinde olduğu gibi, failin bireysel ve iradi eylemidir. Etkin pişmanlık hali kişinin iç dünyasından kaynaklanan pişmanlık iradesini yansıtmaktadır⁹³. Dolayısıyla, aynı suç işleme iradesiyle hareket eden birden fazla kişi tarafından işlenen çok sanıklı suçlarda, 5607 sayılı Kanunun 5(2) maddesindeki etkin pişmanlık düzenlemesinden sadece usulüne uygun ödeme yapanlar yani etkin olarak pişmanlığı gösterenler faydalanacaktır⁹⁴.

7242 sayılı Kanun değişikliğinin en önemli yeniliklerinden biri de; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise; hakim tarafından etkin pişmanlık ihtarının yapılmasının getirilmesidir. Kanuna göre, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, şüpheliye etkin pişmanlık bildiriminde bulunmalıdır. Bu husus, soruşturmada yerine getirilmezse kovuşturma evresinde hakim tarafından yerine getirilecektir. Böylece, Çalışmanın önceki bölümlerinde irdelenen 7242 sayılı yasal değişikliğe uzanan süreçteki değişik hukuki görüşler dikkate alınarak tartışılmalı alan çözüme kavuşturulmuştur⁹⁵. Kanun koyucunun, olası yeni ihtilafların önüne geçerek soruşturma aşamasında yapılmayan bildirim, kovuşturma aşamasında imkan tanınması ve bildirim yapacak yasa uygulayıcı makamları açıkça belirtmesi bize göre isabetlidir.

Yasal değişiklik ile kanuni bir zorunluluk olarak düzenlenen etkin pişmanlık bildirimini tam anlamıyla eksiksiz yerine getirilmelidir. Bunun için soruşturma evresinde, Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hakim tarafından yapılacak etkin pişmanlık ihtarında; kişiye; etkin pişmanlık hakkı olduğunun ve etkin pişmanlık koşullarının, etkin pişmanlık için ödenmesi gereken miktarın, etkin pişmanlıkla bulunmanın hukuki sonuçlarının, sözlü olarak açıklanarak, sayılan tüm hususların yazılı olarak tutanak altına alınması gerekmektedir. Ayrıca, kişiye etkin pişmanlık ödemesini yapabileceği makul süre⁹⁶ tanınmalı, bu husus tutanakta ayrıca yer almalıdır. Aksi hal, soruşturma veya kovuşturma evresinin uzamasına yol açacağından makul süre bize göre gereklidir. İddianame tanziminden veya kovuşturma aşamasında nihai hüküm verilmeden önce mutlaka ödeme için tanınan makul süre beklenmeli, hatta kişiye tanınan makul süreden sonra ancak hüküm verinceye kadar olan sürede yapılan ödeme halinde de etkin pişmanlık kabul edilmelidir.

⁹⁰ Hukuki kesinti CMK 170. maddesi uyarınca iddianame düzenlenmesiyle gerçekleşir. Yargıtay 7. CD, 11.02.2020, E.2019/192, K.2020/2519; 09.03.2020, E. 2016/10130, K.2020/3512 sayılı ilamlarında da belirtildiği gibi, işledikleri suçtan dolayı henüz haklarında iddianame düzenlenmeden yani hukuki kesinti oluşmadan aynı suç işleme kararıyla yeniden kaçakçılık suçunu işleyenler hakkında TCK 43. madde hükümleri uygulanması gerekirken, her bir eylem ayrı suç kabul edilerek fazla ceza tayini hukuka aykırıdır.

⁹¹ Failin iç dünyasını ilgilendiren, aynı suç işleme kararı; her olayın özelliğine göre, suçun işleniş biçimi ve özellikleri, işlendiği yer, fiiller arasında geçen süre, hareketin yöneldiği maddi konunun niteliği, olayların oluş ve gelişimi ile dış dünyayı yansıyan diğer tüm özellikler gibi tüm öğeler, bir arada değerlendirilerek belirlenmelidir, YCGK, 16.05.2017, E. 2015/398, K.2017/272 sayılı ilam.

⁹² Bkz: CMK 8. ve 11.maddeler.

⁹³ Yargıtay 7. CD, 17.02.2020, E. 2019/8397, K.2020/2543.

⁹⁴ Yargıtay 7. CD, 18.12.2019, E. 2017/10255, K. 2019/39651.

⁹⁵ 7242 Sayılı Kanun değişikliği öncesinde verilen YCGK, 19.12.2019, E.2019/19-178, K.2019/711 sayılı ilamında, konu ayrıntılı olarak tartışıldıktan sonra, sonuç olarak 5607 sayılı Kanunun 5(2) maddesinin amir hükmü gereği, etkin pişmanlığın sadece soruşturma aşamasında uygulanabileceği bu konuda Cumhuriyet Savcısının zarar miktarını bildirerek ihtar yapması zorunluluğu olmadığı yönündeki içtihat hukukunu yinelenmiştir. Etkin pişmanlık hükmünün ceza düzenleyen norm olmadığı için kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağı ilkesinden muaf olduğu, teknik bir konu olan gümrük kaçakçılığı suçlarında sanıkların gümrüklenmiş değeri bildirim yapılmadan bilmelerinin mümkün olmadığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (6)(3)(a) maddesi uyarınca etkin pişmanlık hakkından kişinin faydalanabilmesi için koşulların bildirilmesi gerektiği, adil yargılama ilkesi uyarınca kişiye tüm haklarının öğretilmesi yükümlülüğü bulunduğu, bu kapsamda da adli makamlar tarafından etkin pişmanlık bildirimini yapılması yönünde ayrıntılı muhalefet görüşü için bkz: YCGK, E. 2019/19-178, K. 2019/711 sayılı ilamı, Yargıtay 19. CD, 26.02.2019, E. 2019/1586, K. 2019/4829 sayılı ilamı.

⁹⁶ Makul süre, yasa uygulayıcı makam tarafından her dosyanın özelliği, etkin pişmanlık için ödenmesi gereken miktar, kişinin sosyo-ekonomik durumu ve ödeme yapacağı süre konusundaki talebi veya isteği de değerlendirilerek belirlenmeli, kişinin ödeme yapmasını zorlaştırıcı ya da muhakemeyi geciktirici nitelikte olmamasına dikkat edilmelidir.

Uygulamada, kaçakçılık suçu işleyenlerin “suçtan dolayı pişmanlık” duyulmasına dair beyan ile “etkin pişmanlıktan faydalanmak istenildiğine” dair beyanın hukuki sonuçlarının farkında olmadığı, çoğu kez, pişman olduklarını belirttikleri halde kendilerine etkin pişmanlık olanağı tanınmadığı gerekçesiyle kanun yoluna başvurdukları, hatta bu aşamada ödeme yaparak makbuz sundukları, ancak ödeme, soruşturma aşamasında gerçekleşmediğinden çok az sayıda dosyada 5/2 maddesinin uygulanabildiği, dikkate alındığında, 7242 sayılı Kanun değişikliğinin bu alanda olumlu katkı sağlayacağı açıktır.

Bu bağlamda, zararın soruşturma ve kovuşturma aşamasında giderilmesine bağlı olarak, sırasıyla yarı veya üçte bir oranda aşamalı ceza indirimine gidilmesi de isabetlidir. Bununla birlikte; soruşturma evresinde etkin pişmanlık bildirimini yapılmaması halinde kovuşturma evresinde hakim tarafından yapılacak ihtar sonucu, etkin pişmanlıkta bulunulan hallerde hangi oranda ceza indirimine gidileceği Kanunda açık değildir. Bize göre, bu durumun, soruşturma aşamasında yapılması gereken ama yapılmayan bir hukuki işlemin telafisi niteliğinde düşünülerek, bu halde de koşulları oluştuğu takdirde, etkin pişmanlık soruşturma aşamasında yapılmış gibi kabul edilerek, ceza indiriminin yarı oranda uygulanması isabetli olacaktır.

IV. SONUÇ

Bünyesinde etkin pişmanlık hükmü içeren özel ceza kanunlarından olan 5607 sayılı Kanun kapsamındaki kaçakçılık suçları, Kanunun üçüncü maddesinde sınırlı sayım ilkesi ile belirtilmiş, beşinci maddede ise; failin suçun işlenmesindeki katkısına veya suçtan kaynaklanan zararı gidermesine bağlı olarak etkin pişmanlığa imkan tanınmıştır. Etkin pişmanlık uygulaması, hiç kuşkusuz, eylemin hukuka aykırılığını etkilememekte, etkin pişmanlık uygulaması yapılan hallerde ayrıca güvenlik tedbiri ve/veya müsadere kararı verilmesi mümkün olmaktadır. 5607 sayılı Kanunda düzenlenen etkin pişmanlık, koşullara bağlı olarak cezayı ortadan kaldıran veya cezadan indirim sağlayan kişisel neden olarak hukuki sonuç doğurmaktadır. Kanun kapsamındaki etkin pişmanlık düzenlemeleri ortak bileşenlerinin yanı sıra, kendi içerisinde farklılaşan çok sayıda unsur ve koşulları ihtiva ettiğinden, her somut olayda etkin pişmanlığın yasal gerekliliklerinin karşılanıp karşılanmadığı son derece kapsamlı değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Özellikle failden kaynaklı nedenlerin özenle irdelenerek pişmanlık iradesinin bulunup bulunmadığının tespiti önem taşımaktadır. Bu bağlamda, failin iradesi ile suçun tamamlanmadığı hallerde etkin pişmanlık uygulanamayacak ise de; teşebbüs halinde kalan kaçakçılık suçlarının tamamlanmış suç kabul edileceğine dair düzenleme de dikkate alınarak hukuki durumun gönüllü vazgeçme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Etkin pişmanlık için; kaçakçılık suçunun tamamlanmış olması, süresi içerisinde kanunda öngörülen etkin pişmanlık eyleminin failin samimi pişmanlık iradesiyle yapılması koşulları birlikte gerçekleşmelidir. Uygulamada karşılaşılan hatalardan biri; soruşturma veya kovuşturma evresinde suçtan pişmanlık duyulduğuna dair beyanın etkin pişmanlık beyanı olarak değerlendirilmesidir. Suçtan pişmanlık duyulmasına dair beyanın ceza tayininde takdiri indirim nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda ölçüt olabileceği unutulmamalıdır. Diğer yandan, etkin pişmanlığın 5607 sayılı Kanunda öngörüldüğü şekliyle; ‘suçun resmi makamlar tarafından haber alınmasından önceki süre’, ‘resmi makamlar tarafından haber alındıktan sonra hüküm verilmeye kadar olan süre’, ‘soruşturma evresi’, ‘kovuşturma evresi’ süreçleri içerisinde yapıp yapılmadığına da dikkat edilmelidir.

Suçun işlenmesindeki katkıya bağlı etkin pişmanlıkta; yasa uygulayıcı makamlar, her somut olaya özgü koşullara göre olayın aydınlatılmasında failin katkısı, kaçakçılık suçunun iştirak halinde işlenip işlenmediği ve sadece iştirak halinde hareket edip etkin pişmanlıkta bulunan failin düzenlemeden yararlanabileceği hususlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini özenle değerlendirmelidir. Gümrüklenmiş değer iki katının ödenmesine bağlı etkin pişmanlık düzenlemesinde ise; gümrüklenmiş değer doğru hesaplanmalı, rapor veya belgeler arasındaki farklılıklarda sanık lehine olan esas alınarak bildirim yapılmalı, değere ilişkin itirazlar mutlaka çözümlenmelidir. Birleşen dosyalarda ve müteselsil suçun kabul edildiği hallerde, her bir dosyadaki kaçakçılığa konu eşyanın gümrüklenmiş değerinin toplamına göre etkin pişmanlık bildirimini yapılmalıdır. Bu bağlamda, kaçakçılık suçundan mükerrir olanlar veya kaçakçılık suçunu örgüt faaliyeti çerçevesinde işleyenler bedelin ödenmesine bağlı etkin pişmanlıktan yararlanamayacağından, bu hususlar da araştırılmalıdır.

7242 sayılı Kanun değişikliği ile gümrüklenmiş değer iki katının ödenmesine bağlı etkin pişmanlık uygulamasına açıklık kazandırılarak soruşturma veya kovuşturma aşamasında etkin

pişmanlığa imkan tanınması, ayrıca yasa uygulayıcı makamlara etkin pişmanlığın tüm sonuçlarını eksiksiz olarak kişiye bildirme yükümlülüğü getirilmesi, son derece isabetlidir. Değişikliğin, adil yargılanma hakkı kapsamında hakların öğretilmesi yükümlülüğünün yasal güvence altına alınması ve uygulama farklılıklarının önüne geçilerek yeknesaklık sağlanması açısından olumlu katkılar sağlayacağı açıktır. Bu açıdan, etkin pişmanlık bildiriminde ödeme için makul bir süre tanınması ve mutlaka bu süre beklenerek hukuki durumun belirlenmesi gereğine uyulması da, kanun değişikliğinin olumlu katkılarına pekiştirecektir. Bu bağlamda, tanınan süre geçtikten sonra, hüküm verinceye dek yapılan usulüne uygun ödeme de, etkin pişmanlık için kabul edilmelidir. Bu konuda son önerimiz ise; soruşturma evresinde yapılmaması nedeniyle kovuşturma evresinde yapılacak ihtar sonucu, etkin pişmanlıkta bulunulan hallerde, etkin pişmanlığın soruşturma aşamasında yapılmış gibi kabulü ile ceza indiriminin soruşturma evresi için öngörülen oranda uygulanmasıdır.

Değerlendirmelerin ışığında; 5607 sayılı Kanun kapsamında etkin pişmanlık kurumunun, uluslararası ilkeler, Türk ceza hukuku uygulaması ve ekonomik suçla korunan hukuki değerle uyumlu yapıda, kaçakçılık suçu faillerini topluma kazandırarak rehabilite edici, birey, toplum ve devlet menfaatlerini dengeleyici özellik taşıdığı görülmektedir. Uygulamada yaşanan sıkıntılar dikkate alınarak yapılan 7242 sayılı Kanun değişikliği ile etkin pişmanlığın uluslararası yargılama ilkeleriyle uyumunun sağlanması ve Kanun değişikliğinin yakın zamanda görülecek olumlu yansımaları, bu özelliği daha da pekiştirecektir. Kuşkusuz, her zaman olduğu gibi, yasa uygulayıcı makamların, düzenlemenin yorumu ve değerlendirmesindeki özen ve hassasiyetinin önemi yadsınmaz.

KAYNAKÇA

- AKTAŞ, Burhanettin: “Gümrük İşlemlerine Tabi Tutmadan Ülkeye Eşya Sokma Suçu Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (121) 2015.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- BABA, Yasemin: “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2011, www.tez.yok.tr, (Erişim tarihi: 25.04.2020).
- BAYRAKLI, Hasan, Hüseyin: “Vergi Kaçakçılık Suçlarında Gönüllü Vazgeçme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (7)27, 2016.
- ÇILDIR, Şentürk/DENİZHAN, H., Açıklamalı İçtihatlı (6455 ve 6545 Sayılı Yasalarla Değişik 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2015.
- ÇİLESİZ, Seyfettin: 6455 ve 6545 sayılı Kanunlarla Değişik 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Açıklaması, 4. baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- ÇINAR, Çağatay: “Türkiye’de 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Çerçevesinde Kaçakçılık Suçları ve Kabahatleri”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2008, www. tez.yok.tr, (Erişim tarihi: 01.05.2020).
- ERGIN, Yusuf: “5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Kapsamında Kaçakçılık Suçları”, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, www.tez.yok.tr, (Erişim tarihi: 25.05.2020).
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- GEDİK, Doğan: ‘5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık’, Terazi Hukuk Dergisi, 14(159) 2019.
- GERÇEKER, Hasan: Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cantekin Matbaacılık, 2011.
- GÖDEKLİ, Mehmet: “Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7(29), 2017.
- KARAKAŞ, Birsen: 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Uygulamalı ve İçtihatlı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- KAYIHAN, İçel: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- MOLE, Nuala/HARBY, Catharina: Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları Kitapçıkları, 3(1), 1.baskı, Council of Europe, 2001.
- ÖZEN, Mustafa: Kaçakçılık Kanununda Düzenlenen Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- ÖZER, İbrahim: “Türk Ceza Hukukunda Etkin Pişmanlık, Yüksek Lisans Tezi Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, www.tez.yok.tr, (Erişim tarihi: 28.04.2020).
- YALVAÇ, Gürsel: Gerekçeli Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar, Adalet Yayınevi, 2010.
- ÜMİT, Ceyda: “Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasında Doğan Ceza Sorumluluğu,” Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 8(32), 2017.

**ULUSLARARASI HUKUK SAVAŞ HALİNDE: TRUMP YÖNETİMİNİN
ULUSLARARASI HUKUK YAKLAŞIMI ÜZERİNE BİR İNCELEME**INTERNATIONAL LAW IS AT WAR:
A STUDY OF THE TRUMP ADMINISTRATION'S APPROACH TO INTERNATIONAL LAWŞahin Eray KIRDIM*  <https://doi.org/10.21492/inuhfd.795535> **Makale Bilgi**Gönderi: 15/09/2020
Kabul : 19/03/2021**Anahtar Kelimeler***ABD Başkanı,
Donald Trump,
İzolasyonizm,
Uluslararası Hukuk,
İnsan Hakları Hukuku.***Article Info**Received: 15/09/2020
Accepted: 19/03/2021**Keywords***US President,
Donald Trump,
Isolationism,
International Law,
Human Rights Law.***Özet**

Donald Trump, ABD başkanı olarak görev yaptığı ile gündün son güne kadar sansasyonel açıklamaları ve düzen karşıtı tutumu ile dikkat çekmiştir. Bu düzen karşıtı tutum sadece kendi ülkesi ile sınırlı kalmamış, aynı zamanda uluslararası ilişkiler ve hukukun yerleşik pratik ve kurallarına savaş açacak bir noktaya varmıştır. “Önce Amerika” sloganında hayat bulan Amerikanizm, Trump yönetiminin politikaları ile çok taraflılık karşısında güçlü bir zemin kazanmıştır. Bu çalışmada, Trump yönetiminin uluslararası hukuk sistemine yönelik düzen karşıtı eylemleri ele alınmaktadır. Bu itibarla çalışma iki ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, Trump yönetiminin ABD'nin menfaatlerine uymayan antlaşmalardan veya örgütlerden rahatlıkla çekilebildiği, çekilme tehdidi ile kendi lehine düzenlemeleri zorunlu kıldığı, bu örgütlere yaptığı finansal katkıları bir silah olarak kullandığı ve uluslararası katılım ve “soft law” araçlarını kendi menfaatine aykırı olan her durumda reddettiği örneklerle gösterilmektedir. İkinci bölümde ise, Trump yönetiminin uluslararası hukukun temel kurallarından bazılarını doğrudan ihlal ettiği, ihlal edilmesine göz yumduğu ve uluslararası kurumlara yönelik söylem ve eylem düzeyinde saldırılar gerçekleştirdiği örneklerle ele alınmaktadır. Çalışmada üç temel iddia ileri sürülmektedir. Birincisi, Trump yönetimi, uluslararası hukukun temel ilkelerini ihlal etmekle ABD'nin üzerine kurulu olduğu çok taraflılık ve enternasyonalizm düşüncelerine ciddi şekilde zarar vermiştir. İkincisi, Trump'ın yaklaşımı modern uluslararası hukukun temelini oluşturan evrensel haklara değil, kendi ulusal çıkarlarına dayanmaktadır. Üçüncüsü, Trump yönetimi ABD'nin çıkarları gerektirdiğinde sadece uluslararası hukuku ihlal etmekle kalmayıp, uluslararası hukuka ve kurumlarına meydan okuyarak onu zayıflatmaktadır.

Abstract

Donald Trump attracted attention with his sensational statements and anti-establishment attitude during his tenure as president of the United States. This anti-establishment attitude was not limited to its own country, but also reached a point where it would wage war on the established practices and rules of international relations and law. Americanism, which comes to life in the slogan of “America First”, has gained a strong ground against multilateralism with the policies of the Trump administration. In this study, the anti-establishment actions of the Trump administration against the international legal system are discussed. In this respect, the study is divided into two main parts. In the first one, it is shown with examples that the Trump administration easily withdrew from international agreements and organizations that apparently did not comply with the interests of the U.S., it mandated arrangements in its favor with the threat of withdrawal, it used its financial contributions to international organizations as a weapon, and it refused international participation and “soft law” tools in any situation which was against its interests. In the second part, it is also shown with examples that the Trump administration either directly violated some of the basic rules of international law or condoned the violation of them and carried out attacks on international institutions at the level of rhetoric and action. Three main claims are made in the study. First, by violating the fundamental principles of international law, the Trump administration has seriously damaged the US's notions of multilateralism and internationalism. Second, Trump's approach was based on his own national interests, not the universal rights that form the basis of modern international law. Third, the Trump administration not only violated international law, but weakened it by challenging international legal norms and institutions when U.S. interests demanded so.

I. GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) 45'inci başkanı olarak Ocak 2017'de oval ofise yerleşen Donald Trump, görev süresi boyunca izlediği politikalar, yaptığı açıklamalar ve attığı Tweetler ile gündemde kalmayı başarmıştır. Popülizm, siyasete iş benzeri yaklaşım ve düzen karşıtı tutum olarak özetlenebilecek "Trumpizm" temelli politikalar¹, içerde olduğu kadar uluslararası alanda da Trump'ı tartışmalı bir lider haline getirmiştir. Trump'ı tartışmalı bir pozisyona getiren önemli bir neden de modern uluslararası hukuk rejimine ardı ardına gerçekleştirdiği bilinçli ve bilinçsiz salvolar olmuştur.

Donald Trump'a ait olan şu sözler, "insan yedisinde ne ise yetmişinde de odur" sözünü haklı çıkarır cinstendir:

"Çocukken oyun odamızda bloklarla bir bina yapıyordum. Yeterince bloğa sahip değildim. Ben de küçük kardeşim Robert'a onun bloklarından bir kısmını ödünç alabilir miyim diye sordum. 'Tamam, ama işin bitince onları geri vermelisin' dedi. Kendiminkiler ve ondan aldığım tüm blokları birbirine yapıştırarak kullandıktan sonra harika bir binam oldu. Robert ise o blokları asla geri alamadı"².

Kardeşi Robert'a oyuncaklarını geri vereceği sözünü tutmayan küçük Donald, büyüüp ABD başkanı olduktan sonra da diğer ülkelere verdiği sözlerden caymaktan kaçınmamıştır. Ocak 2017-Ocak 2021 arasında ilk dönem görev süresini tamamlayan Trump, bu sürede – aşağıda gösterildiği üzere – yedi uluslararası antlaşmadan ve iki uluslararası örgütten çekilirken, ülkesi lehine düzenlemeler yapılmazsa bir antlaşma ve iki uluslararası örgütten çekileceği tehdidinde başarılı olmuştur. Ayrıca dört örnekte uluslararası katılımı ve "soft law"³ araçlarını reddetmiş ve beş örnekte de uluslararası örgütlere yaptığı finansal katkıyı araçsallaştırmıştır.

Her ülkenin yöneticisi gibi Trump da kendi ülkesinin ulusal çıkarlarını koruma görev ve yetkisine sahiptir. Ayrıca 21'inci yüzyılın en büyük hegemon gücünün kontrolünü elinde bulunduran birinin, uluslararası ilişkilerde inisiyatif kullanması çok da şaşırtıcı olmayacaktır. Ancak Trump'ı diğer ABD başkanları ve güçlü ülkelerin liderlerinden belirgin bir şekilde ayırt edici özellik ise, kurulmasında tarihsel olarak kendi ülkesinin büyük katkıları⁴ olan modern uluslararası hukuk sisteminin, aşağıda açıklanan eylemlerle bizatihi ABD tarafından altının oyulduğudur.

Bu çalışma, Trump döneminde ABD'nin uluslararası hukuk sistemine yönelik düzen karşıtı eylem ve söylemlerini incelemektedir. Bu amaçla çalışma iki ana bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde ele alınan örnekler, Trump yönetiminin *pacta sunt servanda* ilkesine aykırı olacak şekilde, ABD'nin menfaatlerine uymayan antlaşmalardan veya uluslararası örgütlerden rahatlıkla çekilebildiğini, zaman zaman ise çekilme tehdidi ile kendi lehine düzenlemeleri zorunlu kıldığını, bu örgütlere yaptığı finansal katkıları bir silah olarak kullandığını ve uluslararası katılım ve "soft law" araçlarını kendi menfaatine aykırı olan her durumda reddettiğini göstermektedir. İkinci bölümde ise bir adım daha ileri gidilerek, Trump yönetiminin uluslararası hukukun temel kurallarından bazılarını doğrudan ihlal ettiği, ihlal edilmesine göz yumduğu ve uluslararası kurumlara yönelik söylem ve eylem düzeyinde saldırılar gerçekleştirdiği örneklerle ele alınmaktadır. Çalışmada, Trump yönetiminin ABD'nin ekonomik, siyasi veya stratejik çıkarları gerektirdiğinde sadece uluslararası hukuku ihlal etmekle kalmayıp, uluslararası hukuka ve onun kurumlarına meydan okuduğu ve bizatihi zayıflattığı ileri sürülmektedir.

II. AHDE VEFA AMERİKÂN ÇIKARLARINA KARŞI

Bu bölümde, Trump yönetiminin uluslararası antlaşmaları ve örgütleri ABD'nin ulusal çıkarlarına uygun şekilde, bazen havuç bazen de sopa ile dizayn ettiği örneklerle gösterilmektedir. Bu amaçla Trump döneminde ABD'nin çekildiği/çekilmekle tehdit ettiği uluslararası antlaşmalar/örgütler ile uluslararası katılım ve "soft law" araçları ele alınacaktır. Ancak öncelikle çalışmada kullanılan "çıkâr" kavramının anlam ve kapsamının açıklanması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki bu açıklama yalnızca çalışmanın kapsamına dahil konuların sınırlılığı gözetilerek yapılmıştır. Bir diğer ifade ile uluslararası ilişkilerde çıkar kavramı üzerine literatürde bir hayli çalışma olmasına karşın, aşağıda yapılan açıklama yalnızca mevcut çalışmanın kavramı nasıl tanımladığı ve hangi açıdan ele aldığına ilişkindir. Bu konuda yapılacak detaylı bir tartışmanın eldeki çalışmanın kapsam ve amacını aşacağı aşîkârdır.

Bu çalışmada kullanılan çıkar kavramı Realist bir yaklaşımla ele alınmıştır. Uluslararası İlişkilerin ana akım teorilerinden olan Realizm, devletin, ulusal çıkarların ve askeri gücün dünya siyasetindeki rolünü

¹ BEEMAN, Rachel: "What are the three characteristics of Trumpism?: A Discourse Analysis of Trump's Four Major Campaign Speeches", Political Analysis, 19, 2018, s.4.

² LEMAN, Kevin: What Your Childhood Memories Say about You (and What You Can Do about It), Yazar:Tyndale House Publishers, Illinois, 2006, s.57

³ Uluslararası hukukta "soft law" terimi, hukuki olarak bağlayıcı olmayan antlaşmaları, ilkeleri ve beyanları belirtmek için kullanılmaktadır. Bkz. GUZMAN, Andrew/MEYER, Timothy: "International Soft Law", Journal of Legal Analysis, 2(1), 2010, s.171-225.

⁴ JANIS, Mark: America and the Law of Nations 1776-1939, Oxford University Press, Oxford, 2010.

vurgulamaktadır⁵. Örneğin Klasik Realizm teorisinin öncülerinden Morgenthau'ya göre “ulusal çıkarların anlamı hayatta kalmaktır; fiziksel, politik ve kültürel kimliğin diğer ulus devletlerin saldırılarına karşı korunmasıdır”⁶. Her devletin dış politikası, öyle veya böyle ulusal çıkar temelinde inşa edilmekte ve o devletin kurucu unsuru olan ulusun hedeflerine ulaşmak için her daim uygulanmaya çalışılmaktadır. Ulusal çıkarların güvence altına alınması, her devletin evrensel olarak kabul ettiği bir hakktır. Bu anlamda devletler, eylemlerini meşrulaştırırken sıklıkla ulusal çıkar söylemine dayanmaktadır⁷.

Trump'ın uluslararası antlaşmalara yönelik pratiğini örneklerle göstermeden evvel yapılması gereken bir diğer açıklama da uluslararası antlaşmalar hukuku kapsamında antlaşmalardan çekilme ve antlaşmaları feshetme hakkının anlam ve kapsamına ilişkindir.⁸ Yine belirtmek gerekir ki uluslararası antlaşmalar hukuku, uluslararası hukukun geniş sayılabilecek alanlarından biri olduğundan, burada antlaşmalar hukuku kapsamında sadece antlaşmalardan çekilme ve fesih müesseselerinin açıklanması ile yetinilmiştir. Bu itibarla örneğin antlaşma akdetme yetkisi, antlaşmaların geçersizlik nedenleri, antlaşmaların hüküm ve sonuç doğurması veya vazgeçme gibi meseleler çalışmaya herhangi bir katkı yapmayacağından açıklamamıza dahil edilmemiştir⁹.

Uluslararası antlaşma, uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren veya sona erdiren yazılı irade uyuşmaları olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Devletler arasında yazılı antlaşmaların yapılışı ve uygulanışına dair kuralları düzenlemek amacıyla 1969 yılında Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (VAHS) kabul edilmiştir. VAHS'nin 26'ncı maddesinde hukukun genel ilkelerinden biri ve uluslararası hukukun temeli olarak kabul edilen ahde vefa ilkesi hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm uyarınca yürürlükte bulunan bir uluslararası antlaşmanın taraflarının antlaşma hükümleri ile bağlı oldukları ve yükümlülüklerini iyi niyetle yerine getirmeleri gerektiği belirtilmiştir.

Uluslararası antlaşmaların ne şekilde sona ereceği ya da çekilmenin hangi durumlarda söz konusu olduğu taraflarca bu konuda yapılacak bir düzenleme ile belirlenebilmektedir. Antlaşmada bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde ise belli durumların varlığı halinde de antlaşmadan çekilme bildiriminde bulunmanın mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bu konu VAHS'nin “Antlaşmaların Sona Erdirilmesi ve Yürürlüğünün Askıya Alınması” başlığı altında antlaşmada çekilmeye veya sona erdirmeye ilişkin düzenleme olup olmamasına göre farklı durumlarda düzenlenmiştir. VAHS'ye göre fesih veya çekilme hakkının tek taraflı bir biçimde yasal olarak kullanılması şu durumlarda söz konusu olabilmektedir:

- Antlaşmada bu konuda bir hükme yer verilmesi durumunda (VAHS m.54/a) ve herhangi bir zamanda diğer taraf devletlerle istişare ettikten sonra bütün tarafların rızası ile (VAHS m.54/b),
- Tarafların fesih ya da çekilme hakkını tanıma niyetinde oldukları çeşitli verilerden anlaşılıyor ise (VAHS m.56/1a),
- Antlaşmanın doğası gereği tek taraflı fesih hakkının tanındığı kanısı doğarsa (VAHS m.56/1b),
- Öteki taraf antlaşmayı uygulamıyorsa ya da temel hükümlerini çiğniyorsa (VAHS m.60),
- Antlaşma şartlarında taraflarca önceden öngörülmeleyen esaslı bir değişiklik meydana gelmiş ise (VAHS m.62).

VAHS'nin 54'üncü maddesine göre, antlaşmanın taraflarından birinin antlaşmadan çekilebilmesi antlaşma hükümlerine uygun olarak veya herhangi bir zamanda diğer taraf devletlerle istişare edildikten sonra ve bütün tarafların rızası ile mümkün olabilmektedir. 54'üncü madde lafzından hareketle söylenebilir ki antlaşmada çekilmeye dair bir hüküm bulunması durumunda, buna göre hareket edilebilecektir. Ancak asıl mesele antlaşmada çekilmeye ilişkin bir hükmün olmaması halinde bunun mümkün olup olmadığıdır. VAHS'nin 56'ncı maddesinde, bu yönde hiçbir hüküm bulunmayan antlaşmalardan çekilmenin hangi durumlarda mümkün olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, tarafların çekilme ihtimalini kabul etme niyetlerinin tespit edilmesi veya çekilme hakkının antlaşmanın niteliğinden zımnen çıkarılması halinde çekilmenin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır.

⁵ DONNELLY, Jack: Realism and International Relations, Cambridge, Cambridge University Press 2000.

⁶ MORGENTHAU, Hans J.: Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace, 2. Bası, Knopf, New York 1948, s.86.

⁷ BURCHILL, Scott: The National Interest in International Relations Theory, New York, Palgrave Macmillan, 2005, s.31-62.

⁸ Bu iki müessese sonuçları bakımından aynı olmakla beraber, uygulamada antlaşmadaki taraf sayılarına göre adlandırılmaktadır. Bu itibarla çok taraflı bir uluslararası antlaşmanın taraflarından birinin tek taraflı bir irade beyanıyla antlaşmanın kendisi bakımından bundan sonra bağlayıcı olmayacağını bildirme işlemine çekilme adı verilirken, iki taraflı bir antlaşmanın taraflarından birinin irade beyanıyla söz konusu antlaşmayı kendisi bakımından bağlanmaz kılma işlemine fesih adı verilmektedir. PAZARCI, Hüseyin: Uluslararası Hukuk, 16. Bası, Ankara, Turhan 2012, s.91.

⁹ Bu konuda geniş bir değerlendirme için bkz. CAŞIN, Mesut Hakki: Uluslararası Antlaşmalar Hukuku, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınları.

¹⁰ PAZARCI, s.40.

VAHS’de düzenlenen bir diğer çekilme durumu ise 61’inci maddedeki “sonraki imkânsızlık” başlığı altında bulunmaktadır. Madde hükmüne göre, “Bir tarafın bir andlaşmayı ifa etme imkansızlığını andlaşmayı sona erdirmeye veya ondan çekilme gerekçesi yapabilmeye için, imkansızlığın andlaşmanın ifası için kaçınılmaz olan bir nesnenin daimî olarak ortadan kalkması veya tahrip olmasından ileri gelmesi gerekir. İmkânsızlık geçici ise, ancak andlaşmanın yürürlüğünü askıya alma sebebi yapılabilir.”

VAHS’de çekilme hakkına ilişkin son düzenleme 62’nci maddede yer verilen “*rebus sic stantibus*” ilkesidir. Hukukun genel ilkelerinden biri olan bu ilke uyarınca, bir antlaşmanın akdi esnasında antlaşmanın taraflarının antlaşmanın temelini teşkil eden şartlarda taraflarca önceden öngörülmeyen esaslı bir değişikliğin meydana gelmesi eğer ki tarafların yükümlülüklerinde köklü değişiklik/değişiklikler yaratmakta ise antlaşmadan çekilme mümkün olabilmektedir¹¹.

Son tahlilde, uluslararası antlaşmalardan çekilme hakkı, VAHS’nin 54’üncü maddesine uygun olarak antlaşmada bu durumun düzenlenmesi halinde ilgili antlaşma hükmüne göre veya tarafların tamamının çekilmeye rıza göstermesi durumunda; antlaşmada çekilmeye dair herhangi bir düzenlemenin bulunmaması halinde VAHS’nin 56’ncı maddesinde yer verilen şartların tespiti halinde; VAHS’nin 61’inci maddesinde düzenlenen antlaşmanın konusuna ilişkin sonraki imkansızlık halinde ve son olarak antlaşma şartlarında esaslı değişiklik meydana gelmesi durumunda VAHS’nin 62’nci maddesinde yer verilen koşulların mevcut olması halinde mümkündür.

Uluslararası antlaşmalar hukukunun yukarıda aktarılan yerleşik kaideleri gereğince, uluslararası antlaşmalardan çekilme belirli şartlar dahilinde mümkündür. Trump yönetiminin Ocak 2017’den itibaren izlediği politikalar ise, uluslararası hukukun bu yerleşik kaidelerine açık bir meydan okuma niteliğinde olmuştur.

A. Trump Yönetiminin Uluslararası Antlaşmalardan Çekilme Pratiği

Trump yönetiminin dış politikası başından itibaren katı bir ulusal çıkar anlayışı üzerine kurulmuştur¹². Başkan Trump kendinden önceki başkanlar tarafından yapılan ve ABD aleyhine olarak değerlendirildiği antlaşmalardan, uluslararası taahhütlerine uymama pahasına çekilmeyi tercih etmiştir. Örneğin ABD, Trump’ın göreve gelmesinden sadece üç gün sonra, selefi Obama’nın yaklaşık sekiz yıl boyunca müzakerelerini sürdürdüğü Trans-Pasifik Ortaklık Anlaşması’ndan çekilmiştir¹³. Yalnızca birkaç ay sonra, bu sefer Haziran 2017’de Paris İklim Değişikliği Anlaşması’ndan (PİDA) çekilme adımı atılmıştır¹⁴. Trump yönetiminin PİDA’dan çekilme adımı atması ülke içinde büyük tartışmalara sebebiyet vermiş, hatta Trump’ın halefi Joe Biden 2021 Şubat’ında ülkesini yeniden PİDA’nın imzacılarından biri yapmıştır¹⁵.

Ekim 2018’de, ABD’nin elçiliğini Kudüs’e taşımasının Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi’ni (DİHVS) ihlal ettiğini iddia eden Filistin’in Uluslararası Adalet Divanı (UAD) nezdinde ABD aleyhine bir dava açmasının ardından, ABD derhal DİHVS’ne Ek Zorunlu Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin İhtiyari Protokol’den çekilmiştir¹⁶. Nisan 2019’da ise Trump, 2013’te Obama tarafından imzalanan -ancak henüz ABD kongresi tarafından onaylanmayan- hafif silahlar dahil olmak üzere konvansiyonel silahların uluslararası ticaretini düzenlemeyi amaçlayan Silah Ticareti Anlaşması’nın (STA) onaylanmayacağını ilan etmiştir¹⁷.

ABD’nin antlaşmalardan çekilme politikası çok taraflı antlaşmalarla sınırlı kalmamış, ikili antlaşmalara da sirayet etmiştir. Örneğin Trump yönetimi, İslam Devrimi’nden ve hatta taraflar arasındaki silahlı çatışmalardan sağ çıkan İran’la yapılan 1955 Dostluk, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Hakları

¹¹ CANTÜRK, Barış Cihan: Uluslararası Hukukta Andlaşmaların Sona Erdirilmesi Kurumunun Bir Dayanağı Olarak “Rebus Sic Stantibus” İlkesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10, 2015, s.83-96.

¹² CLARKE, Michael/RICKETTS, Anthony: “Donald Trump and American Foreign Policy: The Return of the Jacksonian Tradition”, Comparative Strategy, 36(4), 2017, s.370-371.

¹³ CHOW, Daniel v.d.: “How the United States Withdrawal From the Trans-Pacific Partnership Benefits China”, University of Pennsylvania Journal of Law and Public Affairs, 4(1), 2018, s.38.

¹⁴ PAVONE, I. Richard: “The Paris Agreement and the Trump administration: Road to Nowhere?”, Journal of International Studies, 11(1), 2018, s.36; SAAD, Aaron: “Pathways of Harm: The Consequences of Trump’s Withdrawal from the Paris Climate Agreement”, Environmental Justice, 11(1), 2018, s.47-51.

¹⁵ “The United States Officially Rejoins the Paris Agreement (Press Statement Antony J. Blinken, Secretary Of State)”, US Department of State, 19.02.2021, <https://www.state.gov/the-united-states-officially-rejoins-the-paris-agreement/> (Erişim Tarihi: 06.03.2021).

¹⁶ BELLINGER II, John: “The Trump Administration’s Approach to International Law and Courts: Are We Seeing a Turn for the Worse”, Case Western Reserve Journal of International Law, 51, 2019, s.17.

¹⁷ “Presidential Message to the Senate of the United States on the Withdrawal of the Arms Trade Treaty”, The White House, 29.05.2019, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/presidential-message-senate-united-states-withdrawal-arms-trade-treaty/> (Erişim Tarihi: 08.08.2020)

Anlaşması'nı Ekim 2018'de feshetmiştir¹⁸. Trump yönetimi benzer şekilde, ABD ile Rusya arasındaki en önemli silahsızlanma antlaşmalarından biri olan Orta Menzilli Nükleer Kuvvetler Anlaşması'nı da Ağustos 2019'da feshetme kararı almış¹⁹, bunu Mayıs 2020'de yine Rusya ile yapılan Açık Semalar Anlaşması'nı fesih kararı izlemiştir.²⁰

Trump'ın seleflerinin de uluslararası antlaşmalardan çekilme kararı aldıkları bir vakıadır²¹. Ancak Trump döneminin ayırt edici bir özelliği, feshedilen antlaşmaların sayısıdır. Trump'ın başkanlığının yalnızca ilk iki yılında çekildiği/feshettiği uluslararası antlaşma sayısı, kendinden önceki herhangi bir ABD başkanından daha fazladır. ABD başkanlarının iki dönem görev yapma eğiliminde olduğu hatırlandığında, bu oran daha anlamlı bir hale gelmektedir.

B. Uluslararası Antlaşmalardan/Örgütlerden Çekilme, Çekilme Tehdidi ve Finansmanın Araçsallaştırılması

Trump'ın yukarıda örneklerde gösterilen ve ABD'yi kurallara dayalı uluslararası düzenden uzaklaştıran politikası, uluslararası örgütlerden çekilme adımlarında da belirgin şekilde izlenmektedir. Örneğin Ekim 2017'de Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü'ne (UNESCO) çekilme kararını bildiren ABD²², Ekim 2018'de Evrensel Posta Antlaşmaları'ndan çekilme ve en eski uluslararası kuruluşlardan biri olan Evrensel Posta Birliği'nden de ayrılma niyetini açıklamıştır²³.

Trump dönemi ABD dış politikasında uluslararası antlaşmalar ve örgütlere yönelik tavır son derece tek taraflı ve hegemonik olmuştur. Bu dönemde ABD havuç-sopa yaklaşımına sıklıkla başvurmuş ve istediği değişiklikler yapılmaz ise, ilgili uluslararası antlaşma veya örgütten çekileceği tehdidini sıklıkla kullanmıştır. Örneğin ABD başkanının “felaket” ve “şimdiye kadar yapılmış en kötü ticaret antlaşması” olarak nitelendirdiği ve ABD-Kanada-Meksika arasında geçerli olan Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması'ndan (NAFTA) ABD için daha iyi şartlar müzakere edilmezse çekilme niyetini Nisan 2017'de açıklamasından²⁴ sadece yedi ay sonra, üç ülke NAFTA'nın yerini alacak ve ABD için daha avantajlı görülen ABD-Meksika-Kanada Anlaşması'nı (USMCA) imzalamışlardır²⁵. Bu tehdit dili, ABD'nin Dünya Ticaret Örgütü'ne (DTÖ) son zamanlardaki yaklaşımında da görünür durumdadır. Örneğin Başkan Trump Ağustos 2018'de, örgüt yapısının ABD'nin ticari çıkarlarına daha iyi uyum sağlayacak şekilde yeniden yapılandırılmaması durumunda DTÖ'den çekileceği tehdidinde bulunmuş²⁶ ve yine tam bir yıl sonra Çin, Hindistan veya Türkiye gibi ülkelerin DTÖ antlaşmaları kapsamında belirli avantajlara sahip olan gelişmekte olan ülkeler grubunda kalmaya devam etmeleri durumunda örgütü terk etme tehdit etmiştir²⁷.

¹⁸ RAMPTON, Roberta v.d.: “U.S. Withdraws from International Accords, Aays U.N. World Court ‘Politicized’”, Reuters, 03.10.2018, <https://www.reuters.com/article/us-usa-diplomacy-treaty/u-s-withdraws-from-international-accords-says-u-n-world-court-politicized-idUSKCN1MD2CP> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).

¹⁹ LOPEZ, Todd: “U.S. Withdraws From Intermediate-Range Nuclear Forces Treaty”, US Department of Defense, 02.08.2019, <https://www.defense.gov/Explore/News/Article/Article/1924779/us-withdraws-from-intermediate-range-nuclear-forces-treaty/#:~:text=%22Russia%20has%20failed%20to%20comply,Mark%20T> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).

²⁰ ÇETİN, Şerife: “NATO, ABD'nin Açık Semalar Anlaşması'ndan Çekilme Kararının Ardından Toplanıyor”, Anadolu Ajansı, 22.05.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/nato-abdnin-acik-semalar-anlasmasindan-cekilme-kararinin-ardindan-toplaniyor/1849935> (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

²¹ Ronald Reagan'ın 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'ni imzalamaması (LARSON, David: “The Reagan Rejection of the U.N. Convention”, Ocean Development and International Law, 14(4), s.337–361) ve Uluslararası Adalet Divanı'nın zorunlu yargı yetkisinden çekilme kararı (MALAWER, Stuart: “Reagan's Law and Foreign Policy, 1981-1987: The Reagan Corollary of International Law” Harvard International Law Journal, 29(1), 1988, s.98) önemli örnekler olarak verilebilir.

²² “The United States Withdraws From UNESCO (Press Statement, Heather Nauert, Spokesperson)”, US Department of State, 12.10.2017, <https://www.state.gov/the-united-states-withdraws-from-unesco/#:~:text=On%20October%2012%2C%202017%2C%20the,permanent%20observer%20mission%20to%20UNESCO> (Erişim Tarihi: 18.08.2020)

²³ “Statement from the Press Secretary”, The White House, 17.10.2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-38/> (Erişim Tarihi: 21.10.2020). Belirtilmelidir ki ABD, örgütle yaptığı pazarlık sonucunda kendisi için daha avantajlı bir antlaşma yapmış ve örgütte kalmaya karar vermiştir. Bkz. CUMMING-BRUCE, Nick: “U.S. Will Remain in Postal Treaty After Emergency Talks”, The New York Times, 25.10. 2019, <https://www.nytimes.com/2019/09/25/business/universal-postal-union-withdraw.html> (Erişim Tarihi: 21.10.2020).

²⁴ “Remarks by President Trump on the United States-Mexico-Canada Agreement”, The White House, 01.10.2018, [whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-united-states-mexico-canada-agreement/](https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-united-states-mexico-canada-agreement/) (Erişim Tarihi: 21.10.2020).

²⁵ SWANSON, Ana/COCHRANE, Emily: “Trump Signs Trade Deal With Canada and Mexico”, The New York Times, 29.01.2020, <https://www.nytimes.com/2020/01/29/business/economy/usmca-trump.html> (Erişim Tarihi: 03.11.2020).

²⁶ MICKLETHWAIT, John v.d.: “Trump Threatens to Pull U.S. Out of WTO If It Doesn't ‘Shape Up’”, Bloomberg, 31.08.2018, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-30/trump-says-he-will-pull-u-s-out-of-wto-if-they-don-t-shape-up> (Erişim Tarihi: 05.06.2020).

²⁷ “India, China No Longer ‘Developing Nations’, Won't Let Them Take ‘advantage’ From WTO: Donald Trump”, The Economic Times, 14.10.2019, <https://economictimes.indiatimes.com/news/economy/foreign-trade/india-china-no-longer-developing-nations-wont-let-them-take-advantage-from-wto-donald-trump/articleshow/70673014.cms?from=mdr> (Erişim Tarihi: 04.06.2020).

Benzer bir yaklaşım Trump yönetiminin uluslararası örgütlere yaptığı finansal katkıyı araçsallaştırmasında da açık şekilde görülmektedir. Kurulmasında öncülük ettiği ve Soğuk Savaş şartlarında kendisi için son derece kullanışlı bir örgüt olan Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (NATO), Trump yönetiminin uluslararası taahhütlerinden kaçma çabalarından nasibini almıştır. Başkan Trump, bir süredir örgütün maliyetlerinin karşılanması konusunda daha cömert olmaları için çağrı yaptığı Avrupalı müttefiklerinin herhangi bir adım atmaması üzerine, Kasım 2019’da NATO bütçesine yaptığı katkıyı önemli ölçüde azaltmıştır²⁸.

ABD’nin, BM Yakın Doğu’daki Filistinli Mültecilere Yardım ve Bayındırlık Ajansı’na (UNRWA) yönelik uygulaması bir başka önemli örnektir. Ağustos 2018’de Trump yönetimi, “telafisi mümkün olmayan kusurlu çalışmalar” yürüttüğünü ileri sürerek, en büyük bağışçısı olduğu UNRWA’ya aktarılan tüm fonları sona erdirmiştir²⁹. ABD Mart 2019’da ise, Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu tarafından üreme sağlığına yönelik alınan -kürtaj yanlısı- yaklaşım nedeniyle Amerikan Devletleri Örgütü’ne (OAS) yaptığı finansal desteği azaltmıştır³⁰.

Dahası Ağustos 2019’da, uluslararası topluma finansmanın kalıcı olarak azaltılabileceği veya tamamen kesilebileceği konusunda gözdağı verme amaçlı bir hareket olarak, Beyaz Saray Yönetim ve Bütçe Ofisi, Dışişleri Bakanlığı ve ABD Uluslararası Kalkınma Ajansı’na uluslararası kuruluşlar ve uluslararası barışı koruma faaliyetlerine yapılan katkılar da dahil olmak üzere, tüm yabancı yardım fonlarının tahsisinin durdurulması talimatını vermiştir³¹.

COVID-19 salgını sonrası uluslararası toplumdan da eleştiriler alan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) bu araçsallaştırmanın son öznesi olmuştur. Başkan Trump, önce örgütü Çin’e karşı “çok yumuşak” olduğu için suçlamış ve – tam olarak ne tür olduğunu açıklamadan – istediği değişikliklerin yapılması için Nisan 2019’da ABD’nin örgüte yapması gereken ödemeleri 60 günlüğüne geçici olarak askıya almış³², Temmuz 2020’de ise örgütten resmi olarak ayrılabilen sinyali vermiştir³³. Trump’ın aksine yeni başkan Biden ise, DSÖ ile ilişkileri geliştirme adımı atmış ve DSÖ’ye verdiği önemi göstermek için ülkesinin en iyi bulaşıcı hastalık uzmanlarından birini örgütün yürütme kuruludaki ABD heyetinin şefi olarak atamıştır³⁴.

C. Uluslararası Katılım ve “Soft Law” Araçlarının Reddi

Trump dönemindeki ABD dış politikası, uluslararası iş birliği ve “soft law” enstrümanlarından uzaklaşmaya yönelik adımlar atmıştır. Örneğin Mayıs 2018’de ABD, İran’ın sınırlı ve barışçıl bir nükleer programa olan bağlılığı karşılığında ABD’nin İran’a karşı bazı ekonomik yaptırımların kaldırılmasını sağlayan Ortak Kapsamlı Eylem Planı’nı (JCPOA) tek taraflı olarak feshetmiştir³⁵. Trump’ın aksine Biden yönetimi ise Şubat 2021’de, Tahran’la bu konuda yeniden müzakerelere başlamakta istekli olduğunu dile getirmiştir³⁶.

Yine Aralık 2017’de ABD, Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat Metni çalışmalarına katılımını sona erdirmiştir³⁷. Haziran 2018’de BM İnsan Hakları Konseyi’nden çekildiğini

²⁸ BROWNE, Ryan: “Trump Administration to Cut Its Financial Contribution to NATO”, CNN, 28.11.2019, <https://edition.cnn.com/2019/11/27/politics/trump-nato-contribution-nato/index.html> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).

²⁹ “On U.S. Assistance To UNRWA (Press Statement Heather Nauert, Acting Under Secretary For Public Diplomacy and Public Affairs and State Department Spokesperson)”, US Department of State, 31.08.2018, <https://www.state.gov/on-u-s-assistance-to-unrwa/> (Erişim Tarihi: 10.07.2020).

³⁰ BRICE, Makini/WROUGHTON, Lesley: “U.S. Expands Abortion ‘Gag Rule,’ Cuts Funding to Regional Bloc: Pompeo”, Reuters, 26.03.2019, <https://www.reuters.com/article/us-usa-abortion-pompeo/us-expands-abortion-gag-rule-cuts-funding-to-regional-bloc-pompeo-idUSKCN1R71LZ> (Erişim Tarihi: 11.07.2020).

³¹ HANSLER, Jennifer v.d.: “Trump Administration Freezes Foreign Aid Funds Pending Review”, CNN, 07.08.2019, <https://edition.cnn.com/2019/08/06/politics/omb-state-department-usaid-letter/index.html> (Erişim Tarihi: 21.07.2020).

³² MIX, Morning: “Trump Threatens to Permanently Cut WHO Funding, Leave Body If Changes Aren’t Made within 30 Days”, The Washington Post, 19.05.2020, <https://www.washingtonpost.com/nation/2020/05/19/who-funding-trump/> (Erişim Tarihi: 19.07.2020).

³³ ROGERS, Katie/MANDAVILLI, Apoorva: “Trump Administration Signals Formal Withdrawal From W.H.O.”, The New York Times, 07.07.2020, <https://www.nytimes.com/2020/07/07/us/politics/coronavirus-trump-who.html?auth=login-google> (Erişim Tarihi: 21.07.2020).

³⁴ MORALES, Christina: “Biden Restores Ties with the World Health Organization that Were Cut by Trump.”, The New York Times, 20.01.2021, <https://www.nytimes.com/2021/01/20/world/biden-restores-who-ties.html> (Erişim Tarihi: 06.03.2021).

³⁵ “Remarks by President Trump on the Joint Comprehensive Plan of Action”, The White House, 08.05.2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-joint-comprehensive-plan-action/> (Erişim Tarihi: 18.08.2020).

³⁶ TURAK, Natasha: “Biden Team Takes a Major Step in Offering to Start Talks with Iran as Tehran’s Sanctions Deadline Approaches”, CNBC, 19.02.2021, <https://www.cnbc.com/2021/02/19/jcpoa-bidens-return-to-the-iran-nuclear-deal-is-getting-harder.html> (Erişim Tarihi: 06.03.2021).

³⁷ “Trump Administration Ends Participation in Global Compact on Migration, Citing Concerns Regarding U.S. Sovereignty”, American Journal of International Law, 112(2), 2018, s.311-313.

duyuran ABD³⁸, Aralık 2018’de ise Mültecilere İlişkin Küresel Mutabakatı’nın görüşüldüğü BM Genel Kurulu’nda karara karşı oy kullanmıştır³⁹. Devletler şüphesiz BM’de alınan her karara veya çalışmaya katılmak zorunda değildir. Ancak Mültecilere İlişkin Küresel Mutabakat metninde ifade edilen şekilde “insanlığın ve uluslararası dayanışmanın temel ilkelerinden kaynaklanan” belgelerin ABD tarafından reddedilmesi, Trump yönetiminin kurallara dayalı bir uluslararası düzen fikrine dahil olmayı istemediğinin açık bir göstergesidir.

Tablo 1: Trump Dönemi Uluslararası Hukuk Enstrümanlarının Terki veya ABD Lehine Yeniden Düzenlenmesi

	Uluslararası Antlaşmalardan Çekilme veya Antlaşmaların Feshi (Çok taraflı – İkili)		Uluslararası Örgütlerden Çekilme	Uluslararası Antlaşmalar/ Örgütlerden Çekilme Tehdidi veya Tehdit ile Yeniden Düzenleme	Uluslararası Örgütlere Finansmanın Araçsallaştırılması			Uluslararası Katılımın Reddi ve “Soft Law” Araçlarının Çekilme		
2017	Trans-Pasifik Ortaklık Anlaşması (Ocak 2017)	PİDA (Haziran 2017)	UNESCO (Ekim 2017)	NAFTA (Nisan 2017)				Güvenli, Sistemli ve Düzenli Göç için Küresel Mutabakat Metni (Aralık 2017)		
2018	Zorunlu Uyuşmazlık Çözümüne İlişkin İhtiyari Protokol (Ekim 2018)	Dostluk, Ekonomik İlişkiler ve Konsolosluk Hakları Anlaşması (Ekim 2018)	Evrensel Posta Antlaşmaları (Ekim 2018)	DTÖ (Ağustos 2018)	UNRWA (Ağustos 2018)			JCPOA (Mayıs 2018)	BM İnsan Hakları Konseyi (Haziran 2018)	Mültecilere İlişkin Küresel Mutabakatı (Aralık 2018)
2019	STA (Nisan 2019)	Orta Menzilli Nükleer Kuvvetler Anlaşması (Ağustos 2019)			DSÖ (Nisan 2019)	OAS (Mart 2019)	Tüm yabancı yardım fonlarının tahsisinin durdurulması talimatı (Ağustos 2019)	NATO (Kasım 2019)		
2020	Açık Semalar Anlaşması (Mayıs 2020)			DSÖ (Temmuz 2020)						

III. TRUMP ULUSLARARASI HUKUK DÜZENİNİN ALTINA OYARKEN

Bu bölümde, Trump yönetiminin çok taraflılığın karşısında konumlandığı Amerikanizm sonucunda ABD’nin sistemini uluslararası hukuk sisteminden üstün gördüğü ve bu suretle de uluslararası hukuku göz ardı ederken, uluslararası kurumları da söylem ve eylemleriyle ciddi biçimde zayıflattığı örneklerle gösterilmektedir.

A. Amerikanizm vs Çok Taraflılık

Trump’ın görev süresi boyunca izlediği politikaları, içe kapanmacı ve korumacı bir dünya bakışına sahip olduğu izlenimini vermektedir⁴⁰. Dahası en az iki örnekten hareketle bu politikaları Amerikan ulusal sistemini uluslararası sistemden üstün tuttuğu ve uluslararası çok taraflılığı reddettiği şeklinde okumak da mümkündür. Birinci örnek, Trump’ın göreve gelmesinin hemen ardından, yeni yapılacak çok taraflı antlaşmalara ilişkin bir Başkanlık Kararnamesi taslağına ilişkindir. Taslak kararname, ABD’nin iç işlerini etkileyebilecek uluslararası antlaşmaların artık yapılamayacağını öngörmekteydi. Bu anlamda örneğin, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin onaylanması, Amerikan ebeveynlerin çocuklarına “şaplak atma hakkının” uluslararası değil, ulusal düzeyde düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmiştir⁴¹. Bu itibarla

³⁸ “United States Withdraws from the UN Human Rights Council, Shortly After Receiving Criticism About Its Border Policy”, American Journal of International Law, 112(4), 2018, s.745-751.

³⁹ GA Res 73/151, 17 December 2018, UN Doc. A/RES/73/151, 10 January 2019, para. 23, <https://undocs.org/en/A/RES/73/151> (Erişim Tarihi: 11.08.2020). Vurgulamak gerekir ki 200’e yakın ülke arasından, ABD dışında yalnızca Macaristan karara karşı oy kullanmıştır.

⁴⁰ MORAN, Clare Frances: “Crystallising the International Rule of Law: Trump’s Accidental Contribution to International Law”, Washburn Law Journal, 56(3), 2017, s.492.

⁴¹ BARTHOLET, Elizabeth: “Ratification by the United States of the Convention on the Rights of the Child: Pros and Cons from a Child’s Rights Perspective”, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 633(1), 2010, 80-101.

uluslararası antlaşmalar, ticaret, suçluların iadesi ve ulusal güvenlik gibi konularla sınırlı olmalıydı⁴².

İkinci örnekte ise Eylül 2018’de BM Genel Kurulu’na hitaben yaptığı konuşmada “Amerika’nın egemenliğini seçilmemiş ve sorumlu tutulamaz küresel bir bürokrasiye asla teslim etmeyeceğiz. Amerika, Amerikalılar tarafından yönetilmektedir. Küreselleşme ideolojisini reddediyor ve vatanseverlik doktrinini benimsiyoruz” ifadelerine yer veren Trump, çok taraflılığı ABD’nin ulusal egemenliğine yönelik bir tehdit olarak değerlendirmiştir⁴³.

Bu anlamda ABD egemenliğinin ve ülkenin hem içerde hem de uluslararası düzeyde hareket özgürlüğünün korunması, Trump’ın dış politikasının ana temalarından birisi olmuştur. Örneğin Nisan 2019’daki Ulusal Tüfek Derneği’nin toplantısında, ABD’nin BM Silah Ticareti Antlaşması’ndan çekilme kararını açıklayan Başkan Trump şunları söylemiştir: “Benim yönetimim altında, Amerikan egemenliğini hiç kimseye teslim etmeyeceğiz. Yabancı bürokratların, [vatandaşlara silah sahibi olma ve taşıma hakkı veren] İkinci Değişiklik [Second Amendment] özgürlüklerini çiğnemesine asla izin vermeyeceğiz. İşte bu yüzden benim yönetimim BM Silah Ticareti Antlaşması’nı asla onaylamayacaktır”⁴⁴.

B. Uluslararası Kurumlara Yönelik Doğrudan Saldırıları

ABD’nin uluslararası hukuka yönelik genel tutumu, Trump döneminde görülen hakların çıkar odaklı kullanımı ve uluslararası hukukun açık ihlalleri nedeniyle, daha önceki dönemlere kıyasla önemli ölçüde değişmiştir. Bu anlamda Trump yönetiminin uluslararası hukuka ve kurumlara yönelik tutumunda, aşağıdaki birkaç önemli örnekte gösterileceği gibi, belirgin bir aşağılama ve küçümseme görülmektedir.

Filistin’in Trump yönetiminin İsrail’deki ABD büyükelçiliğini Tel Aviv’den Kudüs’e taşıyarak DİHVS’ni ihlal ettiğini iddia ederek Eylül 2018’de UAD nezdinde ABD aleyhine dava açmasından⁴⁵ ve İran’ın açtığı bir davada UAD’nin kısmen ABD aleyhine karar vermesinden⁴⁶ sonra, Trump’ın Ulusal Güvenlik Danışmanı John Bolton, Ekim 2018’de “siyasallaşmış ve etkisiz” olarak suçladığı UAD’nin yargı yetkisini ABD’nin reddetmesinin tutarlı bir politika olduğunu açıklamıştır⁴⁷.

Benzer şekilde, Trump yönetimi Haziran 2018’de BM İnsan Hakları Konseyi’ne eleştirilerini yönelterek bu konseyden çekilmekle kalmamış, aynı zamanda söylemleriyle bu kurumun altını oymaya çalışmıştır. Örneğin ABD’nin BM Büyükelçisi Nikki Haley, Konseyi “insan haklarıyla alay eden ikiyüzlü ve kendi kendine hizmet eden bir örgüt” ve “insan hakları istismarcılarının koruyucusu ve siyasi önyargıların çukuru” olarak nitelendirmiştir⁴⁸. Benzer şekilde Dışişleri Bakanı Mike Pompeo aynı kuruluşa referansla, ülkesinin “ikiyüzlü kurum ve kuruluşlardan ders almayacağını” ifade etmiştir⁴⁹. Bu ifadelerin, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi’nin, ABD-Meksika sınırını yasa dışı olarak geçen binlerce göçmen çocuğu ebeveynlerinden ayırdığı için Trump hükümetini sert bir şekilde eleştirmesinden⁵⁰ birkaç gün sonra yapılması ise durumu daha anlamlı kılmaktadır.

Bu küçümseyici tavır, Uluslararası Ceza Mahkemesi’ne (UCM) yönelik zaman içinde değişen yaklaşımda da görünür haldedir. Ağustos 2002’de, ABD hükümetinin UCM ile iş birliği yapmasını ve UCM

⁴² “Draft Executive Order - Moratorium on New Treaties, Explanatory Statement”, The Washington Post, <https://apps.washingtonpost.com/g/documents/world/read-the-trump-administrations-draft-of-the-executive-order-on-treaties/2307/> (Erişim Tarihi: 13.08.2020).

⁴³ “Remarks by President Trump to the 73rd Session of the United Nations General Assembly”, The White House, 25.09.2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/> (Erişim Tarihi: 13.08.2020).

⁴⁴ “Donald Trump to withdraw US from Arms Trade Treaty”, BBC, 27.04.2019, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-48076262> (Erişim Tarihi: 13.08.2020).

⁴⁵ ICJ, “Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. USA)”, Application Instituting Proceedings, 28 September 2018 (www.icj-cij.org/files/casereLATED/176/176-20180928-APP-01-00-EN.pdf).

⁴⁶ ICJ, “Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. USA)”, Provisional Measures, 3 October 2018, ICJ Reports 2018, para. 102 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20200903-PRE-01-00-EN.pdf>). Her ne kadar UAD – ABD’nin iddiasının aksine – davada yargılama yetkisine sahip olduğunu ve ABD’nin İran’a yönelik uyguladığı çeşitli yaptırımları (özellikle insani ihtiyaçlara yönelik) kaldırması gerektiğini tespit etmiş olsa da ABD aleyhine hükmettiği geçici tedbirler, İran’ın mahkemeden talep ettiklerinin önemli ölçüde gerisinde kalmıştır.

⁴⁷ TURAK, Natasha: “US Rejects International Court of Justice Ruling on Iran, Continuing Its Isolationist Charge”, CNBC, 05.10.2018, <https://www.cnbc.com/2018/10/05/us-rejects-international-court-of-justice-ruling-on-iran-continuing-its-isolationist-charge.html> (Erişim Tarihi: 18.08.2020).

⁴⁸ PERPER, Rosie: “US Ditches the UN’s Human Rights Council and Calls It ‘Hypocritical and Self-Serving’ on Its Way Out the Door”, Business Insider, 20.06.2018, <https://www.businessinsider.com/us-withdraws-from-un-human-rights-council-2018-6> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

⁴⁹ KUMAR, Akshaya: “The US Is Not Off the Hook with Human Rights even If It Leaves the UN”, Metro News, 23.06.2018, <https://metro.co.uk/2018/06/23/the-us-is-not-off-the-hook-with-human-rights-even-if-it-leaves-the-un-7651017/> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

⁵⁰ “Press briefing note on Egypt, United States and Ethiopia (Spokesperson for the UN High Commissioner for Human Rights: Ravina Shamdasani)”, OHCHR, 05.06.2018, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23174&LangID=E> (Erişim Tarihi: 23.06.2020).

Statüsü'ne taraf olan devletlere askeri yardım sağlamasını yasaklayan Amerikan Hizmet Üyelerini Koruma Yasası ABD Kongresi tarafından kabul edilmiştir⁵¹. Kanun ABD başkanına, kuvvet kullanımı da dahil olmak üzere tüm gerekli ve uygun araçları kullanarak, UCM'nin kendisi veya talebi üzerine başka bir devlet tarafından gözaltına alınan veya hapsedilen herhangi bir ABD veya müttefik devlet vatandaşının salıverilmesini sağlama yetkisi vermiştir. Bu süreçte ABD, UCM'nin etkinliğini ve işlevsel kapasitesini zayıflatmak için, sözleşmeye taraf devletlerin ABD yetkililerini mahkemeye teslim etmemesini öngören 96 uluslararası antlaşma imzalamıştır⁵². Bu itibarla Mayıs 2002'de, Başkan Bush'un UCM'nin kuruluş belgesi olan Roma Statüsü'nden çekilmesi, Trump yönetiminin 2019'da Lahey'deki mahkemeyi "gayri meşru" ilan edebilmesinin yolunu çok önceden açmıştır⁵³.

UCM savcının, Afganistan'daki ABD ordu üyeleri ve istihbarat yetkililerinin işlemiş olmaları muhtemel savaş suçları ve insanlığa karşı suçlarla ilgili soruşturma açmak için girişimlerde bulunmasının ardından, Trump yönetiminin UCM'ye karşı tavrı daha da sertleşmiş ve doğrudan UCM yetkililerini hedef almıştır. Ulusal Güvenlik Danışmanı Bolton'un Eylül 2018'de UCM yetkililerine karşı ne tür önlemler alınabileceği yönündeki açıklamalarındaki açık tehditler de bu tavrın net göstergesidir⁵⁴.

Bu tehditlere rağmen UCM savcısının soruşturma talebini geri çekmemesi nedeniyle Dışişleri Bakanı Pompeo, Mart 2019'da bir ABD vatandaşını hedef alan herhangi bir UCM soruşturmasında katkısı bulunan tüm kişilere uygulanacak ABD vize kısıtlaması politikasını açıklamış⁵⁵, bunu Nisan 2019'da UCM başsavcısının ABD'ye giriş vizesinin iptal edilmesi takip etmiştir⁵⁶. Bu tehditlerin ne kadar etkili olacağı tartışmaları uzun sürmemiştir, zira UCM savcısının vizesinin iptalinden sadece yedi gün sonra, UCM'nin Ön Yargılama Dairesi (Pre-Trial Chamber) ABD silahlı kuvvetleri personeli ve Afganistan'daki Merkezi İstihbarat Teşkilatı tarafından işlendiği iddia edilen suçlar için UCM savcısına soruşturma yetkisi vermeyi reddetmiştir⁵⁷.

C. Uluslararası Hukuk İhlalleri

Trump'ın uluslararası hukuku önceki başkanlara kıyasla daha çok ihlal edip etmediğini belirlemek zor olsa da Trump yönetiminin karakteristik özelliği olarak ön plana çıkan bazı uluslararası hukuk ihlalleri bulunmaktadır. Trump yönetiminin uluslararası insan hakları açısından en bariz ihlali Meksikalı göçmenlere uygulanan politikalar sonucunda görülmüştür. ABD-Meksika sınırını yasa dışı yollarla geçen ailelere karşı izlediği "sıfır tolerans"⁵⁸ politikasının bir sonucu olarak, Trump yönetimi caydırıcı olması amacıyla binlerce çocuğu ailelerinden ayırmakla kalmamış, ebeveynleri belirsiz bir süreyle tutuklarken, çocukları da devlet tesislerine yerleştirmiştir. Bu uygulamanın durdurulması her ne kadar Haziran 2018'de ABD federal mahkemesi tarafından emredilmiş olsa da ebeveynler ile çocukları ayırma uygulaması 2018 ve 2019 yıllarında da devam etmiştir⁵⁹.

Göçmenlere ve özellikle de göçmen çocuklara yönelik bu muamele, uluslararası hukukun açık bir ihlalidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni ve diğer on sekiz BM insan hakları sözleşmesinden on ikisini onaylamayan dünyadaki tek ülke olan ABD, şüphesiz bu antlaşmalarla bağlı değildir. Bununla birlikte uluslararası hukukun açık bir ihlali, ABD için de bağlayıcı olan Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHİUS) ilgili maddeleri bakımından⁶⁰ ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, yasa dışı giriş nedeniyle

⁵¹ American Service-Members' Protection Act of 2002, Public Law 107-206, 02.10.2002, 2001-2009.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm (Erişim Tarihi: 22.06.2020).

⁵² ABD ile imzalanmış olan ülkelerin listesi için bkz. "International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide", Georgetown Law Library, <https://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099> (Erişim Tarihi: 22.06.2020).

⁵³ "Statement from the President", The White House, 12.04.2019, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-from-the-president-8/> (Erişim Tarihi: 24.06.2020).

⁵⁴ "Full text of John Bolton's speech to the Federalist Society", Al Jazeera, 10.09.2018, <https://www.aljazeera.com/news/2018/09/full-text-john-bolton-speech-federalist-society-180910172828633.html> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

⁵⁵ DE LUCE, Dan/WILLIAMS, Abigail: "Trump Admin to Ban Entry of International Criminal Court Investigators", 15.03.2019, <https://www.nbcnews.com/politics/white-house/trump-admin-ban-entry-international-criminal-court-investigators-n983766> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).

⁵⁶ SIMONS, Marlise/SPECIA, Megan: "U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes", 05.04.2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).

⁵⁷ "ICC Rejects Request to Investigate War Crimes in Afghanistan", BBC, 12.04.2019, <https://www.bbc.com/news/world-asia-47912140> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).

⁵⁸ Sıfır tolerans politikası hakkında bkz. OLIVARES, Mariela: "The Rise of Zero Tolerance and the Demise of Family", Georgia State University Law Review, 36(2), 2020, s.287-350.

⁵⁹ VINSON, Liz: "Family Separation Policy Continues Two Years After Trump Administration Claims It Ended", Southern Poverty Law Center, 18.06.2020, <https://www.splcenter.org/news/2020/06/18/family-separation-policy-continues-two-years-after-trump-administration-claims-it-ended> (Erişim Tarihi: 14.06.2020).

⁶⁰ International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, 999 UNTS 171, arts. 7, 10, 17, 23 and 24. [Buradan itibaren ICCPR].

ayrım gözetmeksizin uygulanan hapis tedbiri ve cezai kovuşturmalar, Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin de alenen ihlalini teşkil etmektedir⁶¹. Benzer şekilde, göreve geldikten kısa bir süre sonra Trump tarafından Ocak 2017'de bazı Müslüman devletlerden gelen ziyaretçilere uygulanan geçici giriş yasağının, ABD'nin MSHİUS⁶² ve Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme⁶³ kapsamındaki uluslararası yükümlülükleriyle bağdaştırılması da zordur.

Trump yönetimi, BM İnsan Hakları Konseyi'nden çekilmesiyle yaklaşık aynı zamanlarda, İnsan Hakları Konseyi'nin "Özel Usuller" denetim mekanizması ile de iş birliği yapmayı bırakmıştır⁶⁴. Haziran 2018'de ABD Dışişleri Bakanlığı bu iletişime yanıt vermeyi fiilen durdurmuştur. Ocak 2018 ile Temmuz 2019 arasında, ABD Dışişleri Bakanlığı kendisine ulaşan iletişimlerden sadece yüzde 15'ini yanıtlamıştır⁶⁵. Bu durumu daha enteresan hale getiren ise ABD'nin uyguladığı çifte standarttır. ABD bir taraftan raportörler aracılığıyla kurulan uluslararası denetim mekanizmalarının dışında kalmak isterken, diğer taraftan bu raportörleri diğer ülkelerin insan hakları ihlallerine yönelik araştırmalarında güçlü bir şekilde desteklemektedir. Bu tür bir çifte standart insan haklarına yönelik uluslararası denetimi zayıflatacağı gibi özellikle otoriter hükümetleri ABD'ye benzer şekilde iş birliği yapmamak konusunda teşvik edici tehlikeli bir örnek teşkil edecektir.

Daha önceki ABD başkanları dönemde benimsenen ülke dışında hareket ederken uluslararası insan hakları hukukuyla bağlı olmama – veya en azından çok da dert etmeme – politikası⁶⁶ Trump'ın döneminde de kesintiye uğramamıştır. Bu itibarla örneğin, Küba'da bulunan Guantanamo kampında herhangi bir suçlama veya yargılamaya olmaksızın kişilerin süresiz şekilde gözaltında tutulması uygulaması Trump döneminde devam etmiştir.⁶⁷ Ayrıca yasak sorgulama yöntemlerinin kullanıldığı Afganistan ve Doğu Avrupa'daki gizli CIA hapishanelerin yeniden açılması konusunda Trump yönetiminin en azından 2017 yılı itibariyle oldukça istekli olduğu da söylenebilir.⁶⁸

Uluslararası hukuk ihlalleri yalnızca insan hakları hukuku ile sınırlı kalmamış ve İkinci Dünya Savaşı sonrasındaki hemen her ABD Başkanı gibi, Trump da kendini BM Şartı'nın 2(4) maddesinde vücut bulan kuvvet kullanma yasağını ihlal etmekten alıkoyamamıştır. Örneğin Trump Nisan 2017'de, Suriye iç savaşı sırasında kimyasal sinir gazı sarinin kullanımına bir cevap olarak, uluslararası bağımsız bir kuruluş zehirli gazın kullanımıyla ilgili sorumluluğu Suriye hükümetine henüz yüklemeyen evvel, Suriye ordusuna ait hava üslerine saldırı emri vermiştir⁶⁹. Tam bir yıl sonra, bu kez Fransa ve Birleşik Krallık ile birlikte, yine kimyasal silah kullanımına bir tepki olarak ve yine bağımsız bir kuruluş kimin sorumlu olduğunu belirlemeden evvel, ABD Suriye'deki hedeflere bir kez daha saldırmıştır⁷⁰. Bunlar ne BM Güvenlik Konseyi tarafından yetkilendirilme ne de meşru müdafaa sonucu hayata geçirilmiş saldırılardır. Uluslararası hukuk, önleyici veya caydırıcı amaçlarla kuvvet kullanımının yanı sıra misilleme amaçlı veya cezalandırıcı saldırıları da yasakladığından⁷¹, ABD eylemleri açıkça uluslararası hukuka ve özellikle BM Şartı'nın ortak güvenlik sistemine aykırıdır.

İlginç şekilde, kendinden önceki ABD başkanları saldırıları mevcut uluslararası hukuk sistemi

⁶¹ Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, 189 UNTS 137, art. 31.

⁶² ICCPR, arts. 2, 26.

⁶³ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 7 March 1966, 660 UNTS 195, art. 2.

⁶⁴ PILKINGTON, Ed: "US Halts Cooperation with UN on Potential Human Rights Violations", The Guardian, 04.01.2020, <https://www.theguardian.com/law/2019/jan/04/trump-administration-un-human-rights-violations> (Erişim Tarihi: 01.06.2020). Özel Usuller Mekanizması için bkz. ÇAĞLI, Pınar: "Evrinsel Periyodik Gözden Geçirme Usulü ve Türkiye İncelemesi", Public and Private International Law Bulletin, 31(1), 2011, s.161.

⁶⁵ United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, Communication Search, spcommreports.ohchr.org/Tmsearch/TMDocuments (Erişim Tarihi: 19.07.2020)

⁶⁶ MELISH, Tara: "From Paradox to Subsidiarity: The United States and Human Rights Treaty Bodies", The Yale Journal of International Law, 34, 2009, s.448.

⁶⁷ Trump yönetiminin Guantanamo kampına yönelik politikasının İnsan Hakları İzleme Örgütü tarafından değerlendirilmesi için bkz. "Q&A: Guantanamo Bay, US Detentions, and the Trump Administration", Human Rights Watch, 27.06.2018, <https://www.hrw.org/news/2018/06/27/qa-guantanamo-bay-us-detentions-and-trump-administration> (Erişim Tarihi: 20.02.2020).

⁶⁸ "Black sites" olarak adlandırılan bu gizli hapishanelerde ne tür sorgu yöntemlerinin kullanıldığı bu yerlerin doğası itibariyle hâlâ gizliliğini korumaktadır. Ancak bu yerlerde bulunan tutuklulara çeşitli kötü muameleler yapıldığı iddiaları artık neredeyse kanıtlanmış durumdadır. Bkz. FORSYTHE, David: "The Politics of Prisoner Abuse: The United States and Enemy Prisoners after 9/11", Cambridge University Press, Cambridge 2011, s.136-161. Bu gizli hapishaneler Bush döneminde faaliyete başlamış, ancak Obama tarafından kapatılmıştır. Başkan Trump 2017'de bu hapishanelerden bazılarının açılması için bir taslak Başkanlık Kararnamesi hazırlamış, ancak bu kararname görev süresinin sonuna kadar yürürlüğe konmamıştır.

⁶⁹ SHEAR, Michael/GORDON, Michael: "63 Hours: From Chemical Attack to Trump's Strike in Syria", The New York Times, 07.04.2017, <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/syria-strike-trump-timeline.html> (Erişim Tarihi: 19.07.2020).

⁷⁰ COOPER, Helene/GIBBONS-NEFF, Thomas/HUBBARD, Ben: U.S., Britain and France Strike Syria Over Suspected Chemical Weapons Attack, The New York Times, 13.04.2018 <https://www.nytimes.com/2018/04/13/world/middleeast/trump-strikes-syria-attack.html> (Erişim Tarihi: 19.07.2020).

⁷¹ Uluslararası hukukta önleyici veya caydırıcı amaçlarla kuvvet kullanımının detaylı şekilde ele alındığı bir çalışma için bkz. MURPHY, Sean: "The Doctrine of Preemptive Self-Defense", Villanova Law Review, 50(3), 2005, 699-748.

çerçevesinde bir şekilde meşrulaştırmaya çalışırken,⁷² Trump yönetimi uluslararası hukuku görmezden gelmekle yetinmiştir. Bu anlamda Suriye'ye yönelik saldırıların, “ölümcül kimyasal silahların yayılmasını ve kullanılmasını önlemek ve caydırmak için ABD'nin hayati ulusal güvenlik çıkarlarına” uygun olduğunu belirten bir açıklama yapmak Trump yönetimi için yeterli olmuştur⁷³. UAD'nin Nikaragua kararında belirttiği üzere, “bir devletin yeni bir hakka veya esas hakkın daha önce eşi görülmemiş bir istisnasına dayanabilmesi, ilke olarak diğer devletler tarafından paylaşılırsa, uluslararası teamül hukukunda değişiklik yapma eğilimindedir” ve salt uluslararası politika beyanları uluslararası hukuka etki etmezler⁷⁴. Trump'ın yaptığı ise, aşırı doz realizm kokan bir uluslararası politika beyanından başka bir şey değildir.

BM İnsan Hakları Konseyi'nin kendi iç işlerine karışmasını ulusal egemenlik haklarının ihlali olarak gören Trump yönetimi, seleflerine de benzer şekilde diğer ülkelerin içişlerine müdahale etmekten çekinmemiştir. Böyle bir müdahale, örneğin Venezuela Devlet Başkanı Nicolas Maduro'ya karşı alınan tavırda açık şekilde gözlenmiştir. Venezuela seçimlerinin meşruluğunu kabul etmeyen Trump, Ocak 2019'da Venezuela Ulusal Meclisi'nin başkanı Juan Guaido'yu ülkenin geçici devlet başkanı olarak tanımıştır⁷⁵. Bunun bir sonucu olarak Guaido, Venezuela'nın ABD'deki banka hesapları, altın rezervleri ve ABD şirketlerinde hisseler dahil tüm varlıklarına erişim hakkı kazanmakta, Venezuela'nın Washington'daki büyükelçisini atayabilmekte ve hatta teknik olarak ABD'yi Venezuela'ya askeri müdahalede bulunmaya davet edebilmekteydi⁷⁶. Ancak Maduro hükümeti hala ülkeyi etkin bir şekilde kontrol ettiği için, Başkan Trump'ın bu politikası şimdiye kadar ülkeyi istikrarsızlaştırmak dışında başka bir işe yaramamıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki böyle bir müdahale, uluslararası hukukun yerleşik prensiplerinden biri olan ve BM Şartı madde 2(7)'de açıkça yer verilen “iç işlerine karışmama ilkesi” kapsamında da uluslararası hukukun açık bir ihlalidir.

D. Uluslararası Hukukun Emredici Kurallarının İhlalinde Suç Ortaklığı

ABD'nin Mart 2019'da İsrail'in Suriye'ye ait Golan Tepeleri üzerindeki fiili egemenliğini tanınması, Trump'ın uluslararası hukukun mezarına attığı son kürek toprak olmuştur. Bu tanıma ile Trump, uluslararası hukukun en temel prensiplerinden olan devletlerin toprak bütünlüğü ve kuvvet kullanımının yasaklanması ilkelerini açık şekilde ve doğrudan çiğnemiştir.

İkinci Dünya Savaşı sonrası uluslararası hukuk sisteminin artık herkes tarafından kabul edilmiş ve *jus cogens* haline gelmiş ilkesi uyarınca, bir devlet bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidinden ya da kuvvet kullanımına başvurmadan kaçınır ve kuvvet kullanma tehdidi veya kullanımından kaynaklanan hiçbir toprak kazanımı yasal olarak kabul edilmez. Toprak kazanımı bağlamında, kuvvet kullanımının hukuka aykırı veya uygun bir kullanımı olup olmadığı, bir diğer ifadeyle *jus in bello* ve *jus ad bellum* ayrımı ise önemli değildir. Bu kural yalnızca BM Şartı'nın 2(4) maddesinden kaynaklanmamakta, aynı zamanda uluslararası teamül hukukunda da açık şekilde izlenmektedir⁷⁷. Durumu daha ilginç hale getiren ise, bu temel ilkeyi uluslararası hukukun ayrılmaz bir parçası haline getiren devletlerden birinin bizzatı ABD olmasıdır.

İsrail'in Golan Tepeleri üzerindeki egemenliğinin tanınması, sadece uluslararası hukukun açık bir ihlali değil, aynı zamanda BM sisteminin de altını oyan bir eylemdir. BM Güvenlik Konseyi, Aralık 1981'de ABD'nin de oyunu içeren bir oybirliğiyle İsrail'in Golan Tepeleri'ni ilhak etmesine ilişkin aldığı kararda, “toprakların kuvvet yoluyla kazanımının [BM] Şartı, uluslararası hukuk ilkeleri ve ilgili Güvenlik Konseyi kararları uyarınca kabul edilemez olduğu” ve “İsrail'in, işgal altındaki Golan Tepeleri'nde yasalarını, yargı

⁷² Örneğin Başkan Clinton, bugün artık herkesin uluslararası hukuka aykırı bulduğu 1999 NATO'nun Kosova müdahalesini “gelmiş geçmiş ilk insani savaş” olarak meşrulaştırmaya çalışmıştır (DIPRIZIO, Robert: Armed Humanitarians: U.S. Interventions from Northern Iraq to Kosovo, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2002, s.130).

⁷³ GORDON, Michael v.d.: “Dozens of U.S. Missiles Hit Air Base in Syria, The New York Times, 06.04.2017 <https://www.nytimes.com/2017/04/06/world/middleeast/us-said-to-weigh-military-responses-to-syrian-chemical-attack.html> (Erişim Tarihi: 10.07.2020).

⁷⁴ ICJ, Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. USA), Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, 14 at 109, para. 207 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>).

⁷⁵ “Statement from President Donald J. Trump Recognizing Venezuelan National Assembly President Juan Guaido as the Interim President of Venezuela”, The White House, 23.01.2019, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-president-donald-j-trump-recognizing-venezuelan-national-assembly-president-juan-guaido-interim-president-venezuela/> (Erişim Tarihi: 10.07.2020).

⁷⁶ Uluslararası hukukta davet ile müdahale konsepti için bkz. BYERS, Michael: “Terrorism, The use of Force and International Law After 11 September”, International and Comparative Law Quarterly, 51(2), 2002, s.401-414.

⁷⁷ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, GA Res 2625 (XXV) of 24 October 1970, annex, Principle I, para. 10; Definition of Aggression, GA Res 3314 (XXIX) of 14 December 1974, annex, art. 5(3); Helsinki Final Act, adopted on 1 August 1975, 14 International Legal Materials (1975), 1292, first basket; Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission on 3 August 2001, ILC Yearbook 2001, vol. II/2, s.26, art. 41(2); ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Reports 2004, 136, s.171, para. 87.

yetkisini ve idare gücünü uygulama kararının hükümsüz ve geçersiz olduğu ve uluslararası yasal bir etki doğurmayacağı” hususunu açıkça belirtmiştir⁷⁸. Hem Güvenlik Konseyi hem de BM Genel Kurulu, en sonuncusu Aralık 2018’de olmak üzere, elliden fazla kararda bu pozisyonu defalarca sürdürmüştür⁷⁹.

IV. SONUÇ

Uluslararası antlaşmalardan çekilme, yeni antlaşmaların yapılmasının engellenmesi, uluslararası kurum ve kuruluşlardan çekilme ve BM çerçevesinde uluslararası sorun çözme mekanizmalarına katılmama gibi davranışlar çok taraflılığın derin ve genel bir reddinin açık ifadeleridir. Trump yönetiminde *jus gentium*, yalnızca devletler arasında işleyen ve ABD’nin çıkarlarına göre günden güne değişebilen bir *jus inter gentes*’e indirgenmiştir. Trump’ın yukarıda bahsedilen uygulamalarına uluslararası toplumdan tepkiler olsa da⁸⁰ bunlar ABD politikalarında herhangi bir değişikliğe yol açmamış, hatta Trump gün geçtikçe daha popülist, tek taraflı ve uluslararası toplumdan kopuk politikalar izlemiştir⁸¹.

Trump yönetimi mümkün olan her durumda, uluslararası sistemden ayrışma, tek taraflılık ve izolasyonizm üzerine kurulu bir politikanın izlendiği “Önce Amerika (America First)” anlayışını benimsemiştir⁸². Belirtmek gerekir ki ABD dış politikasındaki izolasyonist politikalar bu ülkenin sömürge dönemine kadar uzanmaktadır. Amerikan kolonisinde yaşayan çoğu kimse için dinsel ve ekonomik özgürlüklerini reddeden ve onları savaşlarda tutsak eden Avrupalı hükümetlerle ilişkilerin devamı en arzu edilen şey olmuştur.⁸³ 1776 yılında bağımsızlığın kazanılması, Atlantik Okyanusu sayesinde Avrupalı sömürgeci efendilerden etkin bir şekilde izole edilmiş olma gerçeği ile birleşince, bu durum Amerikalılar için rahatlatıcı olmuştur. 1812 Savaşı, Meksika Savaşı ve İspanyol-Amerikan Savaşı ile izolasyonist politikadan kısa süreli ayrılmalar yaşansa da 1823 yılında Monroe Doktrini ile bu politika teorik bir temele oturtulmuş ve Birinci Dünya Savaşı’na kadar takip edilmiştir.⁸⁴ Aktif savaşta yer almamış olsa da ABD’nin çeşitli ülkelerle ittifaklar kurarak Birinci Dünya Savaşı’na pasif katılımı, ülkenin tarihsel izolasyonist politikasından ilk ayrılışına işaret etmiştir. Bununla birlikte, savaştan sonra ABD Avrupalı devletlere yönelik verdiği tüm taahhütlerini sona erdirerek izolasyonist köklerine geri dönmüştür. Dahası Başkan Woodrow Wilson’ın tavsiyesine karşı ABD Senatosu, ABD’nin Milletler Cemiyeti’ne katılmasını gerektireceği ve klasik politikasını zedeleyeceği için savaşı sona erdiren Versailles Antlaşması’nı kabul etmemiştir.⁸⁵ İkinci Dünya Savaşı ile birlikte klasik izolasyonizm politikasını terk ederek uluslararası sistemin asli kurucu üyelerinden biri haline gelen ABD, Trump’ın başkanlık dönemine kadar uluslararası katılıma büyük önem vermiştir.

Trump yönetiminin yaklaşımı ise, mevcut uluslararası hukuk rejimine uyumlu hale gelme çabalarına katılmayı değerli bulmazken, ABD’nin eylemsel kapasitesini daraltan hiçbir kuralın varlığını da reddetmiştir. Bu göre ABD, uluslararası kurallarla değil, potansiyel ulusal çıkarlarına göre hareket etmelidir. Bu itibarla Trump’ın yaklaşımı, ülkesinin üzerine kurulduğu ve modern uluslararası hukukun temelini oluşturan evrensel haklara değil, kendi ulusal çıkarlarına dayanmıştır. Trump yönetiminin uluslararası ilişkilere yaklaşımı çok büyük ölçüde sert güçle ilişkilendirilmiş ve çok taraflı diplomatik angajman için herhangi bir strateji içermediği için eleştirilmiştir⁸⁶.

Trump yönetimi, uluslararası hukukun temel ilkelerinden olan *pacta sunt servanda*’yı defaten ihlal etmekle ülkesinin üzerine inşa edildiği çok taraflılık ve enternasyonalizm düşüncelerini dinamitlemiştir. Çok taraflılığın karşısına Amerikanizm koyulurken, uluslararası kurumlardan ayrılmakla kalınmamış, bunlara yönelik doğrudan saldırılarda uluslararası kurumsal örgütlenme çabalarına zarar verilmiştir. Trump yönetimi döneminde ABD tarafından insan hakları ve kuvvet kullanımı gibi alanlarda yerleşik uluslararası hukuk

⁷⁸ SC Res 497 (1981) of 17 December 1981, UN Doc. S/RES/497 (1981), Preambular para. 3 and para. 1.

⁷⁹ GA Res 73/100, 7 Aralık 2018, UN Doc. A/RES/73/100, 18 Aralık 2018. Karar 149 lehte, 2 (İsrail ve ABD) aleyhte ve 22 çekimser oyla kabul edilmiştir.

⁸⁰ Bu tepkilerin kimler tarafından nasıl ortaya konulduğu bu çalışmanın kapsamını doğal olarak aşmaktadır. Bu konuda bir çalışma için bkz. KOH, Harold Hongju: *The Trump Administration and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

⁸¹ STOKES, Doug: “Trump, American Hegemony and the Future of the Liberal International Order”, *International Affairs*, 94(1), 2018, s.133-150.

⁸² The Inaugural Address, The White House, 20.01.2017, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/the-inaugural-address/> (Erişim Tarihi: 16.08.2020). Trump dönemi “America First” dış politikası anlayışı için bkz. MACDONALD, Paul: “America First? Explaining Continuity and Change in Trump’s Foreign Policy”, *Political Science Quarterly*, 133(3), 2018, s.401-434.

⁸³ ROSSIGNOL, Marie-Jeanne: “Early Isolationism Revisited: Neutrality and Beyond in the 1790s”, *Journal of American Studies*, 29(2), 1995, s.215-227.

⁸⁴ GILDERHUSI, Mark: “The Monroe Doctrine: Meanings and Implications”, *Presidential Studies Quarterly*, 36(1), 2006, s.5-16.

⁸⁵ KELLEY, Judith/PEVEHOUSE, Jon C.W.: “An Opportunity Cost Theory of US Treaty Behavior”, *International Studies Quarterly*, 59(3), 2015, s.531.

⁸⁶ GRAMER, Robbie v.d.: “How the Trump Administration Broke the State Department, Foreign Policy”, 31.07.2017, <https://foreignpolicy.com/2017/07/31/how-the-trump-administration-broke-the-state-department/> (Erişim Tarihi: 16.08.2020).

kuralları göz ardı edilirken, müttefiki olan devletlerin uluslararası hukukun emredici kurallarını ihlalinde suç ortaklığı yapılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Trump öncesi ABD başkanları da ulusal çıkarlarına aykırı olarak değerlendirdikleri uluslararası antlaşmaları imzalamamışlar veya uluslararası mahkemelerin yargı yetkisinden ayrılmışlardır⁸⁷. Ancak bu eylemler Trump dönemindekilerden bir konuda ciddi şekilde farklılaşmaktadır: uluslararası hukukun saygınlığının korunması. Örneğin Başkan Reagan, 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'ni imzalamayı reddetmesine rağmen, antlaşmanın dayandığı esas ilkelerin neredeyse tamamına uyma niyetinde olduğunu açıklamıştır⁸⁸. Benzer şekilde, ABD'nin Nikaragua ile olan anlaşmazlığına UAD'nin müdahil olmasına tepki olarak mahkemenin yargı yetkisini reddetmiş olmasına rağmen, Reagan yönetimi Kanada ile olan toprak anlaşmazlığında UAD'nin kararını kabul etmiştir⁸⁹. Trump dönemi uygulamaları ise uluslararası hukukun önemsenmediğini açıkça göstermektedir. Trump, politikalarının ABD'nin uluslararası itibarını ve hatta dünyanın istikrarını tehlikeye attığı itirazlarına neredeyse kulaklarını kapamıştır. Trump yönetimi, İran örneğinde olduğu gibi, dünyaya ABD'nin herhangi bir zamanda ve herhangi bir nedenle bir antlaşmaya artık uymayabileceği mesajını vermiştir, ki bu, uluslararası hukukun tartışmasız en temel ilkesi olan *pacta sunt servanda*'ya açık ve tehlikeli bir meydan okumadır.

PİDA'dan çekilme adımı bile, Trump yönetiminin uluslararası hukuktan ne derece kopuk olduğunu gösteren başlı başına somut bir örnektir. Söz konusu antlaşma, bir devletin antlaşmadan çekilme hakkını yalnızca antlaşmanın 28(1)'inci maddesinde belirtilen şartlar dahilinde kabul etmektedir. Buna göre, antlaşmaya taraf devletlerden birinin, antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç yıl sonrasına kadar çekilme bildiriminde bulunamayacağı açık hükme bağlanmıştır⁹⁰. PİDA 4 Kasım 2016'da yürürlüğe girdiğinden, ABD veya herhangi başka bir ülkenin bir çekilme bildiriminde bulunabileceği en erken tarih 4 Kasım 2019'dur. Yine antlaşmanın 28(2)'inci maddesinde belirtildiği üzere, bu bildirim hukuki bir geçerlilik kazanması için de bildirim yapıldığı tarihten itibaren bir yıllık süre geçmesi gerekecektir. Dolayısıyla ABD'nin antlaşmadan pratikte çekilebileceği tarih, 3 Kasım 2020'de yapılan ABD başkanlık seçimlerinden bir sonraki gündür. O zamana kadar Trump'ın Haziran 2017'de yaptığı çekilme bildirimini, Twitter'da yaptığı açıklamalar kadar hukuki sonuç doğurmuştur.

Peki Donald Trump ile uluslararası hukuk arasındaki savaşta kim kazanmıştır? Her ne kadar Trump son seçimleri kazanamamış olsa da onun politikalarının etkilerine bağlı olarak uzun vadede kimin kazanacağı, hangi tarafın daha dirençli olduğuna bağlı olacaktır. Trump yönetimi, gücün tek belirleyici olduğu ve büyük balığın küçük balığı yediği Hobbesçu bir küresel düzene geri dönme arzusunda bir görüntü vermiştir. Ancak unutulmamalıdır ki böyle bir düzenden, iklim değişikliği, insan hakları, göç ve savaş gibi gerçek anlamda uluslararası sorunlara sürdürülebilir çözümler üretmenin tek yolu olan bir uluslararası iş birliği sistemine geçmek yüzyıllar almıştır.

KAYNAKÇA

- "Donald Trump to withdraw US from Arms Trade Treaty", BBC, 27.04.2019, <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-48076262> (Erişim Tarihi: 13.08.2020).
- "Draft Executive Order - Moratorium on New Treaties, Explanatory Statement", The Washington Post, <https://apps.washingtonpost.com/g/documents/world/read-the-trump-administrations-draft-of-the-executive-order-on-treaties/2307/> (Erişim Tarihi: 13.08.2020).
- "Full text of John Bolton's speech to the Federalist Society", Al Jazeera, 10.09.2018, <https://www.aljazeera.com/news/2018/09/full-text-john-bolton-speech-federalist-society-180910172828633.html> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).
- "ICC Rejects Request to Investigate War Crimes in Afghanistan", BBC, 12.04.2019, <https://www.bbc.com/news/world-asia-47912140> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).
- "India, China No Longer 'Developing Nations', Won't Let Them Take 'advantage' From WTO: Donald Trump", The Economic Times, 14.10.2019, <https://economictimes.indiatimes.com/news/economy/foreign-trade/india-china-no-longer-developing-nations-wont-let-them-take-advantage-from-wto-donald-trump/articleshow/70673014.cms?from=mdr> (Erişim Tarihi: 04.06.2020).
- "International Criminal Court - Article 98 Agreements Research Guide", Georgetown Law Library, <https://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=363527&p=2456099> (Erişim Tarihi: 22.06.2020).

⁸⁷ Bkz. dipnot 21.

⁸⁸ LARSON, David: "The Reagan Administration and the Law of the Sea", *Ocean Development and International Law*, 11(4), 1982, s.297-320.

⁸⁹ CLEAVER, Martin/TRAN, Mark: "US Dismisses World Court Ruling on Contras", *The Guardian*, 28.06.1986, <https://www.theguardian.com/world/1986/jun/28/usa.marktran> (Erişim Tarihi: 22.08.2020).

⁹⁰ Paris Agreement of the United Nations Framework Convention on Climate Change art. 28(1), Apr. 22, 2016, T.I.A.S. No. 16-1104.

- “On U.S. Assistance To UNRWA (Press Statement Heather Nauert, Acting Under Secretary For Public Diplomacy and Public Affairs and State Department Spokesperson)”, US Department of State, 31.08.2018, <https://www.state.gov/on-u-s-assistance-to-unrwa/> (Erişim Tarihi: 10.07.2020).
- “Presidential Message to the Senate of the United States on the Withdrawal of the Arms Trade Treaty”, The White House, 29.05.2019, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/presidential-message-senate-united-states-withdrawal-arms-trade-treaty/> (Erişim Tarihi: 08.08.2020).
- “Press briefing note on Egypt, United States and Ethiopia (Spokesperson for the UN High Commissioner for Human Rights: Ravina Shamdasani)”, OHCHR, 05.06.2018, <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23174&LangID=E> (Erişim Tarihi: 23.06.2020).
- “Q&A: Guantanamo Bay, US Detentions, and the Trump Administration”, Human Rights Watch, 27.06.2018, <https://www.hrw.org/news/2018/06/27/qa-guantanamo-bay-us-detentions-and-trump-administration> (Erişim Tarihi: 20.02.2020).
- “Remarks by President Trump on the Joint Comprehensive Plan of Action”, The White House, 08.05.2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-joint-comprehensive-plan-action/> (Erişim Tarihi: 18.08.2020).
- “Remarks by President Trump on the United States-Mexico-Canada Agreement”, The White House, 01.10.2018, [whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-united-states-mexico-canada-agreement/](https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-united-states-mexico-canada-agreement/) (Erişim Tarihi: 21.10.2020).
- “Remarks by President Trump to the 73rd Session of the United Nations General Assembly”, The White House, 25.09.2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/> (Erişim Tarihi: 13.08.2020).
- “Statement from President Donald J. Trump Recognizing Venezuelan National Assembly President Juan Guaido as the Interim President of Venezuela”, The White House, 23.01.2019, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-president-donald-j-trump-recognizing-venezuelan-national-assembly-president-juan-guaido-interim-president-venezuela/> (Erişim Tarihi: 10.07.2020).
- “Statement from the President”, The White House, 12.04.2019, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-from-the-president-8/> (Erişim Tarihi: 24.06.2020).
- “The United States Officially Rejoins the Paris Agreement (Press Statement Antony J. Blinken, Secretary Of State)”, US Department of State, 19.02.2021, <https://www.state.gov/the-united-states-officially-rejoins-the-paris-agreement/> (Erişim Tarihi: 06.03.2021).
- “The United States Withdraws From UNESCO (Press Statement, Heather Nauert, Spokesperson)”, US Department of State, 12.10.2017, <https://www.state.gov/the-united-states-withdraws-from-unesco/#:~:text=On%20October%2012%2C%202017%2C%20the,permanent%20observer%20mission%20to%20UNESCO> (Erişim Tarihi: 18.08.2020).
- “Trump Administration Ends Participation in Global Compact on Migration, Citing Concerns Regarding U.S. Sovereignty”, American Journal of International Law, 112(2), 2018, s.311-313.
- “United States Withdraws from the UN Human Rights Council, Shortly After Receiving Criticism About Its Border Policy”, American Journal of International Law, 112(4), 2018, s.745-751.
- 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf ((Erişim Tarihi: 11.02.2021).
- American Service-Members’ Protection Act of 2002, Public Law 107-206, 02.10.2002, 2001-2009.state.gov/t/pm/rls/othr/misc/23425.htm (Erişim Tarihi: 22.06.2020).
- Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission on 3 August 2001, ILC Yearbook 2001, vol. II/2.
- BARTHOLET, Elizabeth: “Ratification by the United States of the Convention on the Rights of the Child: Pros and Cons from a Child’s Rights Perspective”, The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, 633(1), 2010, 80-101.
- BELLINGER II, John: “The Trump Administration’s Approach to International Law and Courts: Are We Seeing a Turn for the Worse”, Case Western Reserve Journal of International Law, 51, 2019, s.7-28.
- BEEMAN, Rachel: “What are the three characteristics of Trumpism?: A Discourse Analysis of Trump’s Four Major Campaign Speeches”, Political Analysis, 19, 2018, s.4-16.
- BRICE, Makini/WROUGHTON, Lesley: “U.S. Expands Abortion ‘Gag Rule,’ Cuts Funding to Regional Bloc: Pompeo”, Reuters, 26.03.2019, <https://www.reuters.com/article/us-usa-abortion-pompeo/us-expands-abortion-gag-rule-cuts-funding-to-regional-bloc-pompeo-idUSKCN1R71LZ> (Erişim Tarihi: 11.07.2020).
- BROWNE, Ryan: “Trump Administration to Cut Its Financial Contribution to NATO”, CNN, 28.11.2019, <https://edition.cnn.com/2019/11/27/politics/trump-nato-contribution-nato/index.html> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).
- BURCHILL, Scott: The National Interest in International Relations Theory, New York, Palgrave Macmillan, 2005.

- BYERS, Michael: “Terrorism, The use of Force and International Law After 11 September”, *International and Comparative Law Quarterly*, 51(2), 2002, s.401-414.
- ÇAĞLI, Pınar: “Evrensel Periyodik Gözden Geçirme Usulü ve Türkiye İncelemesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, 31(1), 2011, s.153-189.
- ÇAŞIN, Mesut Hakkı: *Uluslararası Andlaşmalar Hukuku*, İstanbul, Yeditepe Üniversitesi Yayınları.
- ÇETİN, Şerife: “NATO, ABD’nin Açık Semalar Anlaşması’ndan Çekilme Kararının Ardından Toplanıyor”, *Anadolu Ajansı*, 22.05.2020, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/nato-abdnin-acik-semalar-anlasmasindan-cekilme-kararinin-ardindan-toplaniyor/1849935> (Erişim Tarihi: 20.06.2020).
- CHOW, Daniel/SHELDON, Ian/MCGUIRE, William: “How the United States Withdrawal From the Trans-Pacific Partnership Benefits China”, *University of Pennsylvania Journal of Law and Public Affairs*, 4(1), 2018, s.37-80.
- CANTÜRK, Barış Cihan: *Uluslararası Hukukta Andlaşmaların Sona Erdirilmesi Kurumunun Bir Dayanağı Olarak “Rebus Sic Stantibus” İlkesi*, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10, 2015, s.83-96.
- CLARKE, Michael/RICKETTS, Anthony: “Donald Trump and American Foreign Policy: The Return of the Jacksonian Tradition”, *Comparative Strategy*, 36(4), 2017, s.366-379.
- CLEAVER, Martin/TRAN, Mark: “US Dismisses World Court Ruling on Contras”, *The Guardian*, 28.06.1986, <https://www.theguardian.com/world/1986/jun/28/usa.marktran> (Erişim Tarihi: 22.08.2020).
- Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, 189 UNTS 137.
- COOPER, Helene/GIBBONS-NEFF, Thomas/HUBBARD, Ben: *U.S., Britain and France Strike Syria Over Suspected Chemical Weapons Attack*, *The New York Times*, 13.04.2018 <https://www.nytimes.com/2018/04/13/world/middleeast/trump-strikes-syria-attack.html> (Erişim Tarihi: 19.07.2020).
- CUMMING-BRUCE, Nick: “U.S. Will Remain in Postal Treaty After Emergency Talks”, *The New York Times*, 25.10.2019, <https://www.nytimes.com/2019/09/25/business/universal-postal-union-withdraw.html> (Erişim Tarihi: 21.10.2020).
- DE LUCE, Dan/WILLIAMS, Abigail: “Trump Admin to Ban Entry of International Criminal Court Investigators”, 15.03.2019, <https://www.nbcnews.com/politics/white-house/trump-admin-ban-entry-international-criminal-court-investigators-n983766> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).
- Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, GA Res 2625 (XXV) of 24 October 1970.
- Definition of Aggression, GA Res 3314 (XXIX) of 14 December 1974.
- DIPRIZIO, Robert: *Armed Humanitarians: U.S. Interventions from Northern Iraq to Kosovo*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2002.
- DONNELLY, Jack: *Realism and International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press 2000.
- FORSYTHE, David: “The Politics of Prisoner Abuse: The United States and Enemy Prisoners after 9/11”, Cambridge University Press, Cambridge 2011.
- GA Res 73/100, 7 Aralık 2018, UN Doc. A/RES/73/100, 18 Aralık 2018.
- GA Res 73/151, 17 December 2018, UN Doc. A/RES/73/151, 10 January 2019, para. 23, <https://undocs.org/en/A/RES/73/151> (Erişim Tarihi: 11.08.2020).
- GILDERHUSI, Mark: “The Monroe Doctrine: Meanings and Implications”, *Presidential Studies Quarterly*, 36(1), 2006, s.5-16.
- GORDON, Michael/COOPER, Helene/SHEAR, Michael: “Dozens of U.S. Missiles Hit Air Base in Syria”, *The New York Times*, 06.04.2017 <https://www.nytimes.com/2017/04/06/world/middleeast/us-said-to-weigh-military-responses-to-syrian-chemical-attack.html> (Erişim Tarihi: 10.07.2020).
- GRAMER, Robbie/DE LUCE, Dan/LYNCH, Colum: “How the Trump Administration Broke the State Department, Foreign Policy”, 31.07.2017, <https://foreignpolicy.com/2017/07/31/how-the-trump-administration-broke-the-state-department/> (Erişim Tarihi: 16.08.2020).
- GUZMAN, Andrew/MEYER, Timothy: “International Soft Law”, *Journal of Legal Analysis*, 2(1), 2010, s.171–225.
- HANSLER, Jennifer/ATWOOD, Kylie/GAOUETTE, Nicole, Trump administration freezes foreign aid funds pending review, *CNN*, 07.08.2019, <https://edition.cnn.com/2019/08/06/politics/omb-state-department-usaid-letter/index.html> (Erişim Tarihi: 21.07.2020).
- Helsinki Final Act, adopted on 1 August 1975, 14 *International Legal Materials* (1975).
- ICJ, “Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Iran v. USA)”, *Provisional Measures*, 3 October 2018, *ICJ Reports* 2018, para. 102 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/175/175-20200903-PRE-01-00-EN.pdf>).
- ICJ, “Relocation of the United States Embassy to Jerusalem (Palestine v. USA)”, *Application Instituting Proceedings*, 28 September 2018 (www.icj-cij.org/files/casereLATED/176/176-20180928-APP-01-00-EN.pdf).
- ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, *ICJ Reports* 2004.
- ICJ, *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. USA)*, *Merits, Judgment*, *ICJ Reports* 1986, 14 at 109, para. 207 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>).

- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 7 March 1966, 660 UNTS 195.
- International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, 999 UNTS 171.
- JANIS, Mark: *America and the Law of Nations 1776-1939*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- KELLEY, Judith/PEVEHOUSE, Jon C.W.: “An Opportunity Cost Theory of US Treaty Behavior”, *International Studies Quarterly*, 59(3), 2015, s.531-543.
- KOH, Harold Hongju: *The Trump Administration and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- KUMAR, Akshaya: “The US Is Not Off the Hook with Human Rights even If It Leaves the UN”, *Metro News*, 23.06.2018, <https://metro.co.uk/2018/06/23/the-us-is-not-off-the-hook-with-human-rights-even-if-it-leaves-the-un-7651017/> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).
- LARSON, David: “The Reagan Administration and the Law of the Sea”, *Ocean Development and International Law*, 11(4), 1982, s.297-320.
- LARSON, David: “The Reagan Rejection of the U.N. Convention”, *Ocean Development and International Law*, 14(4), s.337-361.
- LEMAN, Kevin: *What Your Childhood Memories Say about You (and What You Can Do about It)*, Tyndale House Publishers, Illinois, 2006.
- LOPEZ, Todd: “U.S. Withdraws From Intermediate-Range Nuclear Forces Treaty”, US Department of Defense, 02.08.2019, <https://www.defense.gov/Explore/News/Article/Article/1924779/us-withdraws-from-intermediate-range-nuclear-forces-treaty/#:~:text=%22Russia%20has%20failed%20to%20comply,Mark%20T> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).
- MACDONALD, Paul: “America First? Explaining Continuity and Change in Trump’s Foreign Policy”, *Political Science Quarterly*, 133(3), 2018, s.401-434.
- MALAWER, Stuart: “Reagan’s Law and Foreign Policy, 1981-1987: The Reagan Corollary of International Law” *Harvard International Law Journal*, 29(1), 1988, p. 85-110.
- MELISH, Tara: “From Paradox to Subsidiarity: The United States and Human Rights Treaty Bodies”, *The Yale Journal of International Law*, 34, 2009, 389-462.
- MICKLETHWAIT, John/TALEV, Margaret/JACOBS, Jennifer: “Trump Threatens to Pull U.S. Out of WTO If It Doesn’t ‘Shape Up’”, *Bloomberg*, 31.08.2018, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-08-30/trump-says-he-will-pull-u-s-out-of-wto-if-they-don-t-shape-up> (Erişim Tarihi: 05.06.2020).
- MIX, Morning: “Trump Threatens to Permanently Cut WHO Funding, Leave Body If Changes Aren’t Made within 30 Days”, *The Washington Post*, 19.05.2020, <https://www.washingtonpost.com/nation/2020/05/19/who-funding-trump/> (Erişim Tarihi: 19.07.2020).
- MORALES, Christina: “Biden Restores Ties with the World Health Organization that Were Cut by Trump.”, *The New York Times*, 20.01.2021, <https://www.nytimes.com/2021/01/20/world/biden-restores-who-ties.html> (Erişim Tarihi: 06.03.2021).
- MORAN, Clare Frances: “Crystallising the International Rule of Law: Trump’s Accidental Contribution to International Law”, *Washburn Law Journal*, 56(3), 2017, s.491-506.
- MORGENTHAU, Hans J.: *Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace*, 2. Bası., Knopf, New York 1948.
- MURPHY, Sean: “The Doctrine of Preemptive Self-Defense”, *Villanova Law Review*, 50(3), 2005, s.699-748.
- OLIVARES, Mariela: “The Rise of Zero Tolerance and the Demise of Family”, *Georgia State University Law Review*, 36(2), 2020, s.287-350.
- PAVONE, I. Richard: “The Paris Agreement and the Trump administration: Road to Nowhere?”, *Journal of International Studies*, 11(1), 2018, p.34-49.
- PAZARCI, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk*, 16. Bası, Ankara, Turhan 2012.
- PERPER, Rosie: “US Ditches the UN’s Human Rights Council and Calls It ‘Hypocritical and Self-Serving’ on Its Way Out the Door”, *Business Insider*, 20.06.2018, <https://www.businessinsider.com/us-withdraws-from-un-human-rights-council-2018-6> (Erişim Tarihi: 21.06.2020).
- PILKINGTON, Ed: “US Halts Cooperation with UN on Potential Human Rights Violations”, *The Guardian*, 04.01.2020, <https://www.theguardian.com/law/2019/jan/04/trump-administration-un-human-rights-violations> (Erişim Tarihi: 01.06.2020).
- RAMPTON, Roberta/WROUGHTON, Lesley/VAN DEN BERG, Stephanie: “U.S. Withdraws From International Accords, Says U.N. World Court ‘Politicized’”, *Reuters*, 03.10.2018, <https://www.reuters.com/article/us-usa-diplomacy-treaty/u-s-withdraws-from-international-accords-says-u-n-world-court-politicized-idUSKCN1MD2CP> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).
- ROGERS, Katie/MANDAVILLI, Apoorva: “Trump Administration Signals Formal Withdrawal From W.H.O.”, *The New York Times*, 07.07.2020, <https://www.nytimes.com/2020/07/07/us/politics/coronavirus-trump-who.html?auth=login-google> (Erişim Tarihi: 21.07.2020).
- ROSSIGNOL, Marie-Jeanne: “Early Isolationism Revisited: Neutrality and Beyond in the 1790s”, *Journal of American Studies*, 29(2), 1995, s.215-227.

- SAAD, Aaron, “Pathways of Harm: The Consequences of Trump’s Withdrawal from the Paris Climate Agreement”, *Environmental Justice*, 11(1), 2018, 47–51.
- SC Res 497 (1981) of 17 December 1981, UN Doc. S/RES/497 (1981).
- SHEAR, Michael/GORDON, Michael: “63 Hours: From Chemical Attack to Trump’s Strike in Syria”, *The New York Times*, 07.04.2017, <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/syria-strike-trump-timeline.html> (Erişim Tarihi: 19.07.2020).
- SIMONS, Marlise/SPECIA, Megan: “U.S. Revokes Visa of I.C.C. Prosecutor Pursuing Afghan War Crimes”, 05.04.2019, <https://www.nytimes.com/2019/04/05/world/europe/us-icc-prosecutor-afghanistan.html> (Erişim Tarihi: 18.06.2020).
- Statement from the Press Secretary”, *The White House*, 17.10.2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/statement-press-secretary-38/> (Erişim Tarihi: 21.10.2020).
- STOKES, Doug: “Trump, American Hegemony and the Future of the Liberal International Order”, *International Affairs*, 94(1), 2018, s.133-150.
- SWANSON, Ana/COCHRANE, Emily: “Trump Signs Trade Deal With Canada and Mexico”, *The New York Times*, 29.01.2020, <https://www.nytimes.com/2020/01/29/business/economy/usmca-trump.html> (Erişim Tarihi: 03.11.2020).
- The Inaugural Address, *The White House*, 20.01.2017, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/the-inaugural-address/> (Erişim Tarihi: 16.08.2020).
- TURAK, Natasha: “US Rejects International Court of Justice Ruling on Iran, Continuing Its Isolationist Charge”, *CNBC*, 05.10.2018, <https://www.cnb.com/2018/10/05/us-rejects-international-court-of-justice-ruling-on-iran-continuing-its-isolationist-charge.html> (Erişim Tarihi: 18.08.2020).
- United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, Communication Search, spcommreports.ohchr.org/Tmsearch/TMDocuments (Erişim Tarihi: 19.07.2020).
- VINSON, Liz: “Family Separation Policy Continues Two Years After Trump Administration Claims It Ended”, *Southern Poverty Law Center*, 18.06.2020, <https://www.splcenter.org/news/2020/06/18/family-separation-policy-continues-two-years-after-trump-administration-claims-it-ended> (Erişim Tarihi: 14.06.2020).

MARTHA C. NUSSBAUM’UN DUYGU TEORİSİNDEN HAREKETLE YARGILAMADA EMPATİ VE SEMPATİ KAVRAMLARININ ROLÜ

THE ROLE OF EMPATHY AND SYMPATHY IN JUDGMENT
WITH REFERENCE TO MARTHA C. NUSSBAUM’S THEORY OF EMOTION

Aydın Furkan KAYNAK*  

Makale Bilgi

Gönderi: 27/10/2020
Kabul : 20/03/2021

Anahtar Kelimeler

*Empati,
Sempati,
Yargılama,
Martha C. Nussbaum,
Duygu Teorisi.*

Article Info

Received: 27/10/2020
Accepted: 20/03/2021

Keywords

*Empathy,
Sympathy,
Judgment,
Martha C. Nussbaum,
Theory of Emotion.*

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.816954> 

Duygular uzun bir süre boyunca yargılamada kullanılmasına karşı çıkan araçlar olarak görülmüş, hâkimin tarafsızlığına zarar vereceği düşüncesiyle reddedilmişlerdir. Yasa yapma süreçlerini dahi etkileyen duyguların, hâkimin yargılamasında da kendilerine yer bulacağı açıktır. Bu nedenle yargılamada duyguları reddeden bir anlayışın yerine yargılamada duygulardan nasıl yararlanılabileceği üzerine düşünülmesi gerekir. Çünkü duygular, yargılamada ve hatta sosyal hayatta adaletsizliklerin sebebi olabilir. Martha C. Nussbaum, kendi duygu teorisini geliştirerek duyguların adaletsizliklere nasıl sebep olduklarını göstermiş, geliştirmiş olduğu hümanizm yaklaşımıyla adaletsizliklerin engellenmesi için çalışmıştır. Bu makalede Martha C. Nussbaum’un duygu teorisinden hareket edilerek mahkemede duyguların öneminden bahsedilecek, ardından empati ve sempati kavramları üzerinde durularak yargılamada bu kavramların edinebileceği rol üzerine tartışılacaktır. Temel iddiamız, empati ve sempatinin hâkimin kendisinin ve yargılamanın taraflarının duygularını anlamada önemli bir araç olacaktır. Üstelik düşünülmenin aksine bu kavramlar, hâkimin tarafsızlığına da gölge düşürmeyecek; tarafsızlığı sağlamada hâkimin elini kuvvetlendirecektir. Empati ve sempati kavramlarının yardımıyla hâkim, yargılamada duyguları alet çantasındaki bir aleti kullanan bir usta gibi kullanacak, duygularının etkisinde değil, duygularının yardımıyla adaleti sağlayacak kararı verecektir.

Abstract

For a long time, emotions were considered as things that were opposed to being used in the judgment and were rejected with the thought that it would harm the judicial impartiality. It is clear that emotions that affect even law-making processes. And it will find their way into the judgment of the judge. For this reason, instead of an understanding that rejects feelings in judgment, it is necessary to consider how emotions can be used in judgment. Because emotions can be the cause of injustice in judgment and even in social life. Martha C. Nussbaum has shown how emotions cause injustice by developing her theory of emotion and worked to prevent injustices with the “Politics of Humanity” that she developed. In this article, the importance of emotions in court will be reviewed, based on Martha C. Nussbaum's theory of emotion. Then empathy and sympathy concepts will be explained and the role these concepts can have in judgment will be discussed. Our main claim is that empathy and sympathy will be an important tool in understanding the feelings of the judge himself/herself and the parties to the judgment. Moreover, contrary to the opposite view, these concepts will not overshadow judicial impartiality. It will strengthen the hand of the judge in ensuring impartiality. With the help of the concepts of empathy and sympathy, the judge will use emotions in the judgment like a craftsman using a tool in a toolbox. And with the help of his/her emotions, the judge can make a fair decision.

I. GİRİŞ

Bir an için Adalet Tanrıçası'nı gözümüzün önüne getirelim. O, her zaman için gözleri bağlı tasvir edilmiştir. Bu bağ nedeniyle hakkında karar verdiği kişileri görmeyen tanrıça, böylece tarafsızlığını ve objektifliğini korur. Kapalı gözleriyle yargılamayı sürdüren Themis böylece duygularına, kişisel görüşlerine ve ön yargılarına yer vermeden kararını verir, adaleti gerçekleştirir. Hikâye ne kadar güzel olsa da gerçek dünyada işler tam olarak böyle yürümez. Duygular, bir şekilde yargılamada kendilerine yer bulur. İşte bu durumdan yola çıkan makalede öncelikle Martha C. Nussbaum'un duygu teorisi açıklanacak, ardından yargılamada duyguların rolü tartışılmaya çalışılacaktır. Son olarak empati ve sempati kavramlarına dönülerek Nussbaum'un teorisinden hareketle bu kavramların hâkimlerin elinde önemli araçlar olabileceği varsayımının peşine düşülecektir.

II. MARTHA C. NUSSBAUM'UN DUYGULAR YAKLAŞIMI

A. Nussbaum'un Yaklaşımının Temelleri

Martha C. Nussbaum, yakın dönemin en etkili ve önemli düşünürlerinden biridir. Psikoloji, antropoloji, siyaset bilimi, hukuk, felsefe, edebiyat gibi alanları içeren kapsamlı bir program geliştirerek dünyadaki adaletsizlikleri gidermek için aktif bir şekilde çalışmış ve bunu da teorisini pratiğe geçirerek yapmıştır.¹ Bir eylem planı oluşturan Nussbaum, ilk adım olarak bir duygu teorisi üzerinde çalışmıştır. Nussbaum, ilk olarak eski çağlarda üzerinde sıkça durulan, ancak Aydınlanma ile çoğunlukla irrasyonel olarak görülmeye başlanan duygu kavramı üzerinde durmuştur.² Nussbaum'un, Aristoteles ve Stoacıların duygu teorisinden yola çıkarak geliştirdiği kendi duygu teorisi, sonrasında göreceğimiz “*iğrenmenin politikası*”³ ve “*hümanizm anlayışı*”⁴ düşüncelerinin dayandığı temeli anlamak açısından önemlidir.

Her şeyden önce Nussbaum'un duygu teorisinin bilişsel⁵ olduğunu söylememiz gerekir. Genel olarak bilişselci teoriler duyguları, otomatik tepkilerden ziyade bireylerin karşılaştıkları olayları, durumları değerlendirerek bilişsel bir sürecin sonunda sahip oldukları değerlendirmeler olarak görürler⁶. Örneğin yargılama teorisinde duygular, dünyayı deneyimlediğimiz değerlerin, ideallerin, yapıların ve olayların ışığında, kendimiz ve dünyadaki yerimiz hakkında, içinde yaşadığımız yer ve zamana göre bulunduğumuz yargılar olarak görülür. Nussbaum da bu görüşü savunur. Nitekim Nussbaum'un da belirttiği üzere yargılamak ya da değerlendirmek, bireylerin belirli bir deneyimi veya dünyanın belirli bir durumunu kabul ettiklerinde kullandıkları zihinsel yeteneklerdir. Yargılama ya da değerlendirme bu teorideki temel fikirdir. Çünkü burada duygular, bireyin başına gelen ya da maruz kaldığı bir durumdan ziyade aktif olarak içinde bulunduğu bir sürecin sonucu olarak görülürler⁷. Tıpkı Nussbaum gibi diğer yargılama teorisyenleri de yargıların ya da değerlendirmelerin bir duygu için gerekli olduğunu belirtirler. Peki Nussbaum, bu konuyu nasıl ele alır?

Nussbaum, teorisini geliştirirken Yunan Stoacılarıyla Aristoteles'i başlangıç noktası olarak almıştır. Stoacılara göre duygular, kişinin kendi kontrolü dışındaki nesnelere ve hayatındaki diğer kişilere yönelik, kendi gelişimi (*flourishing*) için büyük önem arz eden değer biçme, değer atfetme ya da değer yargılarıdır⁸. Stoacıların duygu yaklaşımı üç fikri içerir: Bilişsel değerlendirme fikri (*the idea of cognitive appraisals or evaluation*), kişinin kendi gelişimini sağlaması fikri (*the idea of one's own flourishing or one's important goals and projects*) ve kişinin kendi kontrolü dışındaki nesnelere ilişkin hedeflerinin unsurları olması fikri (*the idea of the salience of external objects as elements in one's own scheme of goals*). Duygularımız, kendi gelişimimiz için bu fikirleri dünyadaki olaylar

¹ Nussbaum'un Amartya Sen ile geliştirdiği Olanaklar Yaklaşımı, temelde bir sosyal adalet kuramıdır. Nussbaum, Hindistan'da bu kuram çerçevesinde çalışmalar yapmıştır. Kuram hakkında daha detaylı bilgi için bkz. GÜVEN, Ebru: “Martha C. Nussbaum'un İnsani Gelişme Olanaklar Yaklaşımı”, *Arkhe-Logos Felsefe Dergisi*, (4), 2017.

² Nussbaum, bugünün dünyasında insanların yalnızca ekonomik faydacılık düşüncesi kapsamında incelenmesine karşı çıkarak ileride göreceğimiz üzere sempatinin reddedilmemesi gerektiğini savunur. NUSSBAUM, Martha C.: *Poetic Justice*, Beacon Press, 1995, s.XIII.

³ Nussbaum tarafından yazılan *From Disgust To Humanity* kitabında “Politics of Disgust” olarak kullanılan bu ifade çevrilirken iğrenmenin politikası ifadesi tercih edilmiştir. NUSSBAUM, Martha: *From Disgust To Humanity*, Oxford University Press, 2010, s.XVIII.

⁴ “Politics of Humanity” ifadesi metinde “hümanizm anlayışı” olarak çevrilmiştir. Bkz. Nussbaum, s.50.

⁵ İngilizcesi “cognitive” olan bu kelime yerine kognitif de kullanılabilir. Bu metinde “bilişsel” kelimesi tercih edilmiş ve bu kavramla duyguların birer tepkiden ziyade, zihinsel bir sürecin ürünleri olduğu anlatılmak istenmiştir.

⁶ JOHNSON, Gregory: *Theories of Emotion*, <https://www.iep.utm.edu/emotion/> (Erişim Tarihi: 20.10.2020)

⁷ JOHNSON, *Theories of Emotion*.

⁸ NUSSBAUM, Martha C.: *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions*, Cambridge University Press, 2001, s.4.

hakkındaki bilgilerimizle birleştirme ve kontrolümüz dışındaki nesnelere ilişkin düşüncelerimizi kaydetme yöntemlerimizdir⁹.

Stoacıların teorisini özetledikten sonra Nussbaum, bu düşüncenin Batı düşünce tarihini belirli bir süre etkilediğini belirtir. Kendisini, belirli noktalarını takip ettiğinden ötürü Stoacı geleneğin temsilcisi olarak saysa da Stoacı yaklaşımın artık pek kabul görmediğini kabul eder. Batı felsefesinin tarih içerisinde farklı bir yola girdiğine dikkat çeken Nussbaum, Stoacıların duygular hakkındaki görüşlerinin tam karşısında yer alan, duyguları mantıksız ve akıldışı bulan bir söylemin gelişerek egemen konuma geldiğini ifade eder.¹⁰ Nussbaum'a göre özellikle Aydınlanma Çağı'ndan sonra önem kazanan bu düşünce, akılla duyguları iki zıt kutup kabul ederek duyguları, insanı bir yerden bir yere sürükleyen kuvvetli rüzgarlar ya da dalgalar olarak tasvir etmiş ve duyguların insan rasyonelliğinin bir parçası olmadığını savunmuştur. Nussbaum'un ifadeleriyle bu düşünce insan doğasını ikiye ayırarak duyguları, doğamızın hayvansal yanına ait olarak düşünmekte ve bunu, duyguların zihinsel değil, bedensel olduğu fikrine bağlamaktadır. Nussbaum ise duyguların, elbette diğer zihinsel süreçler gibi bedensel yanlarının bulunduğunu kabul etmekle beraber, duyguların bedensel yanının olmasının onların bilişsel taraflarının olduğunu reddetmek için yeterli bir neden sunmadığını savunmuştur¹¹. Yeni bir Stoacı düşünce oluşturmak isteyen Nussbaum gerek Stoacıların birtakım düşüncelerine gerek de Stoacı geleneğe eleştiri getiren yeni yaklaşıma cevaplar geliştirerek kendi teorisini kurar. Böylece Yeni Stoacı duygu teorisini geliştirir.

B. Nussbaum'un Yeni Stoacı Duygu Teorisi

Nussbaum'un duygu teorisini anlatmaya başlarken söylenmesi gereken en önemli nokta, teorisinin tıpkı Stoacıların teorisi gibi bilişsel bir teori olduğudur. Çünkü ona göre duygular, değer yargılarıdır¹². Tıpkı jeolojik farklılıkları, bunların sebeplerini ve farklılıkların oluşturduğu manzarayı inceleyen bir gezgin gibi biz de duygularımıza baktığımızda, duygularımızın zihinsel ve sosyal yaşamlarımızın manzarasını şekillendirdiklerini görürüz. Bunun anlamı, duyguların tam olarak kontrol edemediğimiz, bizden bağımsız var olan dünya hakkındaki değerlendirmemizi, muhakememizi şekillendirdikleridir. Bununla beraber, etkilere de açık olmaları meseleyi çetrefilli hale getirir. Bu halleriyle duygular sadece muhakeme mekanizmamıza güç sağlayan, bizden bağımsız araçlar değil; bu muhakemenin oldukça karmaşık parçalarıdır¹³. O halde duyguların ne oldukları, nasıl oluştuğu üzerinde durmak gerekir.

Nussbaum duyguların, bireylerin kişisel olarak değer verdikleri bir nesneyi belirli bir şekilde algılamalarının sonucunda oluştuğunu ifade etmiştir¹⁴. Buna göre, duygular öncelikle "bir şey" hakkındadır, bir nesnelere vardır. Örneğin Nussbaum'un annesinin hastaneye kaldırılması sırasında yaşadığı korku, keder, umut gibi duyguları annesi hakkındadır ve annesine, annesinin hayatına ilişkindir¹⁵.

İkinci olarak duygular, içsel ve şahsidirler. Duygular, nesnelere ait özel bir görme şeklini içerirler ve nesnenin, kişi tarafından nasıl görüldüğüne ve yorumlandığına göre değişkenlik gösterirler. Bu durum, nesneden ziyade nesneyi gören kişiye yönelik bir özelliktir. Gerçekten de korkuyu ümitten, kederi korkudan, nefreti sevgiden ayıran nesnenin bir özelliği değil, o nesnenin kişi tarafından görülme şeklidir. Korkan kişi kendisini ya da sevdiği birisini ciddi bir tehdit altında görürken, bir konu hakkında umutlanan kişi kendisini ya da sevdiği birisini gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir iyi olayın eşliğinde görür¹⁶. Örneğin bir insan, köpekten korkarken bir diğeri aynı köpeği sevip onunla aynı evi paylaşabilir. Benzer bir şekilde karanlık gecede, تنها bir sokakta karşıdan gelen birini gördüğümüzde hissettiğimiz korku, o kişinin yakın bir arkadaşımız olduğunu anladığımızda rahatlamaya dönüşebilir. Her iki örnekte de nesnelere aynı olmasına rağmen, kişilerin nesnelere görme şekilleri, hissedilen duyguyu belirlemişir.

⁹ NUSSBAUM, 2001, s.4.

¹⁰ Nussbaum, duygulara karşı ileri sürülen argümanların bir "irrasyonellik" şemsiyesi altında toplanabileceğini ileri sürer. Ona göre, duygulara karşı çıkanların eleştirileri dört başlıkta toplanabilir. Birincisi duyguların muhakeme ile ilgileri olmayan "kör güçler" olarak gören itirazdır. İkincisi, duyguların kişiler tarafından kontrol edilemeyen dış güçlere dayandıkları için kişilerin zayıflığı olarak görülmesi gerektiğini savunur. Üçüncü itiraz, kamusal alana ilişkin tartışmalarda duygulara yer olamayacağını, çünkü duyguların özel yaşama ilişkin olduğunu ileri sürer. Son itiraz ise, duyguların ayrıntılara takılarak sınıf gibi daha büyük sosyal birimlerle yeterince ilgili olmadığı için mahkum eder. NUSSBAUM, 1995, s.56-59.

¹¹ NUSSBAUM, 2001, s.25.

¹² NUSSBAUM, 2001, s.19.

¹³ NUSSBAUM, 2001, s.26-27.

¹⁴ NUSSBAUM, 2001, s.26-31.

¹⁵ NUSSBAUM, 2001, s.27.

¹⁶ NUSSBAUM, 2001, s.27-28.

Nussbaum, üçüncü olarak bir adım daha ileri gider ve duyguların sadece bir nesneyi görmenin yolları olmadığını, aynı zamanda duygu konusu nesneyle ilgili inançları içerdiklerini söyler. Nussbaum'a göre X'i Y olarak görmek için X'in Y olduğuna inanmak gerekir. Tıpkı Aristoteles'in de daha önceden belirttiği gibi korkuyu yaşamak için kolay kolay üstesinden gelemeyeceğimiz kötü olayların yaşanmakta olduğuna veya yaşanacağına inanmamız gerekir. Benzer şekilde, öfke sahibi olmak için de bize veya bize yakın bir şey ya da birine önemli bir zarar geldiğine, zarara sebep olan davranışın birisi tarafından kasıtlı olarak yapıldığına inanmamız gerekir. Duyguya ilişkin bu inanç olmadan duygudan bahsedilemez¹⁷.

O halde özetlersek, duygular insanların kendi yaşamlarıyla, kendi deneyimleriyle ilgili ve ilişkili olan kişilere ya da nesnelere yönelik olduğundan, yakınıımızda bulunan, hayatımızla ilgili kişilerin ya da nesnelere başlarına gelen olaylar hakkında daha yoğun duygular yaşarız. Buna göre duygular, kişinin kendi yaşamıyla doğrudan ilişkili olup temelde kişinin diğerine veya bir nesneye verdiği değerle alakalıdır. Nussbaum'a göre, kişinin bir başkasına veya bir nesneye verdiği değer ne kadar fazla ise bu kişi veya nesneye yönelik hissettiği duygu da o kadar yoğun olacaktır¹⁸.

Nussbaum'un teorisine göre, değer verdiğimiz kişiler ya da nesnelere ilgili sürekli yargıda bulunuruz. Bu yargı iki basamaklı bir süreci beraberinde getirir: 1) Değer verdiğimiz bir nesneyle ilgili inanca sahip olma. 2) Bu inancın gerçek olduğunu kabul etme. Örneğin yastayken değer verdiğimiz birini veya bir şeyi bir çeşit kaybetmiş gibi algılarız. Bu algıyı kabul ettiğimizde yas yaşarız¹⁹. Değer verdiğimiz bir kişinin hayatının iyi bir yola girdiği inancına sahip olup bu inancı kabul ettiğimizde ise mutluluk duyarız. Ancak bu inançlarımız hatalı olabilir. Nussbaum'un da belirttiği üzere algılarımızı ve inançlarımızı içerdikleri için duygularımız hakkında hata yapabilir, farklı bir inançla hatalı şeyler hissedebiliriz²⁰. Örneğin değer verdiğimiz birinin hayatının tehlikede olduğu algısına sahip olup onun için korku duyabiliriz. Ancak aslında o kişinin hayatının tehlikede olmadığını öğrendiğimizde onunla ilgili korkunun hatalı olduğunu anlarız. Yine değer verdiğimiz bir kişinin başarılı olduğuna inandığımızda onun için sevinç duyarız. Ancak duyduğumuz sevinç, o kişinin aslında başarılı olmadığını öğrendiğimizde hatalı olacaktır.

İnançlarımızda hataya düşme ihtimalimizin yanında Nussbaum'un belirttiği diğer ihtimal de duygular üzerine düşünmemiz gerektiğini ortaya koyar. Ona göre, inançların kabul edilmesi her zaman bireyin kendi seçimi olmadığı için de hata ihtimali vardır²¹. İnançlarımız, toplum tarafından inşa edilebilir, düzenlenebilir ve manipüle edilebilir. Böylelikle bilişsel sürecin neticesi olan duygularımız, hatta son derece doğal görünen tepkilerimiz hakkında dahi hataya düşebiliriz. Nussbaum bu noktayı örneklemek için odağını iğrenme/tiksinti hissine çevirir²².

C. Duyguların Sosyal Temeli ve Projektif İğrenme

Nussbaum'a göre tikslenme/iğrenme ilk bakışta tutku, yas, öfke gibi toplumsal ilişkiler neticesinde öğrenilen duygular arasında değilmiş gibi görünür. İğrenmenin daha bedensel bir tepki olduğu, dünyayı yorumlamaktan ya da öğrenmekten bağımsız olarak kötü koku, görüntü veya durum karşısında verilen bir tepki olarak yorumlandığını ifade eder. Nussbaum tikslenme/iğrenme uyandırmanın, insana zayıf yanını ve ölümlülüğünü hatırlatan şeyler olduğunun altını çizerek güç, hız gibi hayvansal yanlarımızın kabul edilebilir özelliklerinin iğrenme uyandırmadığını; dışkı, ceset, sümüksü şeyler ve benzerlerinin ölümü ve çürümeyi akla getirdiğini, bu yüzden de iğrenmeye, tiksintiye neden olduğunu söyler²³. Bu haliyle tikslenme/iğrenme son derece doğal bir duygu olarak görünmektedir. Ancak Nussbaum, ilk bakışta gayet doğal ve yüksek bir bilişsel durumun müdahalesi olmaksızın kendiliğinden geliştiği düşünülen iğrenmenin, aslında toplumsal ve bilişsel bir yanının olduğunu, tikslenme/iğrenmenin öğrenilebilir, yani sosyal temelli olduğunu savunur. Bunu, projektif (izdüşümsel, yansıtılmalı) tikslenme/iğrenme olarak tanımlayan Nussbaum toplumun, üyelerine sosyal normlar aracılığıyla tikslenme/iğrenme duyulacak nesnelere, kişilere ve durumları öğrettiğini belirtir. Ona göre tikslenme/iğrenme, nesnelere hakkındaki fikirlerimizle bağlantılıdır. İnsanlar, zehirden arındırıldığı söylenen bir mantarı yeme konusunda sıkıntı yaşamazken, bir hamam böceğini tamamen sterilize edildiği söylene dahi yemezler. Aynı durum, çocukların tuvalet eğitimlerini almaya başlayana kadar

¹⁷ NUSSBAUM, 1995, s.61, NUSSBAUM, 2001, s.27-28.

¹⁸ Nussbaum'a göre duygular, insanın belirli bir değer veya değerleri algılamasını sağlar, NUSSBAUM, 1995, s.64. Ayrıca bkz. NUSSBAUM, 2001, s.55-56.

¹⁹ NUSSBAUM, 2001, s.38-39.

²⁰ NUSSBAUM, 2001, s.28.

²¹ NUSSBAUM, 2001, s.38-39.

²² NUSSBAUM, 2010, s.14.

²³ NUSSBAUM, 2010, s.15.

dışkıdan iğrenmemelerinde de geçerlidir. Bunun sebebi, Nussbaum'a göre, projektif iğrenmenin sosyal normlar tarafından şekillenmesidir²⁴.

Bu şekillenme, Nussbaum için önemlidir. Duyguların, nesnelere ait özel bir görme şeklini içerdiklerini ve nesneye dair duyguların, kişi tarafından nasıl görüldüğüne ve yorumlandığına göre değişkenlik gösterdiğini yukarıda belirtmiştik. Nussbaum da gayet doğal, hatta bilişselden ziyade bedensel bir tepki olarak görünen iğrenmenin sosyal normlar tarafından şekillendirilebileceğini ortaya koymuştur. Buna ek olarak sosyal normlar tarafından şekillendirilen duyguların sosyal hayatta olumsuz amaçlar için kullanılabilirliğini ve birtakım adaletsizliklere “doğal” bir gerekçe sunabileceğini açığa çıkarmıştır. İşte Nussbaum'un “iğrenmenin politikası” olarak tek bir çatı altında topladığı davranışların yaptığı da tam olarak budur. Nussbaum bunu, örnekleriyle ortaya koyar.

D. Hukuki Bir Argüman Olarak İğrenme Politikasının Tarih Boyunca Etkileri

Bugünlerde eskisi kadar aşikar olmasa da projektif iğrenme, uzun bir dönem boyunca insanların, insan dışı varlıklar olarak görülmelerine ve böylece haklarının, herhangi rasyonel bir gerekçe olmadan hukuk eliyle sınırlandırılmasına, bireylerin hukukun eşit korumasından muaf tutulmasına ve bu durumları sürekli hale getirmek için yapılan damgalamalara sebep olmuş ve insan onuruna karşı olan bütün bu davranışların meşru olduğunu ispatlamak isteyenlerin çok sık başvurduğu bir kaynak olarak kullanılmıştır. İğrenmeyle yasallaştırma arasında kolaylıkla bir bağ kurulamayacağı düşünülse de iğrenme, meşru hatta merkezi bir hukuk kaynağı olarak açıkça savunulmuştur. Nussbaum'un belirttiği üzere, 1950'lerde İngiltere'de Lord Patrick Devlin, toplumun ortalama bireyinin iğrentiyle karşıladığı eylemin kanun koyucu tarafından, söz konusu eylem üçüncü kişilere zarar vermese bile yasadışı sayılabileceğini, hatta sayılması gerektiğini savunmuştur²⁵. Devlin'e göre eylem, kişiyi doğrudan etkilemese bile onu iğrendiriyor ise hukukun bu eyleme müdahale etmesi gerekir. Aksi bir tutumun, toplumu ahlaken çöküntüye uğratacağını iddia eden Devlin, iddiasını alkolizm ve uyuşturucu bağımlılığıyla mücadeleyle örneklendirmeye çalışır. Devlin'e göre, tıpkı alkolizm ve uyuşturucu bağımlılığıyla gerçekleştirilen mücadele gibi, ahlaka aykırı eylemlerle de mücadele edilmesi gerekir. Aksi halde, toplum parçalanma noktasına gelir. Bu nedenle, Devlin'e göre ahlaka aykırı eylemler karşısındaki tikslenme/iğrenme temelli yasallaştırmalar, toplumun kendisini savunma biçimi olarak görülmelidir²⁶.

Nussbaum'a göre Devlin'in bu yaklaşımı, John Stuart Mill'in özgürlük anlayışına²⁷ zayıf temelli bir karşı çıkıştır. Devlin, bireylerin özgürlüğünü kabul etse de toplumun çoğunluğunda güçlü bir iğrenme ve nefret duygusu uyandıran bir eylemin, başka bir nedene ihtiyaç kalmaksızın yasaklanması gerektiğini savunmuştur. Halbuki Mill, eyleme rızası olmayan üçüncü kişileri, rızaları dışında eyleme dahil etmediği sürece yetişkinler arasında, toplumun gözlerinden uzakta gerçekleşen rızaya dayalı eylemlerin yasal düzenlemeye konu edilemeyeceğini ifade etmiştir. Kumar, alkol ve toplum tarafından aykırı görülen cinsel eylemlerin, her ne kadar ahlaken karşı çıkılabilir olsalar da yalnızca, rıza sonucu bu eylemleri gerçekleştiren bireyleri ilgilendirdiğini, bu nedenle de bu eylemlerin yasal düzenlemelere konu olmasının özgürlüklere müdahale olacağını öne sürmüştür²⁸. Devlin ise bu görüşe karşı çıkarak, toplumun yozlaşmasının engellenmesinin daha önemli olduğunu savunmuştur. Ancak Devlin'in gözden kaçırdığı en önemli nokta, toplumların her zaman için iğrenecek-tiksinti duyacak kesimler ve eylemler bulabileceği ve rasyonel hiçbir temel olmadan bu duygularını, kırılğan azınlıkların haklarının kısıtlanması yönünde kullanabilecekleridir. Nitekim Nussbaum da bu noktaya dikkat çekmiştir.

Nussbaum'a göre Devlin'in düşünceleri, iğrenmenin politikasının temelini apaçık bir şekilde göstermektedir. İğrenme-tiksinti, tarih boyunca toplumlar tarafından kırılğan kesimlerin ve azınlıkların damgalanmalarında ve temel haklardan yoksun bırakılmalarında kullanılmıştır. Nussbaum örnek olarak Hint kast sisteminde ve Nazilerin Anti-Semitist yasalarında, toplumun kırılğan bir kesiminin (Hint kast sistemi örneğinde Dalitler) ya da azınlıkların (Nazi döneminde başta Yahudiler olmak üzere diğer azınlıklar) iğrenç bulunduğunu ve hiçbir bilimsel araştırma, rasyonel değerlendirme vs. olmadan kirli, hastalıklı, insan dışı varlıklar olarak görüldüklerini belirtmektedir²⁹. İğrenmenin kullanıldığı süreçte çoğunluk, toplumun güçsüz kesimini, insanın doğası gereği iğrenç bulduğu nesnelere özdeşleştirmiş ve toplumsal gruplar arasındaki eşitsizliği, kırılğan gruplar aleyhine süren hiyerarşiyi

²⁴ NUSSBAUM, 2010, s.16.

²⁵ NUSSBAUM, 2010, s.XIII. Ayrıca bakınız, HART, H. L. A.: Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2014, s.24 vd.

²⁶ NUSSBAUM, 2010, s.9-10.

²⁷ Mill'in özgürlük anlayışı için bakınız, MILL, John Stuart: Özgürlük Üstüne ve Seçme Yazılar, Belge Yayınları, İstanbul 2016.

²⁸ NUSSBAUM, 2010, s.56.

²⁹ NUSSBAUM, 2010, s.22 vd.

desteklemiştir. Tarih boyunca farklı toplumlarda yaşayan farklı kırılğan gruplar kötü kokma, çürüklük, bedensel veya zihinsel eksiklik gibi niteliklerle etiketlenmiş, buna bağlı olarak hakları ellerinden alınmış ya da hak talepleri geri çevrilmiştir³⁰. Hindistan’da Dalitler, Nazi Almanyası’nda ise Yahudiler sürekli olarak bu etiketlere maruz bırakılarak önce insan dışı olarak görülmüş, sonra da hukukun koruma alanının dışında bırakılmışlardır.

Nussbaum, tarihte son olarak eşcinsellerin aynı süreçle karşı karşıya kaldığını ifade ederek bunun en temel sebebini, insanı insan olarak görmeyen iğrenmenin politikası partizanlarının toplumu etkilemesi olarak belirtmiştir. Gerçekten de iğrenmeyi temel alan düşünceler, eşcinsel haklarına karşı büyük bir kamuoyu oluşturarak Yüksek Mahkemeleri bile etkilemiş ve böylece eşcinsel haklarının kısıtlanmasına neden olmuştur. 2003 yılında Massachusetts Yüksek Mahkemesi ve 2004 yılında Florida Yüksek Mahkemesi eşcinsel haklarıyla ilgili önüne gelen davalarda, onları damgalayan ve onlara nefretle yaklaşan araştırmaları, hiçbir bilimsel veriye dayanmamalarına ve bilimsel otoriteler tarafından standartları sağlamadıkları defalarca belirtilmelerine rağmen, dikkate alarak eşcinsellerin hak taleplerini reddetmiştir³¹. Nussbaum’a göre tıpkı bu örneğin gösterdiği gibi iğrenme duygusu, bir insanın insandan aşağı bir varlık olarak görülmesine neden olur: “İğrenme politikasının partizanları, gay gençlerin arkadaşları ile neler yaptıklarını düşünmeyi bile iğrenç bulurlar. Onların davranışlarının kendilerini kusturmak istediğini söyleyerek eşcinsellerin hayat deneyimlerine sırtlarını çevirirler. Partizanlara göre, gay gençlerin neler yaptığına sadece bakmak bile, kirletilmek demektir”³². Bu düşünceden yola çıkan iğrenmenin politikası partizanları uzun yıllar boyunca, eşcinsel bireylerin yaşadıkları zorluklara sırt çevirmiş, bununla da yetinmeyerek bütün vatandaşlara eşit olarak tanınması gereken haklardan eşcinsellerin mahrum bırakılmaları için çaba göstermişlerdir. ABD’de eşcinsel hareketin karşısında yer alanlar, bir adım daha ileri gidip iğrenme ve tiksinti duygularının etkisiyle açık ya da üstü kapalı şekilde eşcinsel bireylerin cinsel yönelimlerinin eyaletler tarafından cezai yaptırımın konusu yapılmasını talep etmişlerdir. Onlara göre, bireylerin eylemlerinin diğer bireylerde kuma isteği uyandırması, insanların sosyal parya olarak görülerek haklarının kısıtlanması için yeterlidir³³. Nussbaum’a göre bu düşüncenin destekçileri sadece bu nedenle, eylemi iğrenç buldukları için bireylerin cinsel özgürlüklerini sınırlayan bir anlayışın benimsenmesini savunmuş, hatta mantıksız damgalamalarla toplumda kamuoyu yaratmaya çalışmışlardır. Bu çabaları neticesinde tiksinti/iğrenme duygusu yüksek mahkemeleri etkisi altına almış ve tıpkı daha önce ırk ayrımcılığında olduğu gibi toplumun ortalama bireyinden cinsiyet, cinsel yönelim gibi konularda farklı olan bireyleri görünmez kılınmıştır. Bu görünmezlik, kırılğan gruplardaki bireylerin kırılğanlığını gerek sosyal yaşamda gerek de hukuk karşısında daha da artırarak adaletsizliğe neden olmuştur.

Ezcümle eşcinsellere yönelik iğrenme ve tiksinti, bedensel birer tepki olarak görülebilecek duyguların dahi insanları nasıl etkileyebileceğine ilişkin örneklerden yalnızca biridir. Tarih boyunca ırk, ekonomik durum, cinsiyet temelli iğrenme ve tiksintiyle karşılaşmış ve aynı süreç işletilerek kırılğan grupların adaletsiz yasalara, uygulamalara maruz kalmalarına neden olunmuştur. Örneğin 19. ve 20. yüzyılda yine iğrenmenin politikası temelli ırk ayrımcılığının neden olduğu ayrımcılık, eşitsizlik ve hiyerarşi sebebiyle farklı ırklardan bireylerin evlenmeleri, hatta aynı okullara, aynı sosyal alanlara dahi gitmeleri yasadışı sayılmıştır. Nussbaum, iğrenmenin politikasının temel bir gerçeği görmezden geldiğini, hepimizin aynı türe mensup olduğunu unuttuğunu ve bu nedenle de toplumumuzda yaşayan kırılğan bireylerin kırılğanlıklarının devamına neden olarak başlı başına adaletsizlik yarattığını söylemiştir. Bu geçmişte farklı kırılğan kesimlerin hak taleplerinin dinlenmemesine neden olmuş, bugün farklı kesimlerin taleplerinin dinlenmemesine neden olmakta, gelecekte ise bambaşka kesimlerin taleplerinin dinlenmemesine neden olacaktır. Nussbaum, süregelen bu adaletsizliğin önüne geçmek için “hümanizm anlayışı” yaklaşımını geliştirmiştir.

E. Nussbaum’un “Hümanizm Anlayışı”

Nussbaum’un “hümanizm anlayışı” olarak isimlendirdiği yaklaşımının temelinde her insana eşit saygı vardır. Başlangıç insana saygıdır ve insanın kendinde bir amaç olarak kavranmasıdır³⁴. Nussbaum öncelikle Antik Yunan ve Aristoteles okuması üzerinden yaşamımızın birçok iyiyi

³⁰ NUSSBAUM, 2010, s.16-21.

³¹ NUSSBAUM, Dr. Paul Cameron’ın bilimsel otoriteler tarafından reddedilen çalışmalarına yüksek mahkeme kararlarında atf yapılmaktan çekinilmediğini belirtirken Cameron’ın bilimsellik kisvesi altında iğrenmenin politikası yanlışlıklarını açıklamalar ve yayınlar yaptığının altını çizer. Daha fazla bilgi için bakınız, Nussbaum, 2010, s.7-8.

³² NUSSBAUM, 2010, s.XVII.

³³ NUSSBAUM, 2010, s.XIV.

³⁴ ERKIZAN, H. Nur Beyaz: “Küresel Politik Liberalizmde (Global Political Liberalism) İnsan ve Eğitim”, Aristoteles’ten Nussbaum’a İnsan içinde, Sentez Yayıncılık, İstanbul 2012, s.150.

içerdiğini belirtir; barınma, beslenme, çeşitli bağılıklar, dostluklar, politik hayat yaşamımızın özsel bir parçasını oluştururlar³⁵. Ancak günümüz etik, özellikle de politik sorunlarımızın birçoğu yukarıda belirtilen ve insanın doğasına, işlevine ve kapasitesine, yaşamımızın en özsel, içsel bileşenlerine odaklanmamaktan kaynaklanır. Bizler duygulara, hayvansal bir doğaya sahibiz. En sevdiğimiz birinin ölümü, hatta sevdiğimiz bir hayvanın ölümü iyi yaşamımızı, mutluluğumuzu etkiler. Ölümlüyüz, haz ve acı duyarız. Diğerlerine bağımlıyız, güleriz, oynarız, akıl yürütürüz. Dolayısıyla bunlar gibi ortak kapasitemiz içerisinde işlevimizi gerçekleştirme şansımızın, büyük engellerle karşılaşmama ihtimalimizin, örneğin bir birey olarak bir felsefeci, bir tiyatrocü, bir film yapımcısı olma türünde isteklerimizin ve bunlara dair projelerimizi hayata geçirme imkanımızın diğerleriyle eşit olması gerekir. Bu isteklerimizin peşinde koşarken projektif öğrenmeden kaynaklı engellemelere maruz bırakılmamalı, hukuki kısıtlamalarla karşılaşmamalıyız. Politik kurumlar, toplumsal ve bireysel alışkanlıklar, bizlere eşit olanaklar vermelidir.

Nussbaum'un belirttiği gibi önemli toplumsal sorunlarımız kesinlikle talihten değil, bizden kaynaklanır³⁶. Nussbaum, bu durumla mücadele için tek başına kuralların yeterli olmayacağına, duygu dünyasının da sürece dahil edilmesi gerektiğini ifade eder. İnsanların insanca olanaklarla yaşayabilmeleri için bireylere saygı duyulmasının şart olduğunu savunur. Saygı, insanları geniş bir yelpazedeki insani amaçların peşinde koşan, eşit haklara ve insan onuruna sahip olarak görmeyi gerektirir³⁷. Bu düşünceye göre saygının nesnesi, bireylerin eylemleri değil, bizzat bireylerin kendisidir. Madem bütün insanlar eşit yaratılmış ve aynı ortak insani özü taşımaktadırlar, o halde bütün insanlar onur sahibi varlıklar olarak saygı görmeyi hak ederler. Bu minvalde, bireyin eylemlerini onaylamıyor, bu eylemleri öğrenç ya da günah olarak görüyor olabiliriz. Ancak insan onuruna ve eşit haklara sahip bireylerin tercih etme hakkına saygı duymak zorundayız. Nussbaum da insanların bu gizemli dünyada bir anlam arayışı içinde olduğunu ve farklı grupların, arayışlarını farklı şekilde yaptıklarını belirterek diğer grupların yanlış yolda olduğunu düşünsek dahi onlara saygı duymamız gerektiğini belirtir³⁸. Ancak bu, Nussbaum'un da kabul ettiği üzere, pek kolay değildir. Her ne kadar bir toplum içinde yaşıyor olsak da başkalarına öğrenerek yaklaşan insanlara, diğer kişilere saygı duyması gerektiğini söylemek tek başına saygıyı sağlamayacaktır. Öğrenme-tiksinti yaşayan insanlar, diğerlerine saygı göstermek için hazır değildirler; çünkü diğerlerini gerçekten ve tamamen göremezler. Öğrenme, diğer insanları küçümseyerek onları, insan onuruna sahip olmayan hayvanlar veya "şeytanlar" olarak görmeye neden olur. Bu nedenle saygı, her ne kadar öncelikli olsa da tek başına yeterli değildir. Nussbaum'un sevgiye yakın şey olarak tarif ettiği ve bir diğerinin deneyimini anlamaya ilişkin tahayyül etme kapasitesinin de geliştirilmesi gerekir. Çünkü öğrenmenin sebebi, başkasının deneyimini anlamadaki beceriksizlik, diğer bir ifadeyle sempati yoksunluğudur³⁹.

Nussbaum için bir insanın insan olarak görülmesi ve saygıya konu olabilmesi, onun deneyiminin, hayatının diğer insanlar tarafından tahayyül edilmeye çalışılmasıyla mümkündür. Bunun için kendini başka kişinin yerine koyarak tahayyül etmek gerekmektedir. Başkalarının gözüyle dünya görülmeye çalışılmalı ve onların hissettikleri deneyimlenmelidir. Nussbaum, öğrenme duygusunun başkasını insan olarak görmeme anlamına geldiğini belirtirken, görmenin ancak tahayyül etme egzersizi yapılarak gerçekleşeceğini belirtmekte⁴⁰, insanlığın kendisini otomatik olarak yabancı olanlara göstermeyeceğini ileri sürmektedir. Kaldı ki insanlar da yabancı olanı görmekte istekli değildir. Tarih boyunca yabancı olanın öğrenilecek, kendisinden tiksiniyecek bir şey olarak görülmesi daha sık görülmüştür. Ancak kişinin gözleriyle dünyaya baktığımızı tahayyül edersek, diğer kişiyi bir şey olarak değil, bir kişi olarak görebiliriz⁴¹. İnsanların yaşamlarında ne gibi sorunlarla karşılaştıklarını, hangi seçimin gerekli olduğunu daha net bir şekilde anladığımızda ve öncelikle bunu anlamak için tahayyül etme kabiliyetimizi ciddi ve sempatik bir şekilde kullandığımızda, insanları da bir şey olarak değil, insan olarak görmeye başlarız.

³⁵ MUTLU, Barış, "Martha Nussbaum'da İyi Yaşam ve Duyguların Yeri", Current Debates in Philosophy & Psychology, Vol. 11 içinde, Editör: Bora Erdağı, <https://books.google.com.tr/books?id=vNjFDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false>, s.48 (Erişim Tarihi: 21.10.2020)

³⁶ MUTLU, s.48.

³⁷ NUSSBAUM, 2010, s.51.

³⁸ NUSSBAUM, 2010, s.47-48.

³⁹ NUSSBAUM, 2010, s.XVII.

⁴⁰ Nussbaum, bağ kurucu hayal gücünün geliştirilmesi gereken bir değer olduğunu ifade etmektedir. Ona göre bağ kurucu hayal gücü, kendimizi ve kararlarımızı sürekli başkalarıyla karşılaştırmamızı ve kendimizi bir romandaki karakterle veya bize yakın olmayan ama yaşam öyküsünü hayal ettiğimiz biriyle özdeşleştirmemizi, sadece özdeşleşmekle kalmayıp, kaçılmaz olarak bu hikâyeyi kendi amaçlarımız ve eğilimlerimiz ışığında sorgulamamızı sağlar. NUSSBAUM, Martha C.: "İnsanlığın Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi", (Çev. Aysima Çalışan - Eray Yağanak) Arkhe-Logos Felsefe Dergisi, (4), 2017, s.140.

⁴¹ UYGUR, Gülriz: Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2013, s.51.

Bugün, her ne kadar zaman zaman aksini görsek de yukarıda ifade edilen saygının temelini toplumlarımızın temelinde yer aldığı söylenebilir: Tüm insanlar eşit değerdedir ve bu değer doğal ya da içseldir. Tüm insanlar sadece insanlıkları nedeniyle eşit saygı ve değere sahiptir. Bugünkü modern hukuk sistemleri, her bireyin eşit değere sahip olduğunu kabul etmiştir. Eşit değer, eşit saygı duyulmayı da beraberinde getirmelidir⁴². Nussbaum bunu sağlamak için diğerini insandan daha aşağı gören tikslenme/iğrenme duygusunun karşısına empati ve sempatiyle tahayyül etme kabiliyetini yerleştirir⁴³. Peki hukuk sistemleri bu durumu nasıl karşılar? Örneğin bir yargılamaya empati ve sempatinin dahil edilmesi, hâkimden taraflara empati ve sempati duymasının istenmesi kabul edilebilir mi? Eşit değer olduğu söylenen bireyler, mahkeme salonunda karşılaştıklarında duygulardan bağımsız bir yargılama yapılabilir mi?

III. DOĞRU DEĞERLENDİRMEDE DUYGULARIN ÖNEMİ VE EMPATİ-SEMPATİNİN OLANAKLILIĞI

A. Yargılamada Duyguların Önemi

“Tıpkı kuralların ihmali gibi kişilerin ihmali de canavarlar yaratır”⁴⁴.

Bugün dahi pek çok hukuk sisteminde hâkimlerden yargılamada duygularına yer vermemeleri beklenmekte, duygular, gerekçelendirmenin karşısına konularak adaletsizliğin bir sebebi olarak görülmektedir⁴⁵. Duygular, Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından uzunca bir süre gerekçelendirmenin bir parçası olarak kabul edilmeyerek “kapis” olarak görülmüştür⁴⁶. Hatta, özellikle ceza yargılamalarına rehberlik etmeleri için rasyonel kurallar getirerek yargılamada karşılaşılabilecek duygusal etkilere karşı kapsamlı bir proje yürütülmüştür⁴⁷.

Yargılamada duygulara yer verilmemesine yönelik düşünceler, özellikle Amerika’da, hukukun üstünlüğü (*Rule of Law*) anlayışından hareket ederek duyguların meşruiyetini ve rasyonelliğini reddetmişlerdir⁴⁸. İronik bir şekilde reddedilen duyguların kanunlaşan yasaları etkileyebilmesi, bu şekilde hukuk düzenine dahil olabilmesi mümkünken bu yasaları uygulayan mahkemenin duygulardan arındırılması düşüncesi uzunca bir süre yerleşik düşünce olarak varlığını sürdürmüştür⁴⁹. Bu düşünce, formel kurallara uygun olmayan, sezgisel, kişisel ve duyguların tutkulu bir şekilde kullanıldığı kararların verilmesini doğru bulmaz⁵⁰. Hatta bir adım daha ileri giderek duygu eksikliğinin adaletin temel bir niteliği olduğu sonucuna varır, böylece yargılamada duyguların kullanılmasına adaletsizlik etiketini yapıştırır⁵¹. Bu nedenle hâkimlerden de yargılamayı soğukkanlılıkla yürütmelerini bekler⁵². Samuel Pillsbury bu düşünceye “*tarafsızlık efsanesi (myth of dispassion)*” der ve bu düşüncenin iki temel kurguya dayandığını belirtir: 1) Yargılamada duyguların mutlaka adaletsizliğe neden olması ve 2) Hâkimlerin mutlaka soğukkanlı olmaları gerektiği⁵³. Böylelikle Themis’in gözleri bağlı kalır, tarafsızlık ve objektiflik sağlanarak adil karar verilebilir. Peki gerçekten de duyguları yargılamadan dışlayarak adil bir karar verilebilir mi? Duyguların, örneğin aile hukuku gibi alanlarda kabul edildiğini,

⁴² NUSSBAUM, Martha C., *Political Emotions: Why Love Matters for Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, England 2013, s.145.

⁴³ NUSSBAUM, 2010, s.XVII.

⁴⁴ JOHN NOONAN’dan aktaran HENDERSON, Lynne H., “Legality and Empathy”: Scholarly Works içinde, Paper 870. <http://scholars.law.unlv.edu/viewcontent.cgi?article=1893&context=facpub>, s.1574. (Erişim Tarihi: 21.10.2020)

⁴⁵ PILLSBURY, Samuel H., “Emotional Justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment”, *Cornell Law Review*, Volume 74 içinde, 1989, <https://pdfs.semanticscholar.org/433b/de6775a3bfe7a9dd3e7e1005f9b3421c2623.pdf>, s.655. (Erişim Tarihi: 20.10.2020) Pillsbury, özellikle ceza yargılamasında, duyguların linç kültürünü tetiklemesinden korkulduğunu, bu nedenle hâkimlerden olaylara soğukkanlılıkla yaklaşmalarının beklendiğini belirtmiştir.

⁴⁶ PILLSBURY, s.655. Lisa Flower, İsveç hukuk sisteminde duyguların, rasyonaliteyi yıkan şeyler olarak görüldüğünü belirtir. Bkz. FLOWER, Lisa, “Doing Loyalty: Defense Lawyers’ Subtle Dramas in Courtroom”, *Journal of Contemporary Ethnography* içinde, https://lup.lub.lu.se/search/ws/files/13744216/Doing_loyalty_final_draft.pdf, s.3, (Erişim Tarihi: 22.10.2020)

⁴⁷ PILLSBURY, s.655.

⁴⁸ HENDERSON, s.1575.

⁴⁹ HENDERSON, s.1575. Buna ek olarak Lisa Flower da hâkimler nezdinde duyguların hiyerarşik bir düzende olduklarını ve bu düzende üst sınırlarda yer alan duyguların yargılamaya dahil edilmelerinin sorun olarak görülmediğini belirtir. FLOWER, Lisa “The (Un)emotional Law Student”, *Int. J. Work Organisation and Emotion*, 6(3), s.297, https://www.soclaw.lu.se/sites/soclaw.lu.se/files/the-unemotional-law-student_0.pdf (Erişim Tarihi: 22.10.2020)

⁵⁰ PILLSBURY, s.655.

⁵¹ LITTLE, Laura, “Adjudication and Emotion”, *Florida Coastal Law Journal*, 3, 2002, p.208. <https://ssrn.com/abstract=1367943>, (Erişim Tarihi: 22.10.2020)

⁵² Flower, objektifliğin hâkim ile taraflar arasında bir mesafe yaratmak amacıyla, duyguların bastırılmasının ise objektifliğin inşa edilmesi için kullanıldığını ifade eder. Ona göre, hâkimler bir “bir duygu yönetimi stratejisi” benimsemişlerdir. FLOWER, “The (Un)emotional Law Student”, s.299.

⁵³ PILLSBURY, s.666.

ayrıca herhangi bir değerlendirmenin doğası gereği duygusal bir katılım gerektirmesini düşündüğümüzde bu sorun, iyice içinden çıkılmaz bir hale bürünür⁵⁴.

Günümüzde bu görüşü büyük ölçüde gerçek dışı bularak reddeden düşünürler vardır⁵⁵. Bu düşünürlere göre artık hâkimlerin büyük bir çoğunluğunun kararlarını kişisel ve duygusal bir bakış açısıyla verdiğini kabul etmemenin bir gerçeği görmezden gelmek olduğunu söyleyebiliriz. Hatta mahkemede duyguların yönetimi üzerinde çalışmalar da yapılmaktadır⁵⁶. Bu nedenle duyguların yargılamadaki yerini belirtmek, cılız bir çaba olmaktan tutarlı bir girişim haline gelmiştir⁵⁷.

Bilişsel bir sürecin sonucu olan duygular, ne kadar engellenmeye çalışılsa da yargılamada kendilerine yer bulurlar. Çünkü insan doğası gereği duygusal tepkiler verir⁵⁸. Hâkimler de duygusal tepkiler verir. Bu nedenle sorunu yargılamada duygulara yer verip vermeyen başka bir düzleme taşımamız gerekir. Tartışmamız gereken, duygulara yargılamada ne kadar önem verilmesi gerektiği olmalıdır.

Kendilerine yargılamada yer bulan duyguların, yargılamayı olumsuz yönde etkileme riskinin bulunduğu açıktır⁵⁹. Hâkimlerin, avukatların, savcılarının, jüri kurumunun yer aldığı hukuk sistemlerinde jüri üyelerinin, yargılamayı takip eden insanların duygularını yönlendirmeyi amaçlayan bir yaklaşım, doğru bir örnek teşkil etmeyecektir. Pek çok yargılamada karşılaştığımız bu durum, karşımıza çıkabilecek kimi duygulara karşı dikkatli olmamız gerektiğini ortaya koymaktadır⁶⁰.

Michael L. Benson, “beyaz yaka suçluluğunu” incelediği makalesinde, bir kişinin bir suçun faili olmakla suçlandığında bir “itibarsızlaştırma töreni”nin başladığını ifade eder⁶¹. İtibarsızlaştırma töreni, bir bireyin kamusal kimliğinin, toplum tarafından toplumsal ilişkiler bağlamında daha düşük kabul edilen bir şeye dönüştürüldüğü süreçlerdir⁶². İşte Benson’a göre, modern ceza yargılaması da tam olarak bir itibarsızlaştırma törenidir. Suçlunun ve suçun medyaya yansımaları, suçlunun yalnızca kötülükler yapan bir “şey” olarak gösterilmesi ve okurlarda suçluya karşı öfke, nefret, iğrenme yaratılması itibarsızlaştırma sürecinin ilk adımıdır⁶³. Benson, beyaz yakalı suçlularla yaptığı mülakatlarda suçlulara göre suçlarının büyütüldüğünü, suçlunun kendisinin toplumun cezasına layık görülen bir nesneye dönüştürüldüğünü ortaya koyar. Bu mülakatlarda yer alan, zimmetine para geçirdiği gerekçesiyle yargılanan bir katılımcı, gazetelerde sürekli kendisinden bahsedildiğini, bu haberleri okuyan birisinin kendisini yaşamış en kötü suçlu olarak görebileceğini, geçmişinde yer alan iyi davranışlarına hiç yer verilmediğini belirtmiştir⁶⁴. Katılımcıya uzun bir süre kendisini anlatma fırsatı verilmemiş, kovuşturma ve yargılama süreci boyunca ritüel bir sessizliğe maruz bırakılmıştır, ardından eşit olmayan bir güç ilişkisinin varlığı hissettirilerek onun katılımın aranmadığı bir gerçeklik inşa edilmiştir⁶⁵. Bu gerçeklikte o, başkalarının sempatisini hak etmeyecek kadar kötü bir kişidir, işlediği suçun cezasını hak etmiştir. Statüsünü ve itibarını kaybettiğini anlayan sanıkta utanç, öfke, aşağılanma ve düşmanlık duyguları kendilerini gösterir. Bu süreç neticesinde katılımcı, ailesinin kendisi hakkında olumsuz düşüncelere kapılacakları düşüncesinden kurtulamamış, yargılama boyunca artan bir öfkeye tutulmuş ve neticede suçunu reddetme noktasına gelmiştir. Çünkü süreç, karakterini tamamen tahrip etmiştir⁶⁶.

Duyguların yargılamada kullanılmasına Samuel Pillsbury’nin kurguladığı örnek bir olayla devam edebiliriz. Pillsbury, jüri sisteminin olduğu bir hukuk düzeninde küçük, kendi içine kapalı bir

⁵⁴ FLOWER, 2020, s.3.

⁵⁵ LITTLE, s.206. Yakın dönemde nörobilim alanındaki çalışmalar, rasyonellik ile duygusallığın ayrılamayacağını göstermiştir.

⁵⁶ Stina Bergman Blix ve Asa Wettergren, İsveç mahkemelerinde bu yönde bir araştırma yapmıştır. Bkz. BLIX, Stina Bergman/WETTERGREN, Asa, “A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary”: *Emotion Review*, 8(1), 2016, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1754073915601226> (Erişim Tarihi: 23.10.2020)

⁵⁷ LITTLE, s.205.

⁵⁸ Pillsbury, s.673. Pillsbury, özellikle ceza davalarında duygusal tepkilerin doğal olduğunu belirtse de aynı duygusallığı hukuk davalarında görmemizi engelleyecek bir neden yoktur. Flower da duyguların tüm insan davranışlarının doğasında olduğunu ve mahkeme salonu da dahil olmak üzere tüm sosyal ilişkilerde gömülü halde olduğunu belirtir. FLOWER, 2020, s.4.

⁵⁹ LITTLE, s.205.

⁶⁰ Nitekim Lisa Flower da değerlendirme ve karar verme süreçlerinde duyguların destekleyici olmalarının önemine dikkat çekmiştir. Tarafsızlığı da duyguların yokluğu olarak değil, değerlendirmede nasıl ele alınmaları gerektiği açısından incelemiştir. FLOWER, “The (Un)emotional Law Student”, s.296.

⁶¹ BENSON, Michael L., “Emotions and Adjudication: Status Degradation Among White-Collar Criminals”, *Justice Quarterly*, 7(3), 1990, p.517. <https://www.researchgate.net/publication/248966576> (Erişim Tarihi: 23.10.2020)

⁶² GARFINKEL, Harold, “Conditions of Successful Degradation Ceremonies”, *American Journal of Sociology*, 61(5), 1950, p.420. <https://www.jstor.org/stable/2773484> (Erişim Tarihi 23.10.2020)

⁶³ BENSON, s.519.

⁶⁴ BENSON, s.520.

⁶⁵ BENSON, s.524.

⁶⁶ BENSON, s.523.

toplumda, topluma dışarıdan gelen bir yabancıнын toplumun sevilen üyelerinden biri olan kütüphaneci kadını kaçırdıktan sonra ona eziyet ettiğini, uzun işkence ve tecavüzlerden sonra onu öldürdüğünü ve ölüm cezasıyla cezalandırılmak üzere jüri sisteminin bulunduğu mahkemenin önüne getirildiğini düşünmemizi ister⁶⁷. Sanığın avukatı, müvekkilinin alkolik bir babayla büyüdüğünü, babasının onu istismar ettiğini kanıtlarıyla ortaya koymuş, savcılık makamıysa sanığın daha önce benzer şekilde işlenen iki suçla da bağlantısı olduğunu ileri sürmüştür. Hâkim, jüriden karar vermelerini istemiştir. Pillsbury'e göre aynı toplumun bir parçası olarak kendilerine saldırılmış gibi hisseden jüri üyeleri, toplumlarına dışarıdan gelerek saldıran bu yabancıya ölüm cezası verilmesine hükmedecektir. Pillsbury, bir kez de aynı suçun, toplumun bir üyesi tarafından işlendiğini düşünmemizi ister. Ona göre toplumdaki bireyler, elbette jüri üyeleri de sanığın geçmişini, kendisini istismar eden alkolik babasını biliyor olacaktırlar. Sanığın çocukluğunu anımsamakta ve şu an “üzgün bir yüzle karşılarında oturan” sanığa karşı karmaşık duygular hissedeceklerdir. Böyle bir durumda, Pillsbury, jüri üyelerinin sanığı ölüm cezası yerine müebbet hapse mahkûm edeceklerini savunur⁶⁸.

Görüldüğü üzere bu örnekte duygular, sanığa verilecek cezanın belirlenmesinde etkili olmuştur. Duygular, yargılamada rol oynarken kolaylıkla kişiyi kontrol altına alarak onu yönlendirebilirler. Özellikle ceza yargılamasında suçluya yöneltilmek istenen öfke, suçlunun bir an önce bulunması isteğini körükleyerek yargılamanın detaylı bir şekilde yapılmasını engelleyebilir⁶⁹. Jüri üyelerini etkileyen bu durum pekâlâ hâkimleri de etkileyebilir. Hâkim, duygularının karar vermesine izin vermemeli, karar vermeye yardımcı olması için duygularını, bu duygularının farkında olarak kullanmalıdır⁷⁰. Peki bu nasıl gerçekleştirilebilir?

Yargılamada pek çok duygu, kendisine yer bulabilir. Nussbaum'un belirttiği gibi bütün toplumlar, duygularla doludur. Toplumun bir üyesi olan bireyler ve dolayısıyla hâkimler de elbette duygularla doludur. Laura Little da bu gerçekten yola çıkarak yargılamada empati, sempati, vefa, sadakat, minnettarlık, kıskançlık, iğrenme ve nefret gibi duyguların yerlerini tarafsızlık, bağımsızlık ve yeterlilik kavramları üzerinden tartışmıştır⁷¹. Özellikle vefa, sadakat, minnettarlık, kıskançlık, iğrenme ve nefret gibi duyguların hâkimin tarafsızlığına gölge düşürebileceğini ifade ederken, yalnızca hâkimlere değil yargılama sürecinin diğer aktörlerine de iş düştüğünü belirtmiştir⁷².

Daha önce iğrenmenin projektif bir yanının bulunduğunu ve çocukluğumuzdan başlayarak doğal iğrenmenin yanında toplumun iğrendiği şeylerden de iğrenmemiz gerektiğini öğrendiğimizi ifade etmiştik. Benzer bir durumu, diğer duygular için de söyleyebiliriz. Bilişsel faaliyetimizin ürünü olan duyguları, hangi durumlarda hissetmemiz gerektiğini çocukluğumuzdan itibaren öğrenmeye başlarız. Bu öğrenme bir noktadan sonra alışkanlığa dönüşür ve duyguların projektif olduğu gerçeğinin önüne geçer. Bu nedenle olaylar hakkında bir şeyler hissederken bu duygularımızın projektif olduğunu, kimilerinin (örneğin ceza yargılamasında öfke gibi) çok kuvvetli bir şekilde bizi etkileyebileceğini her zaman aklımızda tutmalıyız. Çünkü yargılamayı tehlikeye düşürebilecek duygular, bu duyguları hissedenlerin tanımadığı duygulardır: Bu duygulara kendini kandıran duygular diyebiliriz⁷³. Sanığın ya da mağdurun ırkına, toplumsal konumuna, yaşayış tarzına duyulan öfkenin farkına varılmadan yargılamada, sanığın eylemlerine anlam yüklenebilir ya da mağdurun, yalnızca suçun işlendiği yerde bulunması dahi eleştirilebilir.

Önyargı ve farkına varılmayan duygular nedeniyle hâkimler kendilerini kandırarak yargılamanın taraflarına onların saygı duyulması gereken bireyler oldukları gerçeğinden ayrılarak davranabilirler. Özellikle tarafsızlık mitinin etkisiyle, tarafların gerçek durumlarını görmeyerek örneğin ceza yargılamasında sanığı “suçlu” olarak etiketler ve onu “öteki” olarak tanımlayabilir. Bir suçun işlenmiş olmasının yarattığı öfkeye düşmemiş olduğu, tarafsızlığını koruduğu sanısıyla sanığın hikayesini anlatmasına dahi izin vermez. Böylece suçludan bir canavar yaratır⁷⁴. Böyle bir hâkimin duygularını yargılamaya dahil etmediğini söyleyemeyiz.

Görüldüğü üzere duygular, yargılamada kullanılmaktan kaçınamayacağımız, ancak kullanırken duygularımızın farkında olarak kullanmamız, onların karar vermesine ise izin vermememiz gereken

⁶⁷ PILLSBURY, s.664-665.

⁶⁸ PILLSBURY, s.665.

⁶⁹ PILLSBURY, s.693.

⁷⁰ PILLSBURY, s.704.

⁷¹ LITTLE, s.205-218.

⁷² LITTLE, s.216.

⁷³ PILLSBURY, s.684. Nussbaum da her duygunun iyi bir rehber olmayacağını belirtir. İyi bir rehber olabilecek bir duygunun her şeyden önce neler olup bittiğiyle alakalı doğru bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gerektiğini söyler. NUSSBAUM, 1995, s.74.

⁷⁴ PILLSBURY, s.692.

araçlardır. Nussbaum da belirttiği üzere, duygular bize sorunları nasıl çözeceğini söylemezler; dikkatimizi, çözmemiz gereken sorunlar olduğuna çekerler.⁷⁵ İşte hâkim, yargılamada duyguları alet çantasındaki bir aleti kullanan bir usta gibi kullanmalı, bir sorun olduğunu fark ederek duygularının etkisinde değil, duygularının yardımıyla karar vermelidir. Duygularını kullanırken öncelikle yargılamanın taraflarının duygu durumlarını tahayyül etmeli, onlara empati ve sempatiyle yaklaşarak önce onların duygu durumlarını anlamaya çalışmalıdır. Bazı düşünürler empati ve sempatinin yargılamada kullanılmalarının sorunlu olduğunu ileri sürerken diğer düşünürler, empati ve sempatinin hâkimin, kararından etkilenecek kişinin gerçek durumunu tasavvur etmesine olanak sağladıkları için bu kavramların yargılamada son derece önemli olduğunu savunurlar⁷⁶.

B. Yargılamada Sempati ve Empati

1. Sempati

Sempati, diğer kişilerin duygularını anlamaya ve paylaşmaya ilişkin insan yeteneğidir. Bu, kişinin diğer kişilerin etkisinde kalması değil; daha çok, diğerlerinin hissettiklerini ve kendi hissettiklerimizi anlamakla ilgilidir⁷⁷. Nussbaum'un tahayyül etmekle ifade etmek istediği de kişilerden tam olarak bunu talep etmektedir. Bu tahayyül etme isteği, gerçekleştirilmesi o kadar da zor olan bir istek değildir. Nussbaum'a göre her insan, insan olmak ve insani değer bakımından eşit olduğu için insan nerede yaşarsa yaşasın ortak insani problemlerden söz edebiliriz⁷⁸. Bu problemlerle şu an karşılaşmıyor olsak bile, gelecekte her zaman karşılaşma ihtimalimiz vardır. Bu yüzden, aklımızdan hiçbir zaman çıkarmamız gereken şey, acı çeken insanların yaşadıkları acıların bir zaman bizim de başımıza gelebileceği düşüncesidir. Bu, sempati için kilit noktadır. Diğerinin bizim gibi insan olduğunu, başımıza gelen olayların, karşılaştığımız zorlukların onun da karşısına çıktığını, onun karşılaştığı zorlukların da bizim karşılaşılabileceğimiz zorluklar olabileceği düşüncesi, sempati duygusunun ilk adımıdır. Diğerinin karşılaştığı engelleri görmek, bu engeller karşısında onun hissettiklerini anlamak, diğerinin insan dışı varlık olarak görülmesinin önüne geçmede çok önemlidir⁷⁹.

Sempati, insanı diğer insanlarla bütünleştirir. Sempati, bu gizemli dünyada diğer insanın, kendi yolunu arayan bir gezgin olduğu kabulünden hareketle yolu onun için zorlaştırmak yerine kolaylaştırma tercihidir.⁸⁰ Dünyayı onun gözünden görmektir. Sempatiyle tahayyül etme, bir insanın derisinin içine girip gezinmektir⁸¹. Radley'leri anlamaya çalışmaktır⁸², meseleye yalnızca korku, iğrenme, tiksinti gibi hoşnutsuz duygularla insanı görünmez kılarak yaklaşmak değildir. Bir başkasının ayakkabılarını giyip bir süre onlarla gezinmeyi tercih etmek, böylece tahayyül etme kabiliyetini geliştirerek hem diğer insanı hem de kendimizi görünür kılmak mümkündür.

2. Empati

Empati ise sempatiyle karıştırılmaya son derece müsait olsa da aslında, bu iki kavram arasında esaslı bir ayrım vardır. Heinz Kohut'a göre empatiyi iki farklı yol olarak görebiliriz: a) bir bilgi toplama etkinliği olarak empati ve b) insanlar arasındaki güçlü bir duygusal bağ olarak empati⁸³. Nussbaum'a göre ise empati basitçe, diğerinin bakış açısını kullanarak diğerinin durumunu hayal etme yeteneğidir⁸⁴. Bu açıklamasıyla Nussbaum'un, Kohut'un belirttiği iki farklı yoldan ikincisine yakın bir anlayış geliştirdiğini, ancak buna da bir itiraz getirdiğini söyleyebiliriz. Nussbaum empatinin sempati ve şefkatten (compassion) ayrılması gerektiğini, empatinin basitçe başka bir kişinin deneyiminin yaratıcı bir yeniden inşası olduğunu ifade eder. Burada empati kuran kişi, empati kurduğu kişinin deneyiminin iyi mi kötü mü, mutlu mu üzücü mü, acı verici mi yoksa mutluluk verici mi olduğunu düşünmez. Empati kurduğu kişinin durumunu iyi veya kötü olarak görmez, hatta kimi zaman örneğin sadist bir kişinin işkence ettiği kişiye empati kurarak onun kötü durumundan keyif alması gibi, empatiyi olumsuz

⁷⁵ NUSSBAUM, 1995, s.69.

⁷⁶ LITTLE, s.209.

⁷⁷ UYGUR, s.160-161.

⁷⁸ ERKIZAN, s.133.

⁷⁹ NUSSBAUM, 2010, s.48.

⁸⁰ Nitekim teorisini oluştururken Aristoteles'in eudamonia kavramına yönelen Nussbaum'un Aristoteles'ten ayrıldığı önemli bir nokta budur. Nussbaum, insanların her birinin kendi farklı eudamonia'sını tasarlayıp gerçekleştirebileceği ön koşullara sahip olmasının yolunu açmaya odaklanmaktadır. ÇELİK, Elif: "İnsan Hakları Kavramını Nussbaum'un Yapabilirlikler Yaklaşımı İle Düşünmek", *Arkhe-Logos Dergisi*, (4), 2017, s.108.

⁸¹ LEE, Harper, *Bülbülü Öldürmek*, çev. Özay Süsoy, Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul 2013, s.41.

⁸² LEE, s.318. Radley ailesi hakkında kitap boyunca çeşitli dedikodulardan bahsedilir. Scout ve Jem, Boo Radley ile tanışana kadar bu dedikodularla Radley'lerden korkarlar. Kitabın sonunda fikirlerini değiştirecek bir deneyim yaşarlar.

⁸³ KOHUT, Heinz, "Introspection, Empathy and Mental Health", *The International Journal of Psycho-Analysis*, (63), 1982, p.3 <https://manhattanpsychoanalysis.com/wp-content/uploads/Kohut-Introspection-Empathy-and-the-Semi-Circle-of-Mental-Health.pdf>, s.3. (Erişim Tarihi: 23.10.2020)

⁸⁴ NUSSBAUM, 2013, s.145.

bir şekilde kullanılabilir. Halbuki sempati ve şefkat, karşıdaki kişinin durumunun kötü olduğuna ilişkin değerlendirmemizi içerir⁸⁵.

Nussbaum'a göre empati, yetenekli bir aktörün rolüne zihinsel olarak hazırlanması gibidir. Acı çeken kişinin durumunun kabulünü içerir, ancak her zaman kişinin kendisinin acı çekmeyeceği bilinciyle birleştirilir. Empati için kişi, acı çekenle aralarında nitelik farkının olduğunun ayırında olmalıdır. Bu esasında kişiyle diğeri arasındaki yaratıcı bir yer değiştirir. Örneğin dudakları yaralanan bir fagot sanatçısının durumuyla empati kurabilmek için onun bizden nitelik olarak farklı olduğunun bilincine sahip olmamız gerekir⁸⁶. Bu farkındalık çok önemlidir. Nussbaum için önemli olan diğeri kişinin hayatında neler olduğunu gerçekten anlama ve endişeleri, üzüntüleriyle bağlantı kurabilmedir.

Nussbaum'un empatiye yönelik endişelerini Elena Pulcini de paylaşmaktadır. Empatiyi "ötekini keşfetme" olarak tanımlayan Pulcini, ötekinin varlığını kabul ederek ötekinin de içinde yaşadığımız dünyanın parçası olduğunu, ötekini kendimizden farklı olarak tanımayı ama onun da bizim gibi duygulara, düşüncelere, arzulara sahip olduğunu kabul etmek anlamına geldiğini ifade etmiştir⁸⁷. Bununla birlikte Pulcini'ye göre empati, başkalarının duygu ve deneyimlerinin değerine dair bir yargıya işaret etmediğinden otomatik olarak etik problemlere uygulanabilir bir cevap üretmez. Temelde sosyal bir kapasite olduğu için ötekinin duygusal durumunda yer almamıza ve ötekinin bakış açısını benimsememize izin veren empatidir. Yani empati, ötekinin deneyimini anlamamıza ve ona katılmamıza izin verir. Ancak bu katılım, ahlaki duyarlılık içermek zorunda olmadığından tek başına yeterli değildir⁸⁸.

Nussbaum ve Pulcini'nin empati hakkındaki çekincelerini Thomas Morawetz paylaşmaz. Ona göre oyunbaz bir hayal gücü ve mantığın rehberliğindeki empati her zaman iyi bir şeydir. Özellikle hâkimler söz konusu olduğunda, empatik bir karar mutlaka empatik olmayan karardan daha iyidir⁸⁹. Morawetz'e göre empatinin taşıdığı iddia edilen sorunlar nedeniyle empatiyi ve duygularımızı göz ardı etmek, iyi bir sonuç vermeyecektir. Çünkü hayal gücünü, ötekinin yaşantısına girmek ve hem onunla benzerliklerini hem de farklılıklarını kavramak için kullanmayan birey, kendisini duygusuzluğa ve ahlaki yetersizliğe mahkûm etmiş olur. Empati, özellikle hâkime hem ötekine yakınlığı hem de adalet için gereken mesafeyi verdiğinden onun bir çırpıda reddedilmesi doğru değildir⁹⁰.

Şüphesiz empati ve sempati kavramları, yargılamada kullanılacak araçlar arasında akla ilk gelenlerden değildir. Hatta bir adım daha ileri giderek, bu kavramların yargılamada kullanılmasının olumsuz karşılandığını dahi söyleyebiliriz. Örneğin sempatinin sempati duyan hâkim ve sempati duyulan kişi arasında ilişki kurulmasını gerektirdiği için hâkimi, tarafların bakış açılarına gereğinden fazla bağımlı kılabileceği, bu nedenle de onu körleştirebileceği ifade edilmiştir⁹¹.

Hâkimin işi bir etik ilişkidir. Etik ilişki, belirli bir kişinin belirli bir kişi ile ya da bir insan durumu ile ilişkisi olup bu kişiler gerçek kişiler, insan durumu ise belirli, bir defalık bir durumdur⁹². Bir etik ilişkide olan hâkimin de değerlendirdiği, bir olay ve bunun aracılığıyla o olayı oluşturan kişilerin eylemleridir⁹³. Bu noktada doğru değerlendirme de değerlendirilen eylem ya da tutum bakımından koşulları o eylemin içinde yapıldığı gerçeklik koşullarını yeterince bilmek ve eylemi yapan kişiyi yeterince tanımayı gerektirir. Eylemin içinde yapıldığı gerçeklik koşulları ile eylemi yapan kişiye dair bilgiler, değerlendirene (hâkime) davranıştan arka planına, o belirli eylemin oluşturucularına ulaşmasında yardımcı olur⁹⁴. Bir kişinin bir eyleminin, bir kararının veya bir tutumunun doğru değerlendirilebilmesi, bunu değerlendirenin, o kişinin yapı bütünlüğünü tanımasını, onun nasıl bir insan olduğunu, bu eylemi yapanın kim olduğunu bilmesini; ayrıca da bunu ne gibi koşullarda, nasıl bir durumda yaptığını bilmesini şart koşar⁹⁵. Doğru değerlendirme için hikâyenin mümkün olan bütün açıklığıyla bilinmesi gerekir. Bunu sağlamanın araçlarının başında da empati ve sempati gelir.

⁸⁵ NUSSBAUM, 2001, s.302.

⁸⁶ NUSSBAUM, 2001, s.328.

⁸⁷ PULCINI, Elena, "What Emotions Motivate Care?", *Emotion Review*, 9(1), 2017, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1754073915615429>, s.66. (Erişim Tarihi: 23.10.2020)

⁸⁸ PULCINI, s.66.

⁸⁹ MORAWETZ, Thomas, "Empathy and Judgment", *Yale Journal of Law & the Humanities*, 8(2), Art. 8, 1996, s.518. <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjhl/vol8/iss2/8>, (Erişim Tarihi: 24.10.2020)

⁹⁰ MORAWETZ, s.523.

⁹¹ LITTLE, s.209-210.

⁹² KUÇURADİ, İoanna: *Etik, Türkiye Felsefe Kurumu*, Ankara 2018, s.7.

⁹³ KUÇURADİ, s.14.

⁹⁴ KUÇURADİ, s.22.

⁹⁵ KUÇURADİ, İoanna, *İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu*, Ankara 2013, s.62.

Hâkim, önüne gelen her davada, kendisini taraflara karşı sorumlu hissettiği için her davaya kendi biricikliği, tekliği çerçevesinde bakmalıdır. Her davanın biricikliğinin, tekliğinin anlaşılması devamında her davada yeni, kendine has bir yargılama yapılmasını gerektirir. İşte bu yargılamanın gerçekleşebilmesi için hâkimin bağlama göre hareket etmesi şarttır⁹⁶. Empati ve sempati, hâkime bağlama göre hareket etme imkânı tanır. Ancak bu şekilde davranarak hâkim, kendisinden tam olarak ne talep edildiğini, tarafların ne istediğini görebilir ve bu görme neticesinde adil kararın olanaklılığı üzerine düşünebilir. Elbette ilk adım dinlemedir. Uygur'a göre hâkim, tek olan olayı anlayabilmek için tarafların konuşmasına izin vermeli, onları açık yüreklilikle dinlemelidir. Hâkim, özellikle bir taraf durumu açıklıkla ortaya koyamamışsa, onun konuşmasına müsaade etmeli, her iki tarafa eşit sempatiyle yaklaşarak olayı kavramaya çalışmalıdır⁹⁷. İşte yargılamada, sempatinin ortaya çıktığı nokta burasıdır. Sempati ve hatta empati, hâkimin kendi yaşamının dışında da bir dünya olduğunu, bu dünyadaki karmaşık problemlerde problemlere dahil olan herkesin hayatını etkileyecek kararları vermesine yardımcı olacaktır⁹⁸. Empati ve sempatinin, yargılamada karşı karşıya gelen iki zıt düşünceyi kavramada hâkime yardımcı olacak en önemli araçlar olduğu söylenebilir⁹⁹.

Empati ve sempati kavramlarıyla ilgili olarak dikkat çekilmesi gereken ilk nokta, iki kavramın da hâkimi, davanın taraflarına karşı konumlandığıdır. Hâkim, kendi konumunun bilincinde olduğu sürece, bu konumlandırmayı yargılama sırasında kullanarak adil kararı vermede önemli bir adım atar. Çünkü empati ve sempati kavramlarına başvururken hâkim, yalnızca bir tarafın etkisinde kalmadığı gibi sadece kendi iç dünyasına da bakmamakta, adil bir karar vermek için kendisine dışarıdan bakmaktadır¹⁰⁰. Böylelikle tarafların birinin yanında yer almadığı gibi, tarafları dışlayan ve onları bir nesne haline getiren yargılama türünden de uzak durmaktadır. Her iki tarafı da dinleyerek onlara empati ve sempatiyle yaklaşan hâkim, tarafların önüne gelen uyuşmazlıktaki konumlarını belirleyecek, davranışlarının altında yatan nedenleri bulacak ve kendisinden talep edileni daha iyi kavrayacaktır. Bunların yanı sıra, taraflar karşısında kendi konumunu fark edecektir. Nussbaum'un empatiyi, kişiyile diğeri arasındaki yaratıcı bir yer değiştirme olarak gördüğünü ifade etmiştik. Bu yer değiştirmeye hâkim, taraflar karşısında kendi konumunu daha iyi belirleyebilir ve gerek tarafların birbirlerinden gerek de yargılama sırasında hâkimin kendisinden ne talep ettiklerini daha kolay belirleyebilir. Bu belirleme, hâkimin yargılamadaki otoritesini artıracak bir gelişmedir¹⁰¹. Hâkimin kendilerini dinlediğini, talep ettiklerini anladığını hisseden taraflar, hâkime saygı duyarak onun yargılamadaki otoritesini kabul edecek, böylelikle haklarında verilen kararın yetkin bir hâkimin gerçekleştirdiği yetkin bir yargılamanın ardından verildiğine daha kolay ikna olabileceklerdir.

Sempatinin yanında yer alan empati, çoğunlukla “tuhaf”, “mistik” ya da “sezgisel” bir fenomen olarak görülse de aslında hukuki sorunlara zengin bir yaklaşım kaynağıdır. Empati hâkime, önüne gelen hukuki problemin taraflarca nasıl anlaşıldığını görmesinde ve yeni bir bakış açısı edinmesinde yardımcı olur. Yaratıcı bir deneyim olarak empati, yargılamanın taraflarının perspektifinden olaya yaklaşmayı sağlayarak hâkimin “anlayış evrenini” genişletecektir¹⁰². Genişleyen anlayış evreniyle hâkim, yargılama sırasında alternatif bir bakış açısı kazanacaktır. Duyguların etkisiyle olumsuz ilerleyebilecek bir yargılamanın, örneğin bir ceza yargılamasında öfkeyle sanığa yönelmenin tehlikelerini ancak alternatif bakış açılarıyla aşabiliriz. Sanığın eylemi, eylemin gerçekleştiği koşullar üzerinde düşünerek, mağdur ve sanıkla empati ve sempati kurarak onların durumunu tahayyül ederek alternatif bakış açıları kazanabilir, tek tip, özellikle yargılamanın hızlıca bitirilmesini talep eden bir sistemde bunu sağlamaya yönelik bir bakış açısına alternatif yaklaşımlar getirebiliriz. Böylece empatinin, ceza yargılaması örneğinde, mantıksız sebeplerle sanığa yöneltilen öfkenin önüne geçmesini¹⁰³, duygulara kapılarak eksik bir araştırma yapılmasını ve kanaatlerle karar verilmesini önleyeceğini söyleyebiliriz. Bir hâkim kararına, suçlunun duyguları ve suça maruz kalanın çektiği acıyı anlayarak ulaşır¹⁰⁴.

C. Hâkimin Tarafsızlığı Karşısında Empati ve Sempati

Sempati kavramından daha tartışmalı olan empati kavramı, özellikle hâkimin tarafsızlığına aykırı bulunduğu için pek çok düşünür tarafından reddedilmiştir. Bu düşünürler empati ve sempatiye

⁹⁶ UYGUR, s.156.

⁹⁷ UYGUR, s.157.

⁹⁸ LITTLE, s.210.

⁹⁹ LITTLE, s.210.

¹⁰⁰ UYGUR, s.161.

¹⁰¹ LITTLE, s.210.

¹⁰² HENDERSON, s.1576-1581.

¹⁰³ PILLSBURY, s.694.

¹⁰⁴ UYGUR, s.161.

şüphelye yaklaşırken, aslında bir noktayı gözden kaçırmaktadırlar. Hukuk, günlük hayatı konu alır ve ondan beslenir. Daha önceki başlıklarda belirtildiği üzere empati, başkasının yerine kendini koymakla, başkasının hissettiğini paylaşmak ve anlamakla ilgilidir. Empati, insanların motivasyonlarını, niyetlerini ve algılarını anlamaya hizmet eder¹⁰⁵. Bu açıdan sempatiyle benzer olduğu görülmektedir. Ancak empati başkasının duygularını hissetmek iken sempati, başkasının duygularını anlamaktır¹⁰⁶. İki kavram arasındaki farklılığa baktığımızda empatinin başkalarının ne hissettikleri hakkında, sempatinin ise başkalarının acılarına ilişkin ilgimizi ortaya koyan ahlaki duygu olduğunu görürüz¹⁰⁷. Empati, başkalarının perspektifine ilişkin bilgiye ulaşmayı sağlarken davranışa ilişkin motivasyon sağlamaz. Sempati ise sağlar. Aslında bu farklılık nedeniyle bu iki kavramın yargılamada birlikte kullanılması önemlidir. Çünkü baktığımızda, iki kavramın birbirini tamamladığı görülecektir¹⁰⁸.

Empati ve sempatiyi doğal olarak öncelikle bizim gibi olan, bize benzeyen bireylerle kurarız. Ötekiyle empati ve sempati duymak daha zordur¹⁰⁹. Bir ceza yargılamasında yukarıda ifade ettiğimiz itibarsızlaştırma sürecinin ardından sanık, ötekileştirilir ve onunla empati ve sempati yapılması daha zor hale gelir. Benzer şekilde, özel hukuk yargılamasında taraflardan birinin hâkimle olan benzerliği, empati ve sempatinin kendisine yöneltilmesini kolaylaştırırken karşı taraf için aynı durum söz konusu olmayacaktır. Çünkü taraflardan biri, öteki ya da nesne konumuna düşürülerek empati ve sempati yapılacak birey olmaktan çıkarılır. Hâkim tarafından kimi zaman farkında olmadan gerçekleştirilen bu durum, onun tarafsızlığını etkileyebilir. Bu nedenle hâkimin tarafsızlığını sağlayabilmesi için zor olanın peşinde koşması, yani ötekiyle de empati ve sempati kurmak için çaba göstermesi gereklidir.

Hâkim, yargılamanın taraflarıyla empati kurarak kendini onların yerine koyacak, onların hissettiklerini hissetmeye çalışacaktır. Sempatiyle de onların duygularını anlamak için çabalayacak, ancak sadece bununla kalmayarak onları motive eden nedenleri de anlamaya uğraşacaktır¹¹⁰. Yargılamada empatiye karşı çıkanlar ise empatinin olumsuzluklarından bahsederek empati duymanın anlamının, tamamıyla başkasının perspektifini almak olduğundan bahisle başkasının perspektifini tamamıyla almanın hukuki süreçte mümkün olmadığını, bunun hâkimin tarafsızlığına zarar vereceğini savunmaktadır¹¹¹. Burada, yargılama faaliyetinin düşünümelliğini göz ardı etmemek gerekir. Eleştiriler ışığında, tek başına empati kavramının yargılamanın tarafsızlık görünümüne zarar vereceği kabul edilebilirse de sempatiyle birlikte kullanıldığında empatinin, hâkimin elinde önemli bir araç olacağı ortadadır. Her şeyden önce, hâkimin elinin altındaki araçlardan sadece biri olması, hâkimin yargılamayı yapmada başka araçlarının da bulunması başlı başına empatiye dayalı bir yargılamanın yapılmasını ihtimalini azaltmaktadır. Buna ek olarak sempati yargılamasıyla kendisinin ve yargılamanın taraflarının konumlarını belirleyen hâkimin bu konumlar çerçevesinde empati yargısını gerçekleştirilmesinin önünde bir engel görünmemektedir.

Hâkimin, bir başkasının perspektifini tamamen almasının, onun tarafsızlığına gölge düşürebileceği yönündeki itiraz açısından belirtilmesi gereken hâkimin henüz karar verme aşamasına geçmeden, önüne gelen uyumsuzluğun biricikliğini, teklifini anlama noktasında her iki tarafın da perspektifini görmesinin adil bir karar için gerekli olduğudur. Taraflardan yalnızca birini dinleyen; diğer tarafı, sırf o tarafa karşı tikslenme/iğrenme beslediği için dinlemeyen, onu sessizliğe mahkûm eden hâkim, yalnızca bir tarafın perspektifini almış olacaktır. Yargılamada tehlikeli olan da budur. Yalnızca bir tarafın perspektifinin tamamıyla alınması ya da tarafların özne olarak dikkate alınmaması, esasında tarafsızlığa aykırı olan da budur. Çünkü tarafsız hâkim idealinde, çıkarlara dayanmayan, nötr, her iki tarafın ileri sürdüklerini eşit olarak değerlendiren ve objektif ilkelere dayalı olarak hareket eden

¹⁰⁵ BLIX/WETTERGREN, s.33.

¹⁰⁶ UYGUR, s.163.

¹⁰⁷ UYGUR, s.164.

¹⁰⁸ Fransızca “sympathie” kelimesinden dilimize geçen sempati, duygusal yakınlık, duygudaşlık anlamına gelirken Eski Yunanca aynı anlama gelen sympathía veya sympátheia συμπαθεία sözcüğünden alıntıdır. Bu sözcük Eski Yunanca pásyō, path- páσχω, παθ- “hissetme, acı duyma” fiilinden türetilmiştir. Empati ise İngilizce “empathy, “içinde duyma” anlamına gelmektedir. İngilizce sözcük, Eski Yunanca pathéia παθεία “hissetme, duyma” sözcüğünden türetilmiştir. Bu sözcüğün kökü de Eski Yunanca pásyō, path- páσχω, παθ- “hissetmek, acı duymak” fiilidir. Bakıldığında sempati ve empati kelimelerinin aynı kökten gelmeleri de aralarındaki bağlantıyı ortaya koymaktadır. Detaylı inceleme için bkz. <https://www.nisanyansozluk.com/?k=sempati&view=annotated> ve <https://www.nisanyansozluk.com/?k=empati&view=annotated> (Erişim Tarihi: 30.12.2020)

¹⁰⁹ HENDERSON, s.1584.

¹¹⁰ UYGUR, s.161, 164.

¹¹¹ UYGUR, s.165.

hâkimin yer aldığı düşünüldüğünde¹¹², empati ve sempati kavramlarının hâkime, yargılamanın taraflarının ileri sürdüklerini eşit olarak değerlendirmede yardımcı olduğu görülecektir.¹¹³

Bu açıdan bakıldığında, birlikte kullanıldıkları takdirde empati ve sempatinin, Nussbaum'un yaklaşımına aykırı olmadığı, tam aksine onun “*anlam arayışında insanlara saygı duyulması gerekir*” şeklinde özetlenebilecek düşüncesiyle örtüştüğü rahatlıkla söylenebilir. Nussbaum'un karşı çıktığı “*iğrenmenin politikası*” düşüncelerine sahip ve tikslenme/iğrenme duygularıyla yargılama yapan hâkimler yargılamanın taraflarına önyargıyla yaklaşmış, onların taleplerine kulaklarını tıkamış, davranışlarının altındaki motivasyonu aramak yerine projektif iğrenmeden hareket ederek kendilerini yargılamanın taraflarının yerine koyma, onları anlamayı baştan reddetmişlerdir. Buradaki sıkıntı, objektif ilkelere dayanılmadan tarafların ileri sürdüklerinin reddedilmesidir. Hâkim, projektif iğrenmenin etkisi altında, yalnızca kendi iç dünyasına bakarak tarafsızlığını koruduğunu düşünüyor olabilir. Ancak hiçbir objektif ilkeye dayanmaması ve yargılamanın taraflarını taraf olarak dikkate almaması, tarafsızlık mefhumunun anlaşılması açısından sıkıntı olduğunu ortaya koymaktadır.

Peki hâkim tarafsızlığını ihlal etmeden, empati ve sempatiyi nasıl kullanabilir? Kabul etmek gerekir ki “*hâkimin kendi deneyimleri*” ifadesi, zihinlerde çoğu zaman olumsuz fikirler oluşturur. Halbuki burada, hâkimlerin kendi deneyimlerinden hareket etmelerinin anlamı, bencilce istekleri ve önyargıları içeren ve değer sorunları üzerine hesaplaşmaya girmemiş bir deneyimden hareket etmek demek değildir, öncelikle kendi deneyimlerinden hareket edecek hâkimin, açık fikirli olması gerekir¹¹⁴. Hâkim, yargılamanın taraflarına karşı olduğu kadar, hatta belki de daha fazla kendi deneyimlerine açık fikirlikle yaklaşmalı, deneyimlerinden hareket ederek vereceği kararın adaletsizliğe yol açabileceği ihtimalini değerlendirmelidir. Sempatiden, empatiden yoksun, etik kaygıları taşımadan sadece kendi deneyimlerinden hareket eden hâkimin adil bir karar vermesi çok güçtür.

Uygur'a göre açık fikirli olmanın bir gereğini, ön yargılı olmamak veya belirli bir grubun yanında olmamak oluşturmaktadır¹¹⁵. Açık fikirli hâkim, belirli gruplara ilişkin özel ilgi göstermeyen veya onlara düşmanca davranmayan ve davanın tarafları karşısında kendi kişisel çıkarlarını düşünmeyen hâkimdir¹¹⁶. Açık fikirli hâkim, önündeki davaya belirli inançlarla gelmez, kendisine haklı nedenler sunulunca bu inançlarını değiştirmeye açıktır¹¹⁷. Değiştirdiği fikirlerini yeniden oluşturmasında hâkimin elindeki en önemli araçlar da empati ve sempatidir. Empati ve sempatiyle hâkim, fikirlerini yeniden oluşturacağı konu hakkında bilgi sahibi olur, çünkü fikirlerin yeniden oluşturulmasında, o konuda belirli bilgiye sahip olunması gerekir¹¹⁸. Açık fikirlik sayesinde hâkim, tarafsızlık açısından sorun yaşamadan tarafları dinleyebilir. Ön yargılarının, yanılabilirliğinin farkında olan ve bu farkındalıkla hareket eden hâkim, empati ve sempatiyle hareket ederek tarafların itirazlarını gerçekten duyabilir; daha da önemlisi tek durumun özelliklerini daha da kolay bir şekilde keşfedebilir. Çünkü tek olan kaçınılmazdır¹¹⁹ ve tek olan karşısında hâkimin ayakta durabilmesinde empati ve sempati, onun en önemli yardımcılarından. Tek olanın karşısına, onu gerçekten anlamak için çıkan hâkim, açık fikirli olduğu ölçüde kendi çıkarlarının peşinde koşmamış ve tarafları görünür kılarak tarafsızlığını korumuş olacaktır. Kuçuradi'nin ayrımındaki üçüncü tip hâkim de bu amaçla yola çıktığından tarafsızlığından şüpheye düşmeden empati ve sempatiyi kullanacak, adil karara bir adım daha yaklaşacaktır¹²⁰.

¹¹² UYGUR, s.183.

¹¹³ Nussbaum, yargıçların şairler gibi olmalarını ister. Nussbaum'a göre şairler sadece soyut düşünceler sunan kişiler değil, ele aldıkları vakaların tarihsel ve insani karmaşıklıklarına uygun adil yargılar sunarlar. Hatta Nussbaum bir adım daha ileri gidip -biraz da şairleşerek- hakimlerin güneş gibi olmalarını ister. Nasıl ki güneş bir şeyi aydınlattığında her köşeyi aydınlatır, hiçbir şey karanlıkta kalmaz, işte Nussbaum'a göre hakimler de ölerine gelen olaylara bu şekilde yaklaşmalıdır. Nussbaum'un şair-yargıç düşüncesi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. NUSSBAUM, 1995, s.81-91.

¹¹⁴ UYGUR, s.168.

¹¹⁵ UYGUR, s.168.

¹¹⁶ UYGUR, s.168-169.

¹¹⁷ UYGUR, s.71.

¹¹⁸ UYGUR, s.71.

¹¹⁹ UYGUR, s.154.

¹²⁰ İoanna Kuçuradi'ye göre üç farklı hâkimlik anlayışı vardır. Üç hâkimlik anlayışından birincisinde hâkim, temsil ettiği “grup” adına, yani o grubun koyduğu normlar, yasalar, kurallar adına yargılar. Bu tarz bir yargılamayı yapan hâkim, kendisini grubuna karşı bu yasalardan sorumlu duyan hâkimdir. Esasında burada hâkim, yargılamayı yaparken kişileri değil, toplumsal düzeni korumayı amaçlar. Bu nedenle bir kişinin bir eyleminin yapılmaması gereken bir eylem olup olmadığına da eylemi yapan kişi ya da eylemin yapıldığı durum aracılığıyla değil, o eyleme grubunun normlarının taktığı ada göre karar verir. İkinci tür hâkimlik anlayışında hâkim, insan olma adına, değer korumaya yönelik genel ilkeler adına kişi eylemlerini yargılar. Bu tarz bir yargılamayı yapan hâkim, kendisini insana karşı bu taleplerden sorumlu duyan hâkimdir. Böyle bir hâkim, kişileri yargılarken esas olarak, yine kişileri değil; bu genel ilkeleri korumayı amaçlar. Sonuncu hâkimlik anlayışında ise hâkim, kendisini yargıladığı insanlara karşı sorumlu duyar. O kendisini, belirli ilişkilerinde tarafların her birinin hakkını belirlemekten sorumlu görür. Böyle bir hâkim, yargılamayı

IV. SONUÇ

Duygular, yasa yapım sürecinin başlangıcından hâkim tarafından verilen hükme kadar geçen bütün süreçte, sürecin aktörlerini etkiler. Bu sürecin “yargılama” ayağında duyguların kullanılmasının kabul edilmemesi, artık geride kalmış bir anlayıştır. Modern hukuk sistemlerinin yapması gereken, duygu teorilerine gereken önemi vererek yargılamada duyguların nasıl ve ne ölçüde kullanılması üzerine düşündürmektir. Bu çalışmada, Martha C. Nussbaum’un duygu teorisinden hareket edilerek yargılamada duyguların önemi üzerinde durulmuş, empati ve sempati kavramlarının hâkimlerin elinde önemli araçlar olabileceği sorusunun peşinden gidilmiştir. Kanaatimizce hâkim, yargılama sürecinde empati ve sempati kavramlarını etkili bir şekilde kullanarak hukuki uyumsuzluğun özüne ulaşmada ilk adımı atacak, bu doğru ilk adımı takip eden doğru değerlendirme faaliyetiyle somut olanın bilgisine ulaşarak adaleti gerçekleştirecek kararı verecektir. Tarafsızlık efsanesi sisinin arkasına sığınmadan, tarafları görecek ve gerçekten neler talep ettiklerini anlayacak bir yargılamanın ilk adımı, hâkimin duygularının farkında olmasıdır. Sosyal temelli birtakım olumsuz duygularının etkisinde olduğunu fark etmeyen hâkim, belki tarafsızlığını koruduğunu düşünebilir; ama esasında taraflar arasında bir ayırım yaparak yargılamanın henüz başında tarafsızlığını kaybetmiş olacaktır. Bir insan faaliyeti olan hukuk, insanın parçası olan duygulardan doğru bir şekilde yararlanmayı öğrendiği takdirde, adaleti gerçekleştirme amacına bir adım daha yaklaşacaktır.

KAYNAKÇA


- BENSON, Michael L.: “Emotions and Adjudication: Status Degradation Among White-Collar Criminals”, *Justice Quarterly*, 7(3), 1990, https://www.researchgate.net/publication/248966576_Emotions_and_Adjudication_Status_Degradation_Among_White-Collar_Criminals (Erişim Tarihi: 23.10.2020).
- BLIX, Stina Bergman/WETTERGREN, Asa: “A Sociological Perspective on Emotions in the Judiciary”, *Emotion Review*, 8(1), 2016, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1754073915601226> (Erişim Tarihi: 23.10.2020).
- ÇELİK, Elif: “İnsan Hakları Kavramını Nussbaum’un Yapabilirlikler Yaklaşımı İle Düşünmek”, *Arkhe-Logos Dergisi*, (4), 2017.
- ERKIZAN, H. Nur Beyaz: “Küresel Politik Liberalizmde (Global Political Liberalism) İnsan ve Eğitim”, *Aristoteles’ten Nussbaum’a İnsan içinde*, Sentez Yayıncılık, İstanbul 2012.
- FLOWER, Lisa: “Doing Loyalty: Defense Lawyers’ Subtle Dramas in Courtroom”, *Journal of Contemporary Ethnography*, https://lup.lub.lu.se/search/ws/files/13744216/Doing_loyalty_final_draft.pdf (Erişim Tarihi: 22.10.2020).
- FLOWER, Lisa: “The (Un)emotional Law Student”, *Int. J. Work Organisation and Emotion*, 6(3), https://www.soclaw.lu.se/sites/soclaw.lu.se/files/the-unemotional-law-student_0.pdf (Erişim Tarihi: 22.10.2020).
- GARFINKEL, Harold: “Conditions of Successful Degradation Ceremonies”, *American Journal of Sociology*, 61(5), 1950, <https://www.jstor.org/stable/pdf/2773484.pdf?refreqid=excelsior%3Ac88eb6df127cee598355488bd40b824a> (Erişim Tarihi 23.10.2020).
- GÜVEN, Ebru: “Martha C. Nussbaum’un İnsani Gelişme Olanaklar Yaklaşımı”, *Arkhe-Logos Felsefe Dergisi*, (4), 2017.
- HART, H. L. A.: *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak*, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2014.
- HENDERSON, Lynne H.: “Legality and Empathy”, *Scholarly Works*, Paper 870, <http://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1893&context=facpub> (Erişim Tarihi: 24.10.2020).
- JOHNSON, Gregory: *Theories of Emotion*, <https://www.iep.utm.edu/emotion/> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).
- KOHUT, Heinz: “Introspection, Empathy and Mental Health”, *The International Journal of Psycho-Analysis içinde*, <https://manhattanpsychoanalysis.com/wp-content/uploads/Kohut-Introspection-Empathy-and-the-Semi-Circle-of-Mental-Health.pdf> (Erişim Tarihi: 23.10.2020).
- KUÇURADİ, İoanna: *Ahlâk, Etik ve Etikler*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2019.
- KUÇURADİ, İoanna: *Etik*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2018.

gerçekleştirirken önüne gelen ilişkilerinde karşı karşıya gelmiş iki tarafın hakkını aynı anda korumaya çalışan hâkimdir. Böyle bir hâkimlik anlayışında yargılama eylemi, bakılan eylemi yapmama olanağının olup olmadığına bakma; “yapılmaması gerekeni”, davalının yaptığı ileri sürülen eylemi o koşullarda yapılabilir olanlara göre değerlendirmedir. Bu yargılamada hâkimlik, belirli bir eylem için “kriter” belirleme olur. Bu kriter ise, “o koşullarda yapılabilir olandır.” KUÇURADİ, İoanna: *Ahlâk, Etik ve Etikler*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2019, s.106-108.

- KUÇURADİ, İoanna: İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2013.
- LEE, Harper: Bülbülü Öldürmek, çev. Özay Süsoy, Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul 2013.
- LITTLE, Laura: “Adjudication and Emotion”, Florida Coastal Law Journal, 3, <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/fclj3&id=211&collection=journal&index=> (Erişim Tarihi: 22.10.2020).
- MILL, John Stuart: Özgürlük Üstüne ve Seçme Yazılar, Belge Yayınları, İstanbul 2016.
- MORAWETZ, Thomas: “Empathy and Judgment”, Yale Journal of Law & the Humanities, 8(2), Art.8 içinde, <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol8/iss2/8> (Erişim Tarihi: 24.10.2020).
- MUTLU, Barış: Martha Nussbaum’da İyi Yaşam ve Duyguların Yeri, Current Debates in Philosophy & Psychology, V.11, Editör: Bora Erdağı, <https://books.google.com.tr/books?id=vNJFDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=tr#v=onepage&q&f=false> (Erişim Tarihi: 21.10.2020)
- NUSSBAUM, Martha C.: From Disgust To Humanity, Oxford University Press, 2010.
- NUSSBAUM, Martha C.: “İnsanlığın Hukuk Eğitiminde Geliştirilmesi”, (Çev. Aysima Çalışan - Eray Yağanak) Arkhe-Logos Felsefe Dergisi, (4), 2017.
- NUSSBAUM, Martha C.: Poetic Justice, Beacon Press, 1995.
- NUSSBAUM, Martha C.: Political Emotions: Why Love Matters for Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, England 2013.
- NUSSBAUM, Martha C.: Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions, Cambridge University Press, 2001
- PILLSBURY, Samuel H.: “Emotional Justice: Moralizing the Passions of Criminal Punishment”, Cornell Law Review, 74, 1989, <https://pdfs.semanticscholar.org/433b/de6775a3bfe7a9dd3e7e1005f9b3421c2623.pdf> (Erişim Tarihi: 21.10.2020)
- PULCINI, Elena: “What Emotions Motivate Care?”, Emotion Review, 9(1), January 2017, <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1754073915615429> (Erişim Tarihi: 23.10.2020).
- UYGUR, Gülriz: Hukukta Adaletsizliği Görmek, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2013.

ROMA HUKUKUNDA DEVLETİN MİRASÇILIĞI

STATE INHERITANCE IN ROMAN LAW

Buse AKSARAY ERKMAN* <https://doi.org/10.21492/inuhfd.841084> 

Makale Bilgi

Gönderi: 15/12/2020
Kabul : 15/03/2021

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku,
Miras Hukuku,
Devletin Mirasçılığı,
Bona Vacantia,
Lex Caducaria.

Article Info

Received: 15/12/2020
Accepted: 15/03/2021

Keywords

Roman Law,
Inheritance Law
State Inheritance,
Bona Vacantia,
Lex Caducaria.

Özet

Roma hukukunda mirasçılar, miras bırakanın vasiyetname ile mirasçı ataması yoluyla belirlenmiştir. Bunun yapılmadığı durumlarda kanuni mirasçılardan kimler olacağı *ius civile* mirasçılığı ile düzenlenmiş, zaman içinde uygulamada oluşan boşluklar *praetor* mirasçılığına ilişkin düzenlemelerle giderilmiştir. *Iustinianus* Dönemi'nde ise kan hısımlığına bağlı mirasçılığın esas kabul edildiği görülmektedir. Bu gelişim sürecinin içinde devletin mirasçılığı kurumuna ilişkin düzenlemelere günümüz Türk hukukundaki şekliyle rastlanmamaktadır. Buna rağmen atanmış mirasçının ya da kanuni mirasçının bulunmadığı ya da mirasçılardan mirası iktisap etmelerinin hukuka uygun olmadığı durumlarda miras *bona vacantia* yani sahihsiz miras olarak nitelendirilmiş ve hukuki düzenlemelerle devlet hazinesi tarafından iktisap edileceği kabul edilmiştir. Sahipsiz mirasın devlet hazinesine intikalinin ilk kez düzenlendiği kanunlar, İmparator *Augustus* tarafından çıkarılan *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* ve *Lex Iulia et Papia Poppaea* olmuştur. Bu kanunların uygulamada *Lex Caducaria* olarak da adlandırılan düzenlemeleri ile evli olmayanların ve evli olup çocuksuz olanların mirasçı olma ehliyetleri kısıtlanmış ve bu kişiler yerine belirli koşullarla devlet hazinesinin mirası iktisap edeceği kabul edilmiştir. Bunun dışında mirastan mahrumiyet, vasiyetnamenin değiştirilmesi, vasiyetnameye itiraz edilmesi durumlarında mirasın devlet hazinesine intikalini kabul eden düzenlemeler bulunmaktadır.

Abstract

In Roman law, inheritors are determined by the appointment of the heir in the legator's will. In cases where this does not apply, it is regulated by *ius civile* inheritance that who will be the legal heirs and the gaps that occur in practice over time have been eliminated by regulations regarding the *praetor* inheritance. In the *Iustinianus* Period, it is seen that inheritance due to blood kinship was considered essential. Within this development process, the rules regarding the institution of state inheritance are not found in the form of modern Turkish law. In spite of this, in cases where there is no appointed legatee or legal heir or it is not in accordance with the law for the heirs to acquire the inheritance, the inheritance is considered as *bona vacantia* means unclaimed inheritance, and it is accepted that it will be acquired by the state treasury under legal regulations. The laws that first regulated the return of unclaimed inheritance to the state treasury were the *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* and the *Lex Iulia et Papia Poppaea*, enacted by Emperor *Augustus*. According to the regulations of these laws, also called *Lex Caducaria* in practice, the legal capacity to become heirs of those who are not married and those who are married but without children is restricted, and it is accepted that instead of these people, the state treasury will acquire the inheritance under certain conditions. In addition, there are regulations that accept the inheritance to be transferred to the state treasury in cases of disinheritance, modification of the will and objection to the will.

I. GİRİŞ

Roma hukukunda mirasçılar, ilk zamanlarda miras bırakanın vasiyetname ile mirasçı ataması yoluyla belirlenmiştir. Kanuni mirasçılık ise, bu şekilde mirasçı belirlenmediği durumlarda, *ius civile*'ye özgü düzenlemelerle uygulanmıştır. Sadece belirli agnatik akrabaların mirasçı olarak kabul edildiği bu düzenlemeler, zaman içinde uygulamada ortaya çıkan hukuki problemlerin giderilmesi amacıyla, *praetor* tarafından geliştirilmiştir. *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde ise, kanuni mirasçılardan belirlenmesinde kan hısımlığının önemi artmıştır.

Mirasçılardan dönemler arasında bu şekilde farklı uygulamalarla belirlendiği sistemde, devletin mirasçılığı günümüz Türk hukukunda olduğu şekilde düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, miras iktisap edebilecek atanmış mirasçı ya da kanuni mirasçı yoksa ya da var olmalarına rağmen miras iktisap etmelerine engel olan hukuki sebepler varsa, hazinenin mirası iktisap edeceğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Roma hukuku bakımından devlet hazinesinin mirası iktisap etmesi şeklinde ifade edilen bu durum, Türk hukukunda devletin mirasçılığı kurumu ile bağdaştırılmış, kavramsal uyumun sağlanması amacıyla çalışmanın genelinde devletin mirasçılığı ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

Çalışma kapsamında incelenecek konular içinde en önemlisi, mirasın devlet hazinesi tarafından iktisap edilmesine ilişkin ilk düzenlemeleri içeren ve *Iustinianus* Dönemi'ne kadar uygulanan kanunlar *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* ve *Lex Iulia et Papia Poppaea*'nın içeriği olacaktır. Mirasçılardan evli olmamalarına veya evli olup çocuk sahibi olmamalarına bağlı olarak ortaya çıkan ehliyetsizlikleri sebebiyle terekenin iktisap edilememesi sonucu *bona vacantia*, yani sahipsiz mirasın ortaya çıkmasının sonuçları ve devlet hazinesinin mirası iktisabı, bu kanunların düzenlemesi doğrultusunda incelenecektir.

Konuya ilişkin hükümleri *Lex Caducaria* olarak da adlandırılan bu kanunlar, *caduca* yani hükümsüz kalan miras kavramını açıklamak bakımından da önemlidir. Ayrıca hazinenin mirası iktisap etmesinin doğurduğu hukuki sonuçlara da düzenlemelerde ve hukuki metinlerde yer verildiği görülmektedir.

Bu kanunlar dışında mirastan mahrumiyet durumunda, vasiyetnameye itiraz edilmesi veya vasiyetnameden mirasçı çıkarılması durumlarında mirasın hazineye intikaline yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Konuyla ilgili olduğu ölçüde bu düzenlemelere de çalışmada yer verilecektir.

II. ROMA HUKUKUNDA MİRASÇILIK

A. Genel Olarak

Roma hukukunda miras ve mirasçılık, XII Levha Kanunu düzenlemeleri içinde yer alan ve *Iustinianus* Dönemi'ne kadar gelişimini sürdüren önemli kavramlardır. Miras, *hereditas* kavramı ile ifade edilmiş, kavramın aynı zamanda tereke anlamına da geldiği kabul edilmiştir¹. Kavramın geçirdiği gelişim süreci sonucunda, *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde ortaya çıkan önemli ayrımlardan biri, miras hukukundan doğan külli halefiyet (*successio per universitatem*) ve cüz'i halefiyet (*successio in singulas res*) prensipleri olmuştur².

Roma hukukunda XII Levha Kanunu ile kimlerin mirasçı olacağı belirlenmiş ve bu *ius civile* mirasçılığı olarak adlandırılmıştır. Vasiyetname kurumunun gelişimi ile zaman içinde miras bırakanın vasiyetname ile mirasçı belirlemesi kural olmuş³, bunun yapılmadığı ya da geçersiz olduğu durumlarda hukuk gereği *ius civile* mirasçılığı uygulanmıştır⁴. Günümüz Türk hukuk sisteminden farklı olarak her ikisinin aynı anda geçerli olması kabul edilmemiştir⁵.

Ius civile'nin yeterli olmadığı alanlarda uygulamadaki eksikliğin giderilmesi ise, *praetor* mirasçılığı kavramının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. *Praetor*'un, *ius civile*'ye göre mirasçı sıfatını

¹ UMUR, Ziya: "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları" (Miras), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 31(1-4), 1965, s.159.

² DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, Çev.: Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1959, s.500.

³ BERKİ, Şakir: "Roma'da Miras Hukuku" (Miras), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1-4), 1953, s.542.

⁴ KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1977, s.348; GÜNAL, A. Nadi: "Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras" (Miras), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44(1), 1995, s.427; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 45(1), 1996, s.506.

⁵ HONIG, Richard: Roma Hukuku, Çev.: Şemseddin Talip, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1938, s.363; DI MARZO, s.504; KOSCHAKER/AYİTER, s.353; OĞUZOĞLU, Cahit: Roma Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s.289; UMUR, Miras, s.162; KÜÇÜKGÜNGÖR, s.507.

alamayan kişilere terekeye dahil olan şeyler üzerinde zilyetlik tanınması ve bu kurumla korunmalarını sağlaması, *bonorum possessio*, yani *praetor* mirasçılığı kavramını doğuracaktır.

Bu ikilik, *Iustinianus* Dönemi'ne geldiğinde kanuni mirasçılığın, kan bağına bağlı *cognatio* akrabalığı esas alınarak gösterdiği değişimle giderilmiştir. Ayrıca bu dönemde, vasiyetname olsa bile, vasiyetnamede belirtilmeyen ya da mirastan yeteri kadar faydalanmayan belirli kişilerin mirasçı olacaklarını kabul eden vasiyet hilafına kanuni miras kurumu bulunmaktadır⁶.

B. Genel Hatlarıyla Mirasçılar

Mirasçılığa ilişkin ilk düzenlemeler bakımından, *ius civile* mirasçılığı öncelikli olarak incelenmelidir. XII Levha Kanunu ile miras bırakanın, hakimiyet esasına göre en yakın *agnatio* akrabalarının hukuk gereği mirasçı oldukları kabul edilmiştir. Zaman içinde miras bırakan vasiyetname yapmamışsa ya da yapılan vasiyetname geçersizse uygulanan mirasçılık olmuştur⁷. Miras bırakanın ölümü ile *sui iuris* olan kişiler, miras bırakanın *manus*'u altındaki kadın, sonra yakın *agnatio* akrabaları, bu da yoksa aynı *gens*'e dahil olan kişiler⁸ *ius civile* mirasçılarınıdır⁹.

Mirasçıların belirlenmesinde önceliğin vasiyetnamenin içeriği olduğu ilk dönemler bakımından, miras bırakanın ölümüyle *sui iuris* hale gelen çocuklar ve erkek çocukların altsoyu olan torunlar, vasiyetnamede mirasçı olarak gösterilmek zorundadır¹⁰. Miras bırakanın borcunun fazla olduğu durumlarda, mirasçısı olmamasının doğuracağı hukuki sorunları engellemek amacıyla kölelerin mirasçı olarak atanması da zorunlu tutulmuştur. Bu mirasçılar fiilen mirası iktisap etmeden ölseler bile, miras kendi mirasçılarına geçecektir¹¹.

Zorunlu mirasçılar dışındaki kişilerin, miras bırakan tarafından mirasçı olarak belirlenmesi de mümkündür. Bu durumda mirasçıların, mirası kabul ve iktisap etmesi gerekir. Bu gerçekleşmeden ölmeleri halinde miras kendi mirasçılarına geçmeyecek, bu süreçte miras sahipten kabul edilecektir¹². *Iustinianus* Dönemi'nde bu mirasa tüzel kişilik tanınmıştır¹³.

Praetor'un *ius civile* mirasçılığının mirasçı olarak belirlemediği bazı kişilere, bu konudaki eksikliği gidermek amacıyla, mirasa dahil olan mallara zilyet olma hakkı tanıdığı görülmektedir. Bunun sonucu olarak, *bonorum possessio* olarak adlandırılan *praetor* mirasçılığı ortaya çıkmış, *ius civile* mirasçılığının dışında kalan bazı kişilere hukuki koruma sağlanmıştır. *Cognatio* akrabalığı olan, buna rağmen hakimiyet altından çıkarılmış çocuklar ve altsoyları, sonra aynı *gens*'e dahil olanlar hariç *ius civile*'ye göre mirasçı olabilecek kişiler, daha sonra altıncı dereceye kadar *cognatio* akrabaları¹⁴, bu da yoksa sağ kalan eş bu korumadan yararlanabilecektir¹⁵.

Praetor hukukunun da etkisiyle *Iustinianus* Dönemi'ne geldiğinde ise, kanuni mirasçılık kurumunda önemli değişimler gerçekleşmiştir. Bu dönemden itibaren, *cognatio* akrabalığının esas alınması sonucu sırasıyla çocuklar ve altsoyları, ana ve baba bir kardeşler ve altsoyları, yalnız ana ve babadan birinin ortak olduğu kardeşler, aynı derecedeki akrabalar, bunlar yoksa sağ kalan eş mirasçı olurlar¹⁶.

⁶ DI MARZO, s.504.

⁷ UMUR, Miras, s.181.

⁸ Gens'lere dahil kişilerin mirasçılığı uygulaması zaman içinde kalkmıştır. (BERKİ, Miras, s.551; DI MARZO, s.542.) Ayrıca bu uygulamanın önemi ve tarihi süreç içindeki değişimin sebepleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz.: WATSON, Alan: The Law of Succession in the Later Roman Republic, Oxford University Press, 1971, s.180-182.

⁹ HONIG, s.383-384; KOSCHAKER/AYİTER, s.378-379.

¹⁰ BERKİ, Miras, s.551; KOSCHAKER/AYİTER, s.353-354; GÜNAL, Miras, s.428.

¹¹ UMUR, Miras, s.163-164.

¹² UMUR, Miras, s.163-164.

¹³ DI MARZO, s.508. Ortak hukukun aynı yöndeki yaklaşımı hakkında bilgi için bkz.: KASER, Max: Roman Private Law, Çev.: Rolf Dannenbring, 4. Baskı, University of South Africa, South Africa, 1984, s.365.

¹⁴ *Cognatio* akrabaların yedinci dereceye kadar mirasçı olduklarına ilişkin bilgi için bkz.: BERKİ, Miras, s.552; OĞUZOĞLU, s.301. Yedinci dereceye kadar mirasçılığın bazı istisnalar durumunda söz konusu olduğuna ilişkin bilgi için bkz.: KOSCHAKER/AYİTER, s.380.

¹⁵ HONIG, s.385-386; DI MARZO, s.543-544; KOSCHAKER/AYİTER, s.379-381.

¹⁶ HONIG, s.389-390; DI MARZO, s.546-547; KOSCHAKER/AYİTER, s.382-385. Ayrıca aynı derecedeki akrabalar bakımından, yan akrabaların kaçınıcı dereceye kadar mirasçı olacakları konusunda kesin bilgi olmadığı yönündeki bilgi için bkz.: HONIG, s.390. Bu konuda *cognatio* akrabaların derecelerine ilişkin sınır bulunmadığı, dolayısıyla sağ kalan eşin mirasçılığının neredeyse imkansız hale geldiği ve bu düzenlemenin *praetor* hukuku düzenlemesinin bile gerisinde kaldığı, sadece dos getirmeyen, fakir ve dul kadın eşe bazı imtiyazlar tanıdığı yönündeki bilgi için bkz.: KOSCHAKER/AYİTER, s.385.

III. DEVLETİN MİRASÇILIĞI

A. Genel Olarak

Roma hukukunda kişinin mirasçı bırakmadan ölecek hukuken kendisini devam ettirecek kişiden yoksun kalması ve mirasın sahihsiz olması uygun görülmemiş¹⁷, vasiyetname yapmak vatandaşlık görevi olarak kabul edilmiştir¹⁸. Eski Hukuk Dönemi'nde devletin ve tüzel kişilerin vasiyetname ile mirasçı olarak atanmaları ise kabul edilmemiştir¹⁹. Bu dönemde mirasçısı olmayan terekenin varlığı durumunda *gens*'lerin mirasçılığı kabul edilmiş olduğundan sahihsiz miras kavramına ihtiyaç duyulmamış olması, bu durumunun gerekçesi olarak düşünülebilir²⁰.

Dönemler içinde gerçekleşen değişimlerin sonucu olarak, İmparatorluk Dönemi'ne gelindiğinde, miras hukuku ve vergi hukuku sistemlerinde devletin ekonomik ihtiyaçlarına göre yapılan düzenlemelerle sahihsiz mirasın hazineye ait olması uygulaması kabul edilmiştir²¹. Günümüz Türk hukukunda devletin mirasçılığı olarak ifade ettiğimiz bu kurum, Roma hukuku bakımından devletin mirasçılığı kavramıyla ifade edilmemiş, bunun yerine devlet hazinesinin mirası iktisap etmesi ifadesi kullanılmıştır²².

Hukuk düzeni tarafından da belirlenmiş olsa miras bırakan tarafından da atanmış olsa bahsedilen mirasçılardan hiçbiri bulunmamahtaysa ya da miras bu kişiler tarafından mevcut bir hukuka aykırılık sebebiyle iktisap edilememişse tereke sahihsiz hale gelecek, devlet veya imparatorluk hazinesine intikal edecektir²³. Bu düzenlemelerin ortaya çıkışının temelinde, devletin askeri alandaki gelişimi sebebiyle ordunun ve askerlerin giderlerinin karşılanmasını amaçlayan ekonomik ihtiyaçlar ve buna bağlı olarak oluşturulan ve düzenlenen vergi sistemi bulunmaktadır²⁴.

Miras bırakanın hukuka aykırı şekilde yapılan geçersiz vasiyetname ile mirasçı atamasının ya da belirli mal vasiyeti yapmasının yaptırımını açıkça tespit edilememekle birlikte bu durumda da mirasın, mirası iktisap edebilecek kanuni mirasçı da olmaması durumunda, hazineye intikal edeceği anlaşılabilir²⁵.

Eski Hukuk Dönemi'nin tersine İmparatorluk Dönemi'nde M.S. 117-123 yılları arasında kabul edilen *Senatus Consultum Apronianum* ile Roma halkının yönetiminde olan şehirler lehine belirli mal vasiyeti yapılabileceği²⁶, *Iustinianus* Dönemi'nde ise vasiyetname ile devletin mirasçı olarak belirlenebileceği kabul edilmiştir²⁷.

Başlangıçta mirasın *aerarium*'a yani Roma halkına ait olacağı şeklinde ifade edilen devletin mirasçılığı kurumu, İmparator *Caracalla* zamanından itibaren mirasın *fiscus*'a yani hazineye ait olacağı şeklinde ifade edilmiştir²⁸.

¹⁷ HONIG, s.369; UMUR, Miras, s.163.

¹⁸ SCHULZ, Fritz: Principles of Roman Law, Clarendon Press, Oxford 1936, s.156; WATSON, s.175.

¹⁹ BERKİ, Miras, s.547.

²⁰ KASER, s.341.

²¹ Bununla birlikte miras bırakan tarafından imparatorun mirasçı olarak atanması durumunda, miras devlet hazinesi tarafından iktisap edilemez. (D. 28. 1. 31. pr)

²² SMITH, William: Dictionary of Greek and Roman Antiquities, 2. Baskı, Walton and Maberly, London, 1853, s.207.

²³ UMUR, Miras, s.185.

²⁴ ŞWIRGOŃ-SKOK, Renata: "The Impact of Wars on Roman Legislation Regarding Vicesima Hereditatis and Caducum", *Studia Iuridica Lublinensia*, 28(3), 2019, s.109. Ayrıca imparatorluğun son dönemlerinde, mirasçısı olmaksızın ölen askerlerin miraslarının, devlet hazinesinden önce kendi lejyonlarına kalacağı yönünde uygulama bulunmaktadır. (SMITH, s.207.) Benzer şekilde Post Klasik Hukuk Dönemi'nde, hıristiyanlık dininin kabulünün etkisiyle rahiplerin ve keşişlerin malvarlıklarının, mirasçıları olmaksızın ölmeleri durumunda, bağlı oldukları kilise veya manastıra kalacağı yönünde uygulama bulunmaktadır. (KASER, s.342.)

²⁵ WATSON, s.31.

²⁶ D. 36. 1. 27. pr: "Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet. Sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri: sed municipes ad eas admittuntur." Ayrıca bilgi için bkz.: SMITH, s.1024; BERGER, s.590.

²⁷ BERKİ, Miras, s.547.

²⁸ KASER, s.341; SMITH, s.206; HONIG, s.409. Ayrıca *aerarium* ve *fiscus* kavramlarının kıyaslaması için bkz.: SMITH, s.23-25,537-538; SCHULZ, s.177-178; DI MARZO, s.63-64; KOSCHAKER/AYİTER, s.98-99; BRUNT, P. A.: "The Fiscus and Its Development", *The Journal of Roman Studies*, 56(1-2), 1966, s.77-78,85 v.d. Yine aynı eserde, *Caracalla* döneminde mirasın *aerarium* yerine *fiscus*'a kalacağı ifadesinin kullanılmasının, kurumun daha önce var olmadığı anlamına gelmediği yönünde ve sahihsiz mirasın *aerarium* yerine *fiscus*'a aktarılmaya başlanması yönündeki gelişimin hukuki kaynağına ilişkin görüş hakkında bilgi bulunmaktadır. (BRUNT, s.80,81.) *Fiscus* kavramının *Caesar* zamanında kullanıldığı, dönüşümün tam olarak ne zaman tamamlandığı bilinmese de zamanla *aerarium* ile aynı anlama kavuştuğu yönündeki bilgi için bkz.: SMITH, s.537. Sahihsiz mirasın hükümdar hazinesine intikal edeceği şeklindeki ifade ile *aerarium* ve *fiscus* kavramları arasındaki geçiş sürecini açıklayan bilgiler için bkz.: SUTHERLAND, C. H. V.: "Aerarium and Fiscus During the Early Empire", *The American Journal of Philology*, 66(2), 1945, s.161 v.d. *Fiscus* kavramının önce devletin hukuki kişiliğini ifade etmek için kullanıldığı, daha sonra devlet hazinesi anlamını aldığı

B. Bona Vacantia Kavramı

Miras bırakanın mirasçısı olmadığı zaman terekenin sahihsiz olması durumu *bona vacantia* kavramı ile ifade edilmektedir²⁹. Atanmış ya da kanuni mirasçı olmadığı gibi³⁰ *praetor* mirasçılığına göre de mirası iktisap edebilecek kişinin bulunmaması durumunda tereke sahihsiz kalmaktadır ve Roma hukukunda sahihsiz terekenin varlığına, malların işgalinin ve ihrazının önlenmesi amacıyla³¹ hüküm ve sonuçlar bağlanmıştır³². *Codex*'te yer alan, MS. 421 tarihli emirnameyi içeren metin şu şekildedir³³:

C. 10. 10. 4: “*Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum iubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem.*”

“Vasiyetname bırakmadan ölen kişinin soyundan gelen kanuni mirasçısı yoksa ya da hukuken başka mirasçısı bulunmaktaysa, sahihsiz mirasın hazineye devredilmesini emrediyoruz.”

Ayrıca *Iustinianus* Dönemi'nde ölüme bağlı bağışlamalar, belirli mal vasiyetine ilişkin uygulamalara tabi tutulmuştur³⁴. Bu sebeple ölüme bağlı bağışlamaya konu olan mallar benzer sebeplerle iktisap edilemediğinde, sahihsiz tereke içinde oldukları kabul edilmelidir.

Bu durumda uygulanan “*Fiscus heredis loco*” prensibi, idari kazanç sağlama yolu olarak³⁵ mirasçının yerine hazinenin geçeceği anlamındadır. Mirasın bu şekilde intikali hukuk gereği kendiliğinden gerçekleşir ve mirasın açıldığı tarihten itibaren dört yıl içinde hazine, haciz yoluyla mallara sahip olabilir³⁶. Bu geçişin sonucu olarak hazinenin mirasa dahil olan borçlardan da sorumlu olması gerekmekte ve devlet alacaklıların başvurusuna maruz kalmaktadır. Bu sonucu ortadan kaldırmak için *praetor*, hazinenin mirası kabul ve iktisap etmediğini varsaymış, miras doğrudan alacaklılara verilmiş, alacaklılar malların satışını sağlayarak alacaklarını almış ve eksik kalan kısım için hazineye başvuramamışlardır³⁷.

Praetor hukuku ile kabul edilen bu uygulamanın, günümüz Türk hukuku bakımından devletin mirasçılığının sadece edinilen değerler ölçüsünde sorumlulukla sınırlandırılmış olması prensibinin³⁸ kökeni olduğu anlaşılmaktadır³⁹. Ayrıca bu uygulama ile devletin mirası takip etmemesine, miras

yönündeki bilgi için bkz.: HONIG, s.152 dn.31. İlk İmparatorluk Dönemi'nde iki hazinenin var olduğu ve aerarium'un senatonun idaresindeki devlet hazinesi, fiscus'un imparatorun idaresindeki devlet hazinesi olduğu yönündeki bilgi için bkz.: RADO, *Türkan: Principatus Devri'nde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum'lar Yoluyla Islahı*, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul 1953, s.18-19.

²⁹ KASER, s.364; SMITH, s.207; BERGER, s.374; UMUR, *Lügat*, s.29.

³⁰ KOSCHAKER/AYİTER, s.385.

³¹ SMITH, s.207. Önlenmesi amaçlanan uygulamalardan biri olarak, sahihsiz terekenin mallara el koyan ilk zilyet tarafından iktisabı kabul edilebilir. Sahihsiz tereke, zamanaşımı ile iktisaba ilişkin Eski Hukuk Dönemi'nde kabul edilen prensibe uygun olarak, zilyetliğini iyiniyet ve haklı neden aranmaksızın bir yıl aralıksız devam ettiren zilyet tarafından iktisap edilmektedir. (OĞUZOĞLU, s.306; GÜNAL, A. Nadi: *Roma Hukukundan Günümüze Kazandıracı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio) (Zamanaşımı)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.42.) Sahihsiz terekenin varlığı durumunda devletin mirasçılığı kurumunun kabulü, Klasik Hukuk Dönemi'nde de var olan, iyiniyet ve haklı sebep olmaksızın malların zamanaşımı ile iktisabına imkan veren ve usucapio pro herede olarak adlandırılan bu kurumu ortadan kaldırmıştır. (BERKİ, *Miras*, s.559.) Usucapio pro heredere kavramının bu anlamı ve Hadrianus ve Marcus Aurelius tarafından yasaklandığına ilişkin bilgi için bkz.: UMUR, *Lügat*, s.218-219. *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde tereke malların elinde bulunduran zilyedin, malları zamanaşımı ile iktisap edebilmesi için iyiniyetli olması şartı aranmıştır. (GÜNAL, *Zamanaşımı*, s.68.) Bu konuya ilişkin *Institutiones* düzenlemesi ise şu şekildedir:

I. 2. 6. 9: “*Res fisci nostri usucapi non potest. sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nuntiat, bona fide emptorem sibi traditam rem ex his bonis usucapere posse: et ita divus Pius et divi Severus et Antoninus rescripserunt.*”

“Hazinemize (fiscus) müteallik şeyler üzerinde iktisabı müruruzaman cereyan etmez. Fakat Papinianus'un yazdığına göre, münhal mallar (bona vacantia) içinden, bu malla hazineye ihbar edilmeden önce, hüsüniyet sahibi bir alıcıya bir şey teslim edilmişse, iktisabı müruruzaman cereyan edebilir: İlahi Pius'un ve ilahi Severus ile Antoninus'un emirnameleri bu yoldadır.” (UMUR, *Ziya: Iustinianus Institutiones (Institutiones)*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1968, s.103.)

³² BUCKLAND, W.W./MCNAIR, Arnold D.: *Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline*, 5. Baskı, Cambridge University Press, New York 2008, s.184; BERKİ, *Miras*, s.559,564; BRUNT, s.79.

³³ BLUME, Fred H./FRIER, Bruce W.: *The Codex of Justinian: A New Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text*, Volume 2, Cambridge University Press, Cambridge 2016, s.2470.

³⁴ MINDİZ, Emine: *Roma Hukukunda Ölüme Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa)*, 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2018, s.28.

³⁵ BRUNT, s.88.

³⁶ HONIG, s.409.

³⁷ HONIG, s.409-410; KOSCHAKER/AYİTER, s.385.

³⁸ TMK m. 631/2: “Devlet, deftere yazılan borçlardan sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumludur.”

³⁹ Aile evlatlarının asker oldukları sırada, savaşta elde ettikleri mallar *peculium castrense* adını almış, aile evlatlarının bu malları miras bırakabilecekleri kabul edilmiştir. Aile evladı vasiyet yapmaksızın ölürse, bu mallar aile babasına intikal edecektir. Aile babasının bu durumdaki mirasçılığı, devletin mirasçılığına benzetilmiştir. Devletin sadece

bırakanın borçlarından sorumlu olmamasına ve devletin mirası takip etmediği durumda alacaklıların sahipsiz terekeyi iktisap etmesine yol açan sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple devletin mirasçılık sıfatının kavramsal olarak diğer mirasçılıkların mirasçılık sıfatları gibi olmadığı kabul edilmektedir⁴⁰. Devlet bu uygulama ile *bona vacantia* üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmakta, böylece mallar sahipsiz mal olarak kabul edilemeyeceği için malların işgal ve ihraz yoluyla iktisabı engellenmiş olmaktadır⁴¹.

C. Lex Iulia de Maritandis Ordinibus ve Lex Iulia et Papia Poppaea'nın Konuya İlişkin Düzenlemeleri

İmparator Augustus'un evlilik kurumunu, buna bağlı olarak toplum yapısını düzenlemek⁴² ve hazineyi güçlendirmek amacıyla⁴³ çıkardığı kanunlardan biri olan M.S. 9 tarihli *Lex Iulia et Papia Poppaea* isimli kanunun, daha önce M.Ö. 18 tarihli⁴⁴ *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* ile düzenlenen ve günümüzdeki ifadesiyle devletin mirasçılığı konusunu ilgilendiren bazı hükümleri bulunmaktadır⁴⁵. Mirasın hazineye intikali konusunun ilk kez düzenlenmesi söz konusu kanunlar yoluyla olmuştur⁴⁶.

Kanunlar içinde farklı alanlara ilişkin birçok konu bulunduğundan, bu düzenlemelere ilişkin kısım uygulamada *Lex Iulia Caducaria* ya da *Lex Caducaria* olarak isimlendirilmiştir⁴⁷. *Caduca*, miras payının ya da vasiyetnamenin hükümsüz kalması⁴⁸ ve bu sebeple mirasın *bona vacantia* olması anlamına gelmektedir. Söz konusu kanunlar bakımından ise *caduca* ifadesi, mirasçılığın mirası iktisap edebilme ehliyetlerinin bulunmaması sebebiyle kullanılır⁴⁹. *Gaius, Institutiones*'in ikinci kitabında konuya ilişkin düzenlemelere yer vermiştir⁵⁰.

Düzenlemelere göre *caelibes*, yani bekar, dul ya da boşanmış olanların veya geçersiz evlilik yapmış olması sebebiyle evli olmayanların⁵¹, altıncı dereceye kadar akrabalarının ve yakın kayın akrabalarının yapmış olduğu vasiyetler hariç olmak üzere⁵², miras ve belirli mal vasiyetlerini iktisap etme ehliyetlerinin olmadığı kabul edilmektedir⁵³.

Benzer şekilde *orbi*, yani cinsiyetlerine göre kadın ise 20-50, erkek ise 25-60 yaş aralığında olan ve evli oldukları halde çocukları olmayanların⁵⁴, aynı istisnalar hariç kendilerine vasiyet edilen şeylerin yarısını iktisap edemeyecekleri kabul edilmiştir⁵⁵.

kendisine intikal eden malların miktarı ile sorumlu olması gibi aile babası da alacaklılara karşı, mirasın sınırlarını aşan miktar bakımından sorumlu olmaz. Bkz.: BERKİ, Şakir: "Roma'da Aile Hukuku", AÜHFD, 14(1), 1957, s.118, dn.3. Ayrıca *peculium castrense* kavramının anlamı için bkz.: UMUR, Lügat, s.154.

⁴⁰ BERKİ, Miras, s.564; OĞUZOĞLU, s.307.

⁴¹ BERKİ, Miras, s.564 dn.79.

⁴² KASER, s.290; GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.129.

⁴³ SMITH, s.206.

⁴⁴ Kanunun yapılış tarihinin M.Ö. 4 yılı olduğu yönündeki bilgi için bkz.: HONIG, s.170.

⁴⁵ Düzenlemelere öncelikle *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus*'ta yer verilmiş, *Lex Iulia et Papia Poppaea* ile bazı hükümlerde değişiklikler yapılması amaçlanmıştır. (GÜNEŞ CEYLAN, s.132.)

⁴⁶ SMITH, s.207.

⁴⁷ SMITH, s.691-692.

⁴⁸ HONIG, s.402-403.

⁴⁹ BERGER, s.545. Ayrıca aynı eserde vasiyetnamenin açılmasından önce lehine vasiyette bulunulan kişinin ölümü ya da mirası reddi halleri de *caduca* sebepleri olarak sayılmıştır. (BERGER, s.377.) *Caduca* kavramının bu kullanımın öncesinde sahipsiz olan her eşya için kullanıldığı yönündeki bilgi için bkz.: SMITH, s.206.

⁵⁰ Gai. I. 2. 111, Gai. I. 2. 206, Gai. I. 2. 207, Gai. I. 2. 208. Gaius'un metinlerde kullandığı ad *populum* ifadesinin, *fiscus* yani imparatorluk hazinesi olarak anlaşılması gerektiği yönündeki bilgi için bkz.: ŞWIRGON-SKOK, s.110.

⁵¹ UMUR, Lügat, s.31.

⁵² DI MARZO, s.560. İstisnanın altıncı dereceye kadar değil, yedinci dereceye kadar akrabaları kapsadığı yönündeki farklı bilgi için bkz.: TAMER GÜVEN, Diler: "Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 57(1-2), 1999, s.231.

⁵³ FRIER, Bruce W./MCGINN, Thomas A.J.: A Casebook on Roman Family Law, Oxford University Press, New York, 2004, s.417. Eşlerinin ölümü sebebiyle *caelibes* olanlar ise, mirasçılık sıfatı bakımından belirli süreler için bu düzenlemeye tabi değildirler. (ŞWIRGON-SKOK, s.111.)

⁵⁴ UMUR, Lügat, s.110,148. Yaş uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: SMITH, s.692. Çocuklarını ölüm sebebiyle kaybetmiş kişilerin hangi durumlarda mirasçılık sıfatlarını kaybetmeyeceklerine ilişkin bilgi için bkz.: FRIER/MCGINN, s.39.

⁵⁵ HONIG, s.402; KOSCHAKER/AYİTER, s.317; GÜNEŞ CEYLAN, s.131. Ayrıca, sonraki dönemlerde uygulanmaya son verilmiş olsa bile, *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* isimli kanunla, özgür kadının üç, azat edilmiş kadının dört çocuğu olması durumunda mirasçı olabileceği düzenlenmişti. Bu süreçte, bu koşulları taşımayan kadınların mirasçı olarak belirlenmesi, başka bir mirasçı olmaması durumunda, mirasın devlet hazinesine intikal etmesine sebep olacaktır. Erkeklerin ise mirasçı olabilmek için bir çocuk sahibi olması yeterli kabul edilmiştir. Çocukları olmasa bile evlat edinme yolu ile çocuk sahibi olmaları da, M.S. 63 tarihli *Senatus Consultum Memmianum* ile kaldırılana kadar, mirasçılık sıfatını kazanmalarını sağlamıştır. (BERGER, s.698; HONIG, s.170; ŞWIRGON-SKOK, s.111.)

Mirasın intikalinden itibaren *caelibes*'e evlenmeleri için yüz gün süre tanınmıştır⁵⁶. Bu süre zarfında evlenmeyen veya mirasın açılmasından önce ölen kişilere bırakılmış olanlar *caduca* olmakta ve bu kişilerin yerine geçecek mirasçı belirlenmemişse ve mirası iktisap edebilecek çocukları ve üçüncü dereceye kadar akrabaları yoksa⁵⁷ miras hazineye intikal etmektedir⁵⁸.

Orbi'nin iktisap edemediği miras da *caduca* kabul edilmektedir; fakat bu durumda sırasıyla evli ve çocuklu mirasçıların, bunlar yoksa lehine mal vasiyet edilen evli ve çocuklu mirasçıların mirası iktisap edebilecekleri kabul edilmiştir. Bu kişilerin var olmaması ya da mirası iktisap etmemeleri durumunda yine devletin mirasçılığı söz konusu olur ve miras hazineye intikal ederdi⁵⁹.

Caduca olan miras payının intikali külli halefiyet yoluyla olurken, vasiyetnamenin varlığı durumunda belirli mal vasiyetlerinin *caduca* olması sebebiyle gerçekleşen intikal cüz'i halefiyet yoluyla olmaktadır. İlk durumda *caduca* olan mirası iktisap eden belirli mal vasiyetlerini yerine getirme yükümlülüğünü de iktisap edecek, ikinci durumda ise belirli mal vasiyetlerinin *caduca* olması bunlardan doğan yükümlülükleri de *caduca* hale getirecektir⁶⁰.

Hem *caelibes* hem de *orbi*'nin mirası ve belirli mal vasiyetlerini iktisap etmeleri belirtilen koşulların varlığı durumunda mümkün olmadığı için⁶¹, uygulamada mirasçıların yerine getirmesi istenen belirli mal vasiyetleriyle yasak aşılmaya çalışılmıştır. M.S. 73 tarihli⁶² *Senatus Consultum Pegasianum* ile bu uygulama da yasaklandı⁶³, mirası iktisap edebilecek kişi yoksa söz konusu uygulamaya konu olan miras da *caduca* sayılmış ve hazineye intikal etmiştir⁶⁴.

Ölüme bağlı bağışlamalar ise, başlangıçta kanun kapsamında değerlendirilmemiştir. Daha sonra ölüme bağlı bağışlamaların belirli mal vasiyetleriyle aynı düzenlemelere tabi tutulmasıyla bunlar için de kanun uygulanmaya başlanmıştır⁶⁵. Bu uygulamanın nasıl olduğuna ilişkin bilgiler açık olmadığından, hali hazırda devredilen malların nasıl geri isteneceği, *caelibes*'e tanınan süre benzeri uygulamanın burada da geçerli olup olmadığı tam bilinmemekte, belirli mal vasiyetleri için uygulanan usullerin geçerli olacağı genel olarak kabul görmektedir⁶⁶.

⁵⁶ HONIG, s.402. Ayrıca Lex Iulia de Maritandis Ordinibus ile kocası ölen kadınlara yeniden evlenmeleri için bir yıl, evliliği sona eren kadınlara altı ay süre tanınmış, bu süreler Lex Iulia et Papia Poppaea ile ilk durum için iki yıla, ikinci durum için bir buçuk yıla çıkarılmıştır. (SMITH, s.692; HONIG, s.170; ŞWIRGON-ŞKOK, s.110.) Ehliyeteye ilişkin kısıtlamalar bakımından azat edilenlerin mirasçılık sıfatlarının bulunmadığı durumlarda da mirası iktisap edebilecek azatlı M.S. 19 tarihli Lex Iunia Norbana'nın hükümleri doğrultusunda, mirasçı olarak atandığı kendisine tebliğ edildikten sonra yüz gün içinde mirası iktisap etme ehliyeti kazanmadıkça miras *caduca* sayılmaktadır. (SMITH, s.206,693; BERGER, s.555; HONIG, s.403.)

⁵⁷ HONIG, s.409.

⁵⁸ KASER, s.290-291,363; HONIG, s.170.

⁵⁹ KOSCHAKER/AYİTER, s.396-397. Ayrıca *caduca* kavramı ve bilgi için bkz.: UMUR, Lügat, s.31. Her iki durumda da, *caduca*'nın varlığı ihbar eden delatores isimli kişilere hazineye intikal edecek miktarın yarısı ödül olarak verilmiş, bu şekilde uygulamanın yaygınlaşması ve idari masrafların azaltılması amaçlanmıştır. Toplumda kargaşaya yol açan bu uygulama hakkında ve uygulamanın zaman içindeki değişimi hakkında bilgi için bkz.: ŞWIRGON-ŞKOK, s.112. Uygulamadan fayda sağlayan kurumun devlet hazinesi olduğuna ilişkin bilgi ve kurum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: ROBINSON, O. F.: "The Role of Delators", Beyond Dogmatics Law and Society in the Roman World, in Cairns, John W./Du Plessis, Paul (ed.), Edinburg University Press, Edinburg 2007, s.215,212-218. Delatores kavramının anlamı için bkz.: UMUR, Lügat, s.56.

⁶⁰ SMITH, s. 207. Konuya ilişkin D. 30. 1. 96. 1 düzenlemesine göre, mirasçının yerine getirmekle yükümlü olduğu belirli mal vasiyetleri, söz konusu kanunlar sebebiyle *caduca* mirasın hazineye kalması durumunda hazine tarafından yerine getirilecektir.

D. 30. 1. 96. 1: "Quotiens lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata et fideicommissa praestantur, quae praestare cogentur heres a quo relicta erant."

Ayrıca D. 30. 1. 114. 2 düzenlemesine göre mirasçısı olmayıp mirası hazine tarafından iktisap edilecek miras bırakan, yüklemenin hazine tarafından yerine getirilmesini isteyebilir.

D. 30. 1. 114. 2: "Qui intestato decedit et scit bona sua ad fiscum perventura vacantia, fidei fisci committere potest."

⁶¹ Bu konuya ilişkin yasaklama Lex Iulia et Papia Poppaea ile kabul edilmiştir. (GÜNEŞ CEYLAN, s.133.)

⁶² Tarihin kesin olarak bilinmediğine ilişkin bilgi için bkz.: BERGER, s.699.

⁶³ DI MARZO, s.588; KOSCHAKER/AYİTER, s.414. Aynı yöndeki bilgi ve ayrıca Lex Iunia Norbana hükümleri gereği mirası iktisap etme ehliyeti olmayanların bu yasağa tabi olmadıklarına ilişkin bilgi için bkz.: HONIG, s.421.

⁶⁴ Gai. I. 2. 286, Gai. I. 2. 286a. Buna benzer bir uygulama da D. 29. 6. 2. 2 metninde yer almaktadır. Vasiyetnamede yer verilen yükleme ile belirli mal vasiyetini yerine getirmesi istenen kişinin hileli davranışı, mirasın *caduca* olmasına sebep olacak, Lex Falcidia hükümleri gereğince bu mirasın dörtte üçü hazineye intikal edecektir.

D. 29. 6. 2. 2: "Si fidei eius qui dolum admisit commissum est, ut hereditatem restitueret: ea hereditas *caduca* cum suis oneribus fiet, ut commodum legis Falcidiae fiscus sentiat, dodrantis autem fideicommissarius."

⁶⁵ D. 39. 6. 35. pr: "Senatus censuit placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret. Ex hoc senatus consulto multae variaeque quaestiones agitantur, de quibus pauca referamus." Ayrıca bkz.: HONIG, s.429.

⁶⁶ MINDIZ, s.86-87.

Caduca olan mirasa dahil olmaları sebebiyle iktisap edilemeyen mallar zilyedin hakimiyet alanında ise, devletin açacağı istihkak davası bakımından iadenin nasıl gerçekleşeceği meselesi M.S. 129 tarihli *Senatus Consultum Inuentianum*'da düzenlenmiştir⁶⁷. Zilyet iyiniyetli ise, elinde kalan malları ve istihkak davası açılana kadar elde edilen semereleri iade edecek, bu sürece kadar kusurlarından doğan zararlardan ve işleyen faizden sorumlu olmayacaktır. Kötü niyetli ise, bunlar dışında kusuru olmaksızın doğan zararlardan, beklenmeyen halden, elinde kalmayan değerlerden ve hatta elde etmesi gereken semerelerden de sorumlu olur⁶⁸. Ayrıca iyiniyetli zilyedin tüm masraflar için hapis hakkı bulunmaktayken, kötü niyetli zilyedin bu hakkı sınırlıdır⁶⁹.

Bu kanunların düzenlemeleri Klasik Hukuk Dönemi'nin ortalarına ait olmakla birlikte Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nin yeni ekonomik ihtiyaçları sebebiyle değişikliğe uğramıştır. Kabul edilen uygulamalar, aile düzenini sağlama ve çocuk sahibi olma oranını artırma amaçlarını gerçekleştirmede istenen sonuçları vermemiştir⁷⁰. Önce *caelibes ve orbi*'ye mirasçılık konusunda tam ehliyet tanınmış, sınırlamalar sadece eşler arasında devam ettirilmiş, bundan bir yüzyıl sonra eşler arasındaki sınırlamalar da kaldırılmıştır⁷¹. Dolayısıyla bu gerekçelerle devletin mirasçılığının söz konusu olması *Iustinianus* Dönemi'nde mevcut olmayan⁷², Klasik Hukuk Dönemi'ne özgü uygulamalardır⁷³.

D. Devletin Mirasçılığının Kabul Edildiği Diğer Durumlar

1. Vasiyetnameye İtiraz Edilmesi Durumunda

D. 5. 2. 8. 14 metnine göre⁷⁴ kanuni mirasçının, vasiyetnamede kanuni mirasçılara yer verilmeyecek şekilde yapılan mirasçı atamalarına hukuka aykırı şekilde itiraz etmesi ve bu itirazında haksız çıkması durumunda kendisine vasiyetname ile bırakılmış şeyler, bunlar üzerindeki hakkını kaybettiği gerekçesiyle kendisinden alınacak ve hazineye intikal edecektir.

Klasik Hukuk Dönemi'nde serbestçe mirasçı belirleme konusunda getirilen kısıtlamalarla⁷⁵, vasiyetname olmasaydı kanuni mirasçı olabilecek kişilerin, mirastan pay alamamalarına yönelik itirazlarda bulunmaya başladıkları görülmektedir. Vasiyetnameye itiraz edilmesi sebeplerinden biri olarak İmparatorluk Dönemi'nde hukuki düzenlemelere de konu olan bu durum⁷⁶, *pars legitima*, yani saklı pay kavramının⁷⁷ ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu sebeple mirasçı olarak atanmamış olsalar bile vasiyet yoluyla elde ettikleri mallar bulunan ve kanuni mirasçı olabilecek kişiler itirazda bulunurlar ve itirazları reddedilirse, elde ettikleri ve belirli mal vasiyeti ile kendilerine bırakılan malları kaybedeceklerdir. Böyle bir durumda bu mallar söz konusu düzenlemede belirtildiği üzere devlete intikal edecektir⁷⁸.

2. Mirastan Mahrumiyet Durumunda

Mirasçının kendisinden kaynaklanan hukuka aykırı sebeplerle mirası iktisap etmekten mahrum kaldığı durumlar, devletin mirasçılığının söz konusu olduğu durumlardan biridir. *Indignus*, yani mirastan mahrum kalan kimse olarak isimlendirilen bu kişiler⁷⁹, kendilerine miras kalan malları, semereleriyle birlikte hazineye devretmek zorundadırlar. Hazinenin de malları mirasçıdan almak konusunda yetkisi vardır⁸⁰.

⁶⁷ KASER, s.373; BERGER, s.486,698; HONIG, s.367.

⁶⁸ DI MARZO, s.568; BERKİ, Miras, s.569.

⁶⁹ RADO, s.33.

⁷⁰ HONIG, s.171.

⁷¹ Konuya ilişkin bilgiler için bkz.: DI MARZO, s.562; TAMER GÜVEN, s.231.

⁷² KASER, s.363; SMITH, s.207; HONIG, s.403,409; ŚWIRGOŃ-SKOK, s.112-113.

⁷³ Klasik Hukuk Dönemi uygulaması konusunda fikir vermesi açısından Tacitus'un yıllıklarında var olan örnek incelenebilir. Yıllıklarda varlıklı olan ve vasiyetname bırakmadan ölen Aemilia Musa isimli kadının malvarlığının, ölümlüyle devlet hazinesine intikal ettiği, sonrasında bu malvarlığının İmparator Tiberius tarafından ailesinden olan Aemilius Lepidus'a iade edildiği örneği bulunmaktadır. (Metin için bkz.: MONGAN, Roscoe: C.C. Tacitus: The Annals, Books I. to VI., Dublin 1858, s.71-72.) Mirasın hazineye intikaline ilişkin bu uygulamanın kaynağının ve gerekçesinin bilinmediği yönündeki bilgi için bkz.: SUTHERLAND, s.160.

⁷⁴ D. 5. 2. 8. 14: "Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit et non optinuit, id quod in testamento accepit perdere et id fisco vindicari quasi indigno ablatum..."

"Unutulmamalıdır ki, kanuni mirasçılara yer verilmeyen vasiyetnameye hukuka aykırı şekilde itiraz eden ve davayı kaybeden kişi, kendisine vasiyetname ile bırakılmış şeyleri de kaybedecek ve hak etmediği kabul edilen bu şeyler hazine tarafından alınacaktır..."

⁷⁵ BERKİ, Miras, s.542.

⁷⁶ OĞUZOĞLU, s.291.

⁷⁷ BERGER, s.618-619.

⁷⁸ UMUR, Miras, s.188.

⁷⁹ BERGER, s.499.

⁸⁰ KASER, s. 364; KOSCHAKER/AYİTER, s.372.

Bu sonuç kendiliğinden doğmamakta, hâkim kararıyla birlikte gerçekleşmekte, mallar hazineye geçse de kişilerin mirasçılık sıfatları ortadan kalkmamaktadır⁸¹. Ayrıca bu sebeple miras düşmeyeceği gibi, mirasın kazanılması da imkânsız hale gelmemektedir⁸².

Devletin mirasçılığına yol açan bu nedenlere örnek olarak, *Digesta*'nın 34 kitabının 9. faslının içeriğinden anlaşıldığı üzere, bir erkekle evlilik dışı ilişki yaşayan kadının, miras bırakanı kasten öldürenin, miras bırakanı kasten öldüreni takip etmek isteyen engel olanın, M.S. 10 tarihli *Senatus Consultum Silanianum*'un öldürülen aile babasının katilini bulmak üzere bütün kölelerine işkence edilmesine, katil bulunamazsa yardım etmeyenlerin öldürülmesine, bu uygulamadan önce mirasın açılmayacağına ilişkin düzenlemesine⁸³ aykırı davranışın⁸⁴, miras bırakanın haksız yere hak ehliyetinin olmadığını iddia edenin, miras bırakanın hukuka aykırı fiil gerçekleştirdiğini haber verenin, miras bırakanın vasiyetname yapmasına engel olanın, miras bırakan hayattayken haberi olmaksızın mallarını bağışlayanın, akıl hastası veya savaş esiri olan miras bırakana gereken yardımı yapmayanın, kanuni mirasçılardan olup vasiyetnameyi imha edenin, mirasa dahil malları kaçıranın, vasiyetname ile yasal temsilci olarak atanıp gerçek olmaksızın yasal temsilciliği reddedenin⁸⁵, belirli mal vasiyetlerini yerine getirmeyenin mirastan mahrum olması verilebilir⁸⁶.

Bunlarla birlikte, mirası kabul etmesi gereken atanmış mirasçılardan süresi içinde mirası kabul etmemeleri de mirastan mahrum edilmeleri ile sonuçlanmıştır⁸⁷. Aynı şekilde, belirli mal vasiyetinin, mirasçılık sıfatı olmayan kişiye miras bırakmak amacıyla miras bırakan ile mirasçı arasında yapılan gizli anlaşmaya dayanılarak hukuka aykırı şekilde yapılması durumunda mirasçı mirastan mahrum olacak ve miras hazineye intikal edecektir⁸⁸.

Buna benzer başka bir uygulama, mirasçıdan değil miras bırakandan kaynaklanan sebeple ortaya çıkmaktadır. Miras bırakanın ölümünden sonra, ihanet suçu ile yargılanması sonucu mahkûm olması ile anısı zedelenirse, mirasçılar mirasçılık sıfatlarını kaybedecek ve bu kişilerin yerine hazine mirasçı olacaktır. Konuya ilişkin düzenleme *Institutiones*'te yer almaktadır.

I. 3. 1. 5: “*Per contrarium evenit ut, licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus heres non fiat, veluti si post mortem suam pater iudicatus fuerit reus perduellionis, ac per hoc memoria eius damnata fuerit: suum enim heredem habere non potest, cum fiscus ei succedit. sed potest dici, ipso iure esse suum heredem, sed desinere.*”

“Buna mukabil bir kimse, ölüm esnasında müteveffanın ailesinden olduğu halde, *suius heres* olmayabilir: Ezcümle baba, ölümünden sonra, yüksek ihanet suçundan dolayı dava edilir ve bu sebeple hatırası mahkûm edilecek olursa; böyle bir kimsenin *suius heres*'i olmaz, zira ona hazine (*fiscus*) mirasçı olur. Ancak burada, hukuken bir *suius heres*'in mevcut olduğu; fakat sonradan bu vasfını kaybettiği söylenebilir.”⁸⁹

3. Vasiyetnamenin Mirasçı Çıkarılması Suretiyle Değiştirilmesi Durumunda

Miras bırakan, vasiyetname ile atadığı mirasçıyı daha sonra mirasçı olmaktan çıkarırsa söz konusu hüküm iptal olacak, vasiyetname geçerliliğini koruyacaktır. Bu şekilde mirasçılık sıfatını kaybeden kişinin hak kaybına uğradığı kabul edilmiştir. Bu durumda, kendisine intikal edecek mallar, başka mirasçı bulunmuyorsa hazineye intikal edecektir. Bu intikalin gerekçesi konusunda kesinlik bulunmamaktadır. Malların hazineye ait olacağı kabul edilmesine rağmen, bunun mirastan mahrumiyet sebebiyle mi olduğu, yoksa iktisap edilemeyen miras olması sebebiyle *caduca* sayıldığı için mi olduğu konusu tartışmalıdır⁹⁰.

Konuya örnek olacak somut olay içeren *Digesta* metni⁹¹, vasiyetnamenin mirasçı çıkarılması suretiyle değiştirilmesi durumunda geçersiz olmayacağını, belirli mal vasiyetlerinin yerine getirileceğini belirtmektedir. Bahsedilen somut olay üzerine hukukçuların konuya ilişkin görüş oluşması için sorunun üzerinde tartıştıkları, mirası iktisap edecek mirasçı yoksa mirasın *caduca* sayılması sebebiyle hazine tarafından iktisap edileceği anlaşılmaktadır⁹².

⁸¹ DI MARZO, s.563.

⁸² KOSCHAKER/AYİTER, s.372.

⁸³ SMITH, s.1027; BERGER, s.699; DI MARZO, s.539; UMUR, Lügat, s.194.

⁸⁴ DI MARZO, s.563; RADO, s.30.

⁸⁵ BERGER, s.499.

⁸⁶ KASER, s.364; UMUR, Lügat, s.86.

⁸⁷ HONIG, s.366.

⁸⁸ BERGER, s.729.

⁸⁹ UMUR, Institutiones, s.195.

⁹⁰ BUCKLAND/MCNAIR, s.171.

⁹¹ D. 34. 9. 12. pr: “...Quod divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad praefectos aerarii misit: verum ab eo legata relicta salva manserunt...”

⁹² BRUNT, s.80-81.

IV. SONUÇ

Roma hukukunda ölen kişinin mirasının kime ait olacağı sorunu, hukuk dönemleri bakımından farklı kurallara göre belirlenmiştir. Hukuki metinlerde devlet hazinesinin bazı durumlarda ve belirli koşullar altında mirası iktisap edeceğine yönelik düzenlemelerin yer alması sebebiyle, günümüz Türk hukukundaki ifadesiyle devletin mirasçılığı kurumunun varlığından da söz edilebilir.

Eski Hukuk Dönemi'nde mirasçılarının belirlenmesi için vasiyetname ile mirasçı atanması usulü esas kabul edilmiştir. Bu kapsamda devletin vasiyetname ile mirasçı olarak atanması mümkün olmadığından, bu dönemde devlet hazinesinin mirası iktisap etmesi uygulaması bulunmamaktadır. Klasik Hukuk Dönemi'ne ait düzenlemelerle ise, belirli durumlarda devlet hazinesinin mirası hukuk gereği iktisap edebileceği kabul edilmiş, *Iustinianus* Dönemi'ne gelindiğinde devlet hazinesinin vasiyetname ile mirasçı olarak belirlenmesi dahi mümkün olmuştur.

Klasik Hukuk Dönemi'nin *bona vacantia* olarak adlandırılan sahipsiz terekenin hazine tarafından iktisabına ilişkin düzenlemelerinin temelinde, mirası iktisap edebilecek kanuni mirasçı olmadığı gibi atanmış mirasçı da olmaması ya da bu kişilerin mirası iktisap edebilmeleri için gereken ehliyetten yoksun olmaları bulunmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların ve bağışlamaların, hukuka aykırı bir sebebin varlığı durumunda geçersiz olması da aynı sonucu doğurabilmektedir. Bu sebeplerin varlığı durumunda "Fiscus heredis loco" prensibi gereği, idari kazanç sağlama yolu olarak mirasçının yerine devlet hazinesi geçecektir.

Bu durumlarda *praetor*'un tanıdığı hukuki korumalarla devletin terekenin borçlarından sorumlu olmaması sonucunu doğuran uygulamanın ise, günümüz Türk hukuku bakımından devletin mirasçılığının sadece edinilen değerler ölçüsünde sorumlulukla sınırlandırılmış olması prensibinin kökeni olduğu anlaşılmaktadır.

Miras payının ya da vasiyetnamenin hükümsüz kalması ve bu sebeple mirasın *bona vacantia* olması anlamına gelen *caduca*, İmparator *Augustus* zamanında çıkarılan *Lex Iulia de Maritandis Ordinibus* ve *Lex Iulia et Papia Poppaea* kanunları ile ilk kez düzenlenmiştir. *Caduca* ifadesi bu kanunlarda, mirasçılarının mirası iktisap edebilme ehliyetlerinin yokluğu sebebiyle mirasın hükümsüz kalması anlamında kullanılmıştır. Bu kanunların *Iustinianus* Dönemi'ne kadar uygulanan hükümleri ile bekarların ve evli olup çocuğu olmayanların, belirli koşullar altında mirasçılık ehliyetlerini kaybetmeleri sebebiyle, iktisap edemedikleri mirasın devlet hazinesine intikal edeceği durumlar düzenlenmiştir.


Farklı düzenlemelerde ise, mirasın devlet hazinesine intikalini kabul eden ifadeler yer almaktadır. Mirasçıdan ya da bazen miras bırakandan kaynaklanan sebeplerle mirastan mahrumiyet durumu, mirası iktisap etme ehliyetini ortadan kaldıracağı için, miras *caduca* olacak ve devlet hazinesine intikal edecektir. Vasiyetnamede yer alan tasarruflara, miras payının ihlal edildiği gerekçesiyle itiraz eden mirasçının itirazında haksız olması, vasiyetnamenin sonradan mirasçı çıkarılması suretiyle değiştirilmesi sonucu mirasçılık sıfatının kaybı diğer *caduca* sebepleri olarak devlet hazinesinin mirası iktisap edeceği durumları oluşturur.

KAYNAKÇA

- BERGER, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953.
- BERKİ, Şakir: “Roma’da Aile Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14(1), 1957, s.111-121.
- BERKİ, Şakir: “Roma’da Miras Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(1-4), 1953, s.542-576.
- BLUME, Fred H./FRIER, Bruce W.: The Codex of Justinian: A New Annotated Translation, with Parallel Latin and Greek Text, Volume 2, Cambridge University Press, Cambridge 2016.
- BRUNT, P. A.: “The Fiscus and Its Development”, The Journal of Roman Studies, 56(1-2), 1966, s.75-91.
- BUCKLAND, W.W./MCNAIR, Arnold D.: Roman Law and Common Law: A Comparison in Outline, 5. Baskı, Cambridge University Press, New York 2008.
- DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, Çev.: Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1959.
- FRIER, Bruce W./MCGINN, Thomas A.J.: A Casebook on Roman Family Law, Oxford University Press, New York 2004.
- GÜNAL, A. Nadi: Roma Hukukundan Günümüze Kazandırıcı Zamaşımı ile Mülkiyetin İktisabı (Usucapio) (Zamaşımı), Yetkin Yayınları, Ankara 2006.
- GÜNAL, A. Nadi: “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu ile Miras” (Miras), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 44(1), 1995, s.425-442.
- GÜNEŞ CEYLAN, Seldağ: Roma Hukukunda Evlenme (Matrimonium), Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- HONIG, Richard: Roma Hukuku, Çev.: Şemseddin Talip, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1938.
- KASER, Max: Roman Private Law, Çev.: Rolf Dannenbring, 4.B, University of South Africa, South Africa 1984.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: “Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 45(1), 1996, s.505-531.
- MINDİZ, Emine: Roma Hukukunda Ölümüne Bağlı Bağışlama (Donatio Mortis Causa), 2. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- MONGAN, Roscoe: C.C. Tacitus: The Annals, Books I. to VI., Dublin, 1858.
- OĞUZOĞLU, Cahit: Roma Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.
- RADO, Türkan: Principatus Devri’nde Roma Hususi Hukukunun Senatus Consultum’lar Yoluyla İslahı, Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul, 1953.
- ROBINSON, O. F.: “The Role of Delators”, Beyond Dogmatics Law and Society in the Roman World, in Cairns, John W./Du Plessis, Paul (ed.), Edinburg University Press, Edinburg 2007, s.206-220.
- SCHULZ, Fritz: Principles of Roman Law, Clarendon Press, Oxford, 1936.
- SMITH, William: Dictionary of Greek and Roman Antiquities, 2. Baskı, Walton and Maberly, London 1853.
- SUTHERLAND, C. H. V.: “Aerarium and Fiscus During the Early Empire”, The American Journal of Philology, 66(2), 1945, s.151-170.
- ŞWIRGON-SKOK, Renata: “The Impact of Wars on Roman Legislation Regarding Vicesima Hereditatis and Caducum”, Studia Iuridica Lublinensia, 28(3), 2019, s.101-116.
- TAMER GÜVEN, Diler: “Roma Hukukunda Kadının Mirasçılığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 57(1-2), 1999, s.225-240.
- UMUR, Ziya: Iustinianus Institutiones (Institutiones), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügatı (Lügat), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1983.
- UMUR, Ziya: “Roma Miras Hukuku’nun Ana Hatları” (Miras), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 31(1-4), 1965, s.159-195.
- WATSON, Alan: The Law of Succession in the Later Roman Republic, Oxford University Press, Oxford, 1971.

ETHEREUM VE AKILLI SÖZLEŞMELER

ETHEREUM AND THE SMART CONTRACTS

Mete TEVETOĞLU*  <https://doi.org/10.21492/inuhfd.852860> **Makale Bilgi***Gönderi: 03/01/2021*
*Kabul : 25/03/2021***Anahtar Kelimeler***Blozkincir,*
Ethereum,
Teknoloji,
Güven Asimetrisi,
*Akıllı Sözleşmeler***Article Info***Received: 03/01/2021*
*Accepted: 25/03/2021***Keywords***Blochchain,*
Ethereum,
Technology,
Trust Asymetry,
*Smart Contracts.***Özet**

Borcun kaynaklarından biri olan sözleşmelerin temelinde tarafların sözleşme yapmak konusunda iradelerini açıklamaları ve bu iradelerin birbiri ile uyuşması yatar. Sözleşmesel yükümlülüklerin sözleşmelerde düzenlenen şekilde yerine getirilmesi önemlidir. Bu nokta, taraflarının iradelerine tabi olup ve birbirlerine yönelik karşılıklı güvenlerine dayanır. Sözleşmelerin gereği gibi ifası, dayanağı ve kaynağı bakımından hassas, zayıf ve kırılmalıdır. Zira, taraflar her zaman birbirlerinin iradelerini tam ve doğru şekilde anlayamayabilir. Yine böylesine akitlerde taraflar, aradan geçen zamanın veya değişen şartların etkisiyle yahut ortada bunun için zorlayıcı bir sebep yokken bile sözleşmeye yansıyan iradesine konu taahhüdünü tam veya zamanında yerine getirmekten kaçınabilir. Güven esasına dayanan sözleşmelerin ifası itimat asimetrisi riskine ve taraf iradesinin zaaflarına tabidir. Teknoloji, güven ve sözleşmelerin ifa edilmesine dair bu risklerin giderilmesine çözüm getirebilir mi? İşte bu soru, Bitcoin ile ortaya çıkan Blozkincir teknolojisini pek çok yönden daha ileri taşıyan Ethereum ile birlikte daha fazla tartışılır, merak edilir hale gelmiştir. Ethereum ile beraber tekrar hatırlanan ve Blozkincir teknolojisi ile yeniden yorumlanan akıllı sözleşme kavramı mezkur sözleşmenin, taraflarının karşılıklı, subjektif güvenine mahkum edilmeden, kendi kendini ifa edebilmesinin yeniden tartışılmasına ve heyecanla karşılanmasına yol açmıştır. Bu makalede, Ethereum üzerinde geliştirilebilen ve uygulanabilen akıllı sözleşmelerin ne anlama geldiği, kendi kendini nasıl ifa edebildiği, gelecekteki teknoloji ve hukuk işbirliğine dair hangi etkileşimleri yarattığı ve bunların hukuki sonuçlarına incelenmektedir.

Abstract

At the basis of the contracts, which are one of the sources of debt, lies the parties' declaration of their will to make a contract and the agreement of these wills with each other. It is important that contractual obligations are fulfilled as set out in contracts. This point is subject to the will of their parties and is based on their mutual trust in each other. Duly execution of contracts is sensitive, weak and fragile in terms of its basis and source. Because the parties may not always understand each other's wills fully and correctly. Again, in such contracts, the parties may refrain from fulfilling their commitment in full or on time due to the effect of the intervening time or changing conditions, or even if there is no compelling reason for this. The execution of trust-based contracts is subject to the risk of trust asymmetry and the weaknesses of the party's will. Can technology solve these risks of trust and fulfillment of contracts? This question has become more discussed and curious with Ethereum, which carries the Blockchain technology that emerged with Bitcoin further in many ways. The smart contract concept, which has been recalled with Ethereum and reinterpreted with Blockchain technology, has led to the discussion and enthusiasm of the mentioned contract's self-performance without being condemned to the mutual, subjective trust of its parties. This article focuses what smart contracts can be developed and implemented on Ethereum mean, how they can self-fulfill, what interactions they create for future technology and legal cooperation, and their legal consequences.

I. GİRİŞ

Konuya yabancı olanların sıklıkla yanılgıya düştüğünün aksine “smart contracts” yani “akıllı sözleşmeler” ile kastedilen¹ yeni bir olgu, yeni bir kavram veya yepyeni sözleşme teknolojisi değildir². Aksine, kavram, ilk defa 1994 yılında, Nick Szabo tarafından, ifa aşamasında insan iradesinden arındırılmış ve kendi kendini ifa edebilen sözleşmeler fikri olarak açıklanmış, akademik olarak incelenmiş, isimlendirilmiş ve tartışmaya açılmıştır³. Aradan geçen, uzun sayılabilen bir zama geçtikten sonra, akıllı sözleşme kavramının yeniden gündeme gelmesi, inceleme, araştırma ve tartışmalara konu olmasının sebebi Blokzincir teknolojisi ve Bitcoin’in ortaya çıkmasını takiben geliştirilen Ethereum’dur⁴. Bu makalede, “Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler”in inceleme konusu olarak seçilmesinin temel sebebi, Ethereum’un akıllı sözleşme kavramını gündeme taşıyan bu etkisinin ve aralarındaki ilişkinin sonuçlarının teknoloji ve hukuk ekseninde analiz edilmesidir.

Teknolojinin ilerlemesi, elektronik ticaretten, kripto paralara kadar pek çok alanda olduğu gibi sözleşmeler alanında da etkisini göstermektedir. Zamanla somutlaşan bu etki, sözleşmelerin kurulması ve ifası dahil olmak üzere art arda aşamalarda karşımıza çıkmakta; tarihi oldukça eskiye dayanan sözleşmeler hukukunun temel özelliklerinin, gelişen teknolojilerin ve bunları sağladığı olanakların ışığında gözden geçirilmesine yol açmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk sisteminde ve dolayısıyla Türk Hukuku’nda, sözleşmeler alanındaki yasal düzenlemeler oldukça eskidir. 19. yüzyılın başlarında Avrupa Hukukunda yapılan kodifikasyonları takip eden Türk hukuk sistemi, temelinde nerdeyse 100 yılı bulan yasal düzenlemelerle, hatta belki daha eskisine bakılacak olursa Roma Hukuku’ndan bugüne gelen sözleşme teorilerinin etkileriyle değişen dünyadaki sözleşme ihtiyaçlarını yönetmeye, karşılamaya çalışmaktadır⁵. Buna mukabil, bugün yaşadığımız dünya nüfus, ulaşım, tarım, ticaret, eğitim, iletişim ve finans başta olmak üzere her konuda, teknoloji ile birlikte baş döndürücü bir değişim içerisinde. Bugünün hayatında her şey hızlı bir değişim ve dönüşüm süreci yaşamakta, bu durum ortaya çıkan yeni teknolojilerin ve bunları sunduğu imkanların her sektörde olduğu gibi hukuk alanında da dikkate alınmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Aslında yalın perspektiften bakıldığında; internet, telekomünikasyon, yazılım gibi alanlarda son 20 yılda ikinci, üçüncü, dördüncü versiyonlarını yaşadığımız teknolojik devrimler söz konusudur. İnternet ile başlayarak bir çok yönden devam eden bu yeni teknolojik gelişmelerin her biri, tarihin kronolojik sıralamasında, çağları açıp kapatan değişimler veya devrimler seviyesindedir. Ne var ki bunların aşırı hızlı, seri, ilişkili şekilde ilerlemesinden ve gerçekleşmesinden ötürü on yıllar içinde adeta çağlar defalarca değişirken, devrimsel reformlar yaşanırken, çağları açıp kapamaya dahi fırsat bulunamadığını söylemek abartılı olmayacaktır. Bu değişim ve dönüşüm hukuk alanında da bir süredir somut şekilde gözlemlenmektedir. Zira, teknolojiye yaşanan gelişmelerin ortaya çıkardığı olanaklar, sözleşmelerin; akdedilmesinden ifasına, sözleşme tiplerinden bunların içerdiği hükümlere kadar, teknolojiden bağımsız kalmasına, uzak durmasına, aynı şekilde muhafaza edilmesine olanak vermemektedir. Yeni teknolojiler vesilesiyle, telefonlar, saatler, binalar, şehirler gibi sözleşmelerin de akıllanması, böylece akıllı sözleşmeler, teknolojik sözleşmeler şeklinde yeni versiyonlarının ortaya çıkması ve tartışılması kaçınılmazdır. Akıllı sözleşmeler fikrinin temelinde, araçlara olan ihtiyacın ortadan kaldırılması ve sözleşmenin kendi kendini ifa etmesi sayesinde tarafların birbirine güvenmek zorunda olmaktan kurtarılması ihtiyacı yatmaktadır. Sözleşmenin yapılması aşamasında ve ifasına dair karşı tarafa güven ihtiyacını ve araçlara yönelik gereksinimi ortadan kaldırma fikriyle akıllı sözleşmeler konusunu bugünkü anlamıyla gündeme taşıyan ve somutlaştıran ise Ethereum olmuştur. Bu sebeple önce Blokzincir ve ardından Ethereum, çok da yeni bir kavram olmayan akıllı sözleşmeleri yeniden gündeme taşımıştır.

¹ Bu yazı, 15-16-17 Ekim 2020’de düzenlenen “Borçlar Hukuku Kongresi”nde, 15.10.2020 tarihinde yazar tarafından sunulan Ethereum ve Akıllı Sözleşmeler (Ethereum and Smart Contracts) başlıklı tebliğin makale olarak kaleme alınmış versiyonudur. Bu makalede “Smart Contracts” ve “Akıllı Sözleşmeler” ifadeleri bir arada aynı anlama gelmek üzere kullanılmış olup ilgili konuya ve duruma uygunluğuna göre “Smart Contracts” ve “Akıllı Sözleşmeler” ifadesi tercih edilmiştir.

² RASKIN, Max: “The Law and Legality of Smart Contracts”. Georgetown Law Technology Review 304(2017), 315,320, <https://ssrn.com/abstract=2959166> (Erişim Tarihi: 22.10.2020); Wei Dai B-Cash’i, Nick Szabo BitGold’u ve David Chaum Digicash’i digital paraların en ilkel formları olup merkezi finansal sistemlere yönelik arz ettikleri risklerden ötürü devletler tarafından engellenmiştir. Bitcoin ise bu engellemelerden sakınmak amacıyla mucidinin ve ekibinin gizli kalması tercih edilen bir proje olarak tamamlanmıştır.

³ SZABO, Nick: Smart Contracts (1994), www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html (Erişim Tarihi: 15.10.2020)

⁴ BUTERIN, Vitalik: “Ethereum: A Next-Generation Cryptocurrency and Decentralized Application Platform (Ethereum)”, Bitcoin Magazine, <https://Bitcoinmagazine.com/articles/Ethereum-next-generation-cryptocurrency-decentralized-application-platform-1390528211> (Erişim Tarihi: 16.10.2020).

⁵ ÇEKİN, Mesut Serdar: “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?” İstanbul Hukuk Mecmuası, 77(1), 2019, s.318 vd.

Akıllı sözleşmeler kavramını anlamak ve hukuken değerlendirebilmek için öncelikle Blockzincir, Bitcoin ve Ethereum kavramlarını kısaca ve karşılaştırmalı şekilde incelemek, ardından akıllı sözleşmelere neden ihtiyaç duyulduğunu göz önünde bulundurarak, bu sözleşmelerin hukuki yapısını, özellik ve sakıncalarını değerlendirmek gerekir. Zira, bugün akıllı sözleşmeler konusunun yoğun ve yaygın şekilde inceleme, araştırma ve yatırımlara konu edilmesini sağlayan unsurlar anılan terimlerdir⁶.

II. AKILLI SÖZLEŞMELERİN ORTAYA ÇIKIŞI VE GELİŞMESİ

A. Bitcoin ve Blokzincir

Akıllı sözleşme kavramının ve Ethereum ile ilişkisinin anlaşılabilmesi için öncelikle Blokzincir, Bitcoin ve Akıllı Sözleşme kavramlarını mümkün kılan bu teknoloji ve unsurları kısaca ele almak gerekir. Zira Ethereum ve Smart Contracts kavramları, aralarındaki ilişkiyle birlikte, bir anda ortaya çıkmış değildir. Bunlar, öncelikle, 1990'lı yıllarda başlayan ve sonrasında hızlanarak devam eden teknolojik çalışmaların ve gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkıp şekillenen Blokzincir ve Bitcoin'in devamında yapılan geliştirmelerin sonuçlarıdır⁷.

Bitcoin ve son birkaç yıldır tüm dünyada yediden yetmişe herkesin hakkında bilgi sahibi olduğu Kripto Paralar, Blokzincir adlı yazılımdan oluşurlar. Yani burada Blokzincir üzerindeki bilgisayar kodları Kripto Paraları oluşturmaktadır. Blokzincir, ağ üzerinden, çok sayıdaki kimliği bilinmeyen kişi tarafından güvenli şekilde tutulabilen, değiştirilemezlik özelliğine sahip veri tabanıdır⁸. Bu veri tabanında, veriler birbirine ardışık şekilde bağlanmış dijital işlemlere ait veri bloklarından oluşur⁹. Blokzincir, Satoshi Nakamoto tarafından, ilk olarak 2008 yılında, eşler arası doğrudan para transferi makalesi¹⁰ ile ortaya konulmuştur. Bu makaleden hemen sonra Blokzincir ve Bitcoin kavramları hayatımızda kendilerine kalıcı bir yer edinmiştir¹¹. Bu noktada, bu iki kavramı hemen birbirinden ayırmak gerekir. Blokzincir ve Bitcoin çoğunlukla birbiriyle karıştırılmakta, birbirinin yerine kullanılmaktadır. Halbuki bu ikisi biribinden farklı kavramlardır. Kısaca açıklamak gerekirse; Bitcoin, Blokzincir üzerindeki bir para birimidir. Diğer bir ifadeyle Bitcoin dijital bir varlık birimi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bitcoin'in temelindeki teknoloji ise Blokzincir'dir. Blokzincir teknolojisinde, ağ üzerinde Blokzincir ağına giren kullanıcılar, birbirlerindeki bilgi ve verileri görebilmektedir. Bunun yanı sıra kullanıcılar, diğer kullanıcıların işlem ve işlem eşlerini de görebilmekte, inceleyebilmekte ve onaylayabilmektedir. Dolayısıyla bu teknoloji, 1990 yılından sonra ortaya çıkan, ağ üzerinde kullanıcıların arasında doğrudan dijital veri transfer yapma olanağı veren dosya paylaşım programı dediğimiz programın altyapısına benzerlik arz etmekte; dağıtık şekilde, farklı bilgisayarlarda, aynı verilerin, ağdaki kullanıcılar tarafından görülebilmesini ve onaylanabilmesini sağlayan bir teknoloji sunmaktadır. Bu açıklamaların ışığında ele aldığımızda; Blokzincir teknolojisi, bloklardan oluşan bir zinciri ifade eder. Blokların içerisinde ise işlem verileri ve bilgiler bulunmaktadır. Bu işlemler veya veriler ağdaki diğer kullanıcılar tarafından, doğruluk bakımından onaylandıklarında, örneğin; %51 kullanıcı tarafından onaylandıklarında, daha önceki blok ile bir araya getirilir ve bir bütün halinde şeffaf, değiştirilemez, sabit ve denetlenebilir bir zincir şeklinde Blokzincir'in ortaya çıkmasını sağlarlar¹².

⁶ KAKAVAND, Hossein /KOST DE SEVRES, Nicolette/CHILTON, Bart: The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies (January 1, 2017), s.2 <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2849251>, (Erişim Tarihi: 14.10.2020); KARAMANLIOĞLU, Argun: "Concept of Smart Contracts – A Legal Perspective", Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, (35)2018, s.35.

⁷ CHOHAN, Usman W.: A History of Bitcoin (September 30, 2017), s.1-7, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3047875> (Erişim Tarihi: 15.10.2020); HÄRDLE, Wolfgang K./HARVEY, Campbell R./REULE, Raphael C. G.: Understanding Cryptocurrencies (March 26, 2019), s.3-5, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3360304> (Erişim Tarihi: 18.09.2020).

⁸ TEVETOĞLU, Mete: ICO (İlk Dijital Para Arzı) ve Yatırımcının (Katılımcının) Korunması, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2020, İstanbul 2020, s.88.

⁹ Bu bloklarda veri bulunmakta olup hava durumu, hasat miktarı, kira ödeme tarihi veya bir müzik listesi gibi herhangi bir veri Blokzincir üzerinde tutulabilmektedir.

¹⁰ Makalenin orjinal metni için bkz. <https://Bitcoin.org/Bitcoin.pdf> ve makalenin Türkçe tercümesi için bkz. <https://medium.com/bili%C5%9Fim-hareketi/her-%C5%9Feyi-ba%C5%9Flatan-makale-Bitcoin-pdf-b326e4c09250> (Erişim Tarihi: 16.10.2020)

¹¹ HÄRDLE/RAPHAEL/REULE, s.7; CROSBY, Michael/PATTANAYAK, Pradan/VERMA, Sanjeev/KALYANARAMAN, Vignesh: "BlockChain Technology: Beyond Bitcoin", Applied Innovation Review, (2), June 2016, s.9 (<https://j2-capital.com/wp-content/uploads/2017/11/AIR-2016-BlockChain.pdf> (Erişim Tarihi: 11.09.2020); TEVETOĞLU, s.89.

¹² Ağdaki veriye erişim ve ağda veri transferi için kullanılan "Public Key" IBAN Numarasına ve "Private Key" ise Pin Koduna benzetilmektedir. Bu iki kavram aynı zamanda Bitcoin başta olmak üzere Blokzincir üzerindeki örneğin Bitcoin gibi bir kripto

Öte yandan, özelliklerini kısaca ele aldığımız ve önemli devrimsel etkileri bulunan Blokzincir de, tıpkı İnternet gibi akıllı sözleşmeler için tasarlanmış bir protokol değildir. Zira, Blokzincir; aslında ağ üzerinde kullanıcıların birbirlerine, aracısız, merkeziyetsiz ve doğrudan varlık transferi, yani Bitcoin transferi yapabilmelerini sağlayan teknolojik altyapıdır¹³. Bu açıdan, bir yazılımdan bahsettiğimiz anlaşılmaktadır. Bu yazılımı anlamak için, standart yazılımlardan farkını vurgulamak gerekir. Bu fark, ağ üzerindeki kullanıcıların mutabakat sistemini kendilerinin sağlamalarıdır. İşlem ve mutabakatların merkeziyetsiz, şeffaf ve doğrudan varlık transferi yapılmasına imkân sağlayan altyapıya gerçekleştirilmesidir. Bitcoin, böylece zaman içinde hem sanal para biriminin adı hem de adeta programın adı haline almış, temelinde ise Blokzincir yatan özgün teknolojidir. Oysa, Blokzincir’de yalnızca finansal işlemlerin yapılması söz konusu değildir. Bunun yanı sıra herhangi bir verinin kalıcı şekilde kaydedilmesi amacıyla programlanabilen, merkezi bulunmayan, dağıtık yani farklı bilgisayarlara yayılmış bir defter, veri tabanı söz konusudur. Blokzincir yazılımı, aracı kurum veya merkezi mutabakat sistem yahut uygulaması olmaksızın dijitalleştirilmiş varlıkların taraflar arasında doğrudan transfer edilmesini sağlayan yöntemdir. Bu yöntem, merkeziyetsizlik, aracısızlık, değiştirilemezlik gibi özellikleriyle, pek çok sektör ve hukuki işlem türü bakımından, büyük bir devrimdir¹⁴. Akıllı sözleşme konseptinin iki temel hedefi vardır. Birinci hedef, araçların ortadan kaldırılmasıdır. İkinci ise hukuki işlemlerin mümkün olduğunca, taraflarının birbirlerine duyacakları güvene muhtaç olmaktan kurtarılmasıdır. Blokzincir, birinci hedef olan araçların ortadan kaldırılmasına olanak sağlamış ve bunu Bitcoin ile ispat etmiştir. Fakat ikinci hedef ve ihtiyaç olan güven asimetrisinin aşılması bakımından, hala kendi kendini ifa eden bir sözleşmenin nasıl ve hangi platformda mümkün olacağı noktasını aydınlatmış değildir. İkinci hedef ancak Ethereum’un geliştirilmesi ile sağlanabilmiştir.

B. Ethereum ve Akıllı Sözleşme İlişkisi

Bitcoin’in temelinde yatan Blokzincir teknolojisi ve felsefesi, Rus yazılımcı Vitalik Buterin tarafından, Ethereum¹⁵ ile birlikte, 2013 yılında geliştirilmiş, belki bir belki bir kaç adım daha ileriye taşınmıştır. Böylece Buterin, Blockchain’in kullandığı sertifikayı değiştirmiş ve SHA-256 sertifikasıyla Blockchain temelli yazılım olan Ethereum’u geliştirmiştir. Ethereum ise akıllı sözleşme olarak adlandırılan, kodlardan oluşan dokümanların üretilebilmesine olanak sağlamıştır¹⁶. Kısa ve anlaşılabilir bir şekilde izah etmek gerekirse; fonksiyon olarak, akıllı sözleşme, tarafların üzerinde önceden mutabakata vardıkları sözleşme şartlarının gerçekleşmesi halinde sözleşme konusu edimlerin tarafların ek bir tasarrufuna bağlı olmaksızın otonom bir biçimde, yani kendiliğinden ifa edilmesini ifade eder¹⁷. Bu fonksiyon, bir sözleşme yaparken karşı tarafa güvenilmesine dair gereksinimini ve ifanın bir tarafın tasarrufuna bağlı olmasının yarattığı belirsizliği aşmayı hedefler. Konunun daha iyi ortaya konulabilmesi için öncelikle akıllı sözleşme kavramını bugünkü anlamıyla mümkün kılan Ether ve Ethereum kavramları incelenmelidir.

Ethereum, kamuya açık ve zincir modellemesiyle hesap yapan, açık kaynaklı protokol veya daha doğru ifadeyle işletim sistemidir. Ether ise bu platform tarafından üretilen kripto para birimine verilen addır, tıpkı Blokzincir ve Bitcoin gibi. Etherum’un Solidity¹⁸ yazılım dilini kullanan, farklı sertifikalarla geliştirilmiş yapısı Ethereum üzerinde Smart Contracts adı verilen ve yazılımdan oluşan kod parçalarının yerleştirilmesine ve çalışmasına olanak sağlamıştır¹⁹.

paranın veya diğer bir verinin hem zilyetliğini tesis eden bir araç hem de zilyetliğin mülkiyete birkarine oluşturmasından ötürü mülkiyetin ispatını, mülkiyet üzerinde tasarrufu mümkün kılan araçlardır.

¹³ ATZORI, Marcella: Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary? (December 1, 2015), s.8-10, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2709713> (Erişim Tarihi: 07.09.2020)

¹⁴ BLEMUS, Stéphane: Law and Blockchain: “A Legal Perspective on Current Regulatory Trends Worldwide (January 17, 2018)”, *Revue Trimestrielle de Droit Financier (Corporate Finance and Capital Markets Law Review)* RTDF N°4-2017 - December 2017, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3080639>, s.4-7, (Erişim Tarihi: 18.11.2020); KAKAVAND/KOST DE SEVRES/CHILTON, s.8; TEVETOĞLU, s.89-90.

¹⁵ <https://www.Ethereum.org/beginners/> (Erişim Tarihi: 20.10.2020)

¹⁶ BLEMUS, s.8; PILAVCI, Ezgi Elife: “The Regulation of Smart Contracts: Law, Governance and Practice”, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü – Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s.14.

¹⁷ Basit bir tanıma göre Akıllı Sözleşmeler, en basit şekilde, “kendi kendini yerine getiren çalıştırılabilir bilgisayar programları formunda elektronik talimatlar” olarak tanımlanabilir (Bkz. O’SHIELDS, Reggie: “Smart Contracts: Legal Agreements for the Blockchain”, North Carolina Banking Institute, 21(1), Article 11, (2017), s179.)

¹⁸ <https://docs.soliditylang.org/en/v0.5.3/> (Erişim Tarihi: 12.0.2020); Solidity, akıllı sözleşmelerin uygulanması için nesne yönelimli, üst düzey bir dildir. Akıllı sözleşmeler ise Ethereum üzerindeki hesapların davranışını yöneten programlardır.

¹⁹ BUTERIN, Vitalik: “Bitcoin Is Not Quantum-Safe, And How We Can Fix It When Needed (Bitcoin)”, Bitcoin Magazine, <https://bitcoinmagazine.com/articles/bitcoin-is-not-quantum-safe-and-how-we-can-fix-1375242150> (Erişim Tarihi: 18.11.2020)

Akıllı Sözleşme kavramı ile, taraflar arasında “Self-Executing” yani “Kendi Kendini İfa Etme” özelliğine sahip, bir tarafın sözleşme konusu hakkını elde etmesi için diğer tarafın ona bu hakkı sunmasına muhtaç veya diğerine güvenmek zorunda olmadığı sözleşmeler ifade edilmektedir²⁰. Bu kavram Ethereum ile bugünkü modern formuna kavuşmuşsa da ilk defa Ethereum ile ortaya çıkmış değildir.

Smart Contracts kavramı ilk defa 1994 yılında bir hukuk profesörü olan Nick Szabo’nun yaptığı çalışmalar neticesinde ortaya çıkmış ve zaman içinde şekillenerek bugünkü halini almıştır. Nick Szabo, sözleşme yapımında; asimetrik güven ilişkisinin ortaya çıkarmış olduğu sorunların giderilmesi ihtiyacının zaman içerisinde artacağını öngörmüştür²¹. Çünkü bugün sözleşme, hukuken en yalın ifadeyle tarafların iradelerinin akdin yapılması konusunda uyuşmasını ifade eder. Taraflar, sözleşmenin esaslı unsurlarına dair karşılıklı açıkladıkları iradeleriyle birbirlerine uyum gösterdikleri takdirde sözleşmenin varlığından bahsedebiliriz²². İrade ise karşılıklı güven esasına göre beyan edilen ve karşı tarafın beyan ettiğini yapacağına dair inanç ve güvenle şekillenen unsurdur. Diğer bir ifadeyle, tarafların sözleşme için ön görüşmelere başlanmaları için bile, evvela diğer tarafın, o sözleşmeye konu edilecek iş veya işlemleri yapacağına dair inanca, en azından asgari seviyede güvene sahip olmaları gerekir. Müzakere esnasında bu inanç korunursa, pekişir ve sözleşmenin şartlarında mutabakata varılırsa, sözleşmenin akdedilmesi mümkün olur. Sözleşmenin konusu olan taahhütler, ifa edilip edilmeyeceği henüz belirsiz olan vaatlerdir. Bu vaatlere değer katan husus, tarafların birbirlerine olan güvenleri; güveni esas alarak biçimlenen, açıklanan iradelerdir. Ancak hukuk uygulaması ve uyuşmazlık tarihçesi gösteriyor ki, güven asimetriktir. Akdin kurulduğu anda tarafların serbest iradeleriyle taahhüt ettiği işi veya işlemi, ifa edip etmeyeceği henüz bilinmemektedir. Ani edimli sözleşmeler ayrı tutulacak olursa, iradenin açıklandığı andan, ifanın gerçekleşeceği ana kadar geçecek olan süre boyunca, tarafların psikolojileri, sağlık şartları, genel ekonomik koşullar, yürürlükteki yasalar veya siyasal faktörler sürekli hareket ve değişim içindedir. Tüm bu değişkenler veya muhtemel yorum farklılıkları, sözleşmenin akdedildiği yahut bir tarafça anlaşıldığı haliyle, tam ve zamanında, yerine getirilip getirilmeyeceğine dair belirsizliklere ve tereddütlere yol açar. Pek çok kişi veya kurumun, sözleşmeyle taahhüt ettiği yükümlülükleri, ifa zamanı geldiğinde, eksiksiz şekilde yerine getirmediği, getiremediği, eksik veya geç yerine getirdiği yahut farklı şekilde yorumlama eğilimi gösterebildiği bir vakiydir. Kaldı ki bir tarafın ortada hiçbir sebep yokken sözleşmeyi ihlal etmesinin önünde de engel yoktur. Sözleşmesel uyuşmazlıkların temelinde, gerçekleşeceğine inanılan, karşı taraf beyanına ve tasarrufuna tabi olan yükümlülüğün ifa edilmemesi, eksik ifa edilmesi, geç ifa edilmesi veya yorum farklılıkları yatmaktadır. Açıkçası bunca riske ve belirsizliğe tabi olan sözleşmelerle hukuki ilişkileri veya ticaret hayatını yöneltmek katlanılması zor, oldukça riskli bir durumdur. Bu sebeplerle, teknolojinin hukuk alanındaki uygulaması önem arz etmekte, dikkat çekmektedir. Böylece, akıllı sözleşmelerin varlık sebebi ve temel fonksiyonu; sözleşmelerin, güven unsurunun yol açtığı belirsizliklerden, risklerden arındırılması, tarafların haklarının daha etkin şekilde temin edilmesi olarak ifade edilebilir²³.

Sözleşmelerin ifa edilmesinde güven asimetrisinin olası olumsuz sonuçlarını arttıran diğer bir faktör ise araçlardır. Araçların yer aldığı sözleşmelerde tarafların birbirlerine olan güvenlerini araçlar tesis eder. Ancak bu durum, tarafların doğrudan iletişimini azaltarak, hem birbirlerini tam ve doğru anlamamalarına yol açabilir hem de onları aracılık prosedürlerine ve maliyetlerine tabi kılar. Sözleşmenin türüne göre; avukatlara, emlakçılara, bankacılara, aracı kurumlara, işlem bazında broker

21.08.2020); SEC, “The DAO” Investigative Report, 25 Temmuz 2017, s.3, <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020)

²⁰ BROWNSWORD, Roger: “Regulatory Fitness: Fintech, Funny Money and Smart Contracts”, European Business Organization Law Review (20), 2019, s.5–27, <https://core.ac.uk/download/pdf/195262705.pdf>, s.6-8 (Erişim Tarihi: 09.12.2020); SCHREPEL, Thibault: “Collusion by Blockchain and Smart Contracts”, (January 14, 2019), Harvard Journal of Law and Technology (33 Harv. J.L. & Tech.) <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3315182>, s.24,25,36 (Erişim Tarihi: 16.10.2020); RASKIN, s.309 vd; TEVETOĞLU, s.90; Akıllı Sözleşme kavramına dair ilk makale için SZABO, Nick: Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/> (Erişim Tarihi: 10.10.2020) ve güncel bir tanım için bkz. TBV Blockchain Turkey Platformu, Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması, Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu Raporu, İstanbul 2019, s.10; Bu tanıma göre; “Blokzinciri ağı üzerinde yer alan veriler üzerinde sınırları önceden belirlenen bir akış içerisinde işlem yapılmasını sağlayan ve güvenli bir bilgisayar ağı tarafından doğrulanan merkezi olmayan platformu ifade etmektedir. Hukuki bağlayıcılık taşımayan akıllı sözleşmeler, tarafların zincirin içeriği hakkında anlaşarak kriptografik olarak imzalanmasıyla Blokzinciri ağına yüklenmektedir.”

²¹ BLEMUS, s.16.

²² OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2020, s.242; TAŞKIN Zeynep Damla, Sözleşmenin Kurulması, İstanbul 2020, s.189.

²³ DIMITROPOULOS, Georgios: “The Law of Blockchain”, Washington Law Review, 95(1117), 2020, s.1135-1136.

şirketlere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu noktada Szabo'nun ortaya attığı teori, güven asimetrisini tamamen ortadan kaldıran, tarafların güvene ve araçlara ihtiyaç kalmadan açıkladıkları iradeleri zamanı geldiğinde ve şartları gerçekleştiğinde kendi kendine icra edebilen kontratların geliştirilmesi ve hizmete sunulması fikrini ifade etmektedir²⁴.

Szabo, akıllı sözleşme fikrini akıllı otomatlarla açıklamaktadır. Buna göre, akıllı sözleşmeleri en iyi açıklayan, konuya dair ilk örnek; havaalanları, tren garları gibi kamuya açık mahallerde karşımıza çıkan, içine belirtilen miktarda para atıldığında kullanıcılarına içecek veya yiyecek gibi ürünleri veren makinelerdir. Bu makineler, akıllı sözleşmelerin ilk ve en basit örnekleridir. Szabo, otomatları emsal olarak akıllı sözleşme kavramını, bir yiyecek veya içecek otomatiyle açıklamaktadır. Buna göre, bu otomatlar, bahse konu işlevleri açısından, birer sözleşme makinesidir. Makinanın sahibi olan taraf, sözleşme yapmaya dair açık ve sabit şekilde icabını kolayca anlaşılır şekilde formüle ederek diğer tarafa sunmaktadır. Bunu fiyat, miktar, ürün gibi bilgileri makineye entegre ederek sağlamaktadır. Diğer taraf ise, buna iltihak etmek için gereken şartları sağladığında, yani önceden belirlenmiş ücreti makineye attığında, sözleşme kurulur. Bu sözleşmenin özelliği, sözleşmenin kuruluşunda ve ifasında herhangi diğer bir kişinin aracılığına yahut tarafların herhangi başka tasarrufuna gerek duyulmadan otomatik şekilde ifa etmesidir²⁵.

Böylece, otomatik örneğinde olduğu gibi akıllı sözleşmeler söz konusu olduğunda artık aracıya, taraflardan birinin iradesine, bu ürünün teslim edilip edilmeyeceğine dair bir güven ilişkisine ihtiyaç kalmamaktadır. Bu temele dayanan Akıllı Sözleşme kavramı, 1994 yılından sonra çok geliştirilmiş ve Blockchain ile Bitcoin teknolojisiyle ve arkasından da Ethereum ile beraber bugünkü şeklini almış, kısa sürede hukuk ve teknoloji dünyasında uzun seyahat yapmıştır²⁶.

C. İnternet Akıllı Sözleşmeler İçin Alternatif Olabilir mi?

Blokzincir veya Ethereum kavramlarının yerine Smart Contracts için alternatif olarak İnternet aklı gelebilir. İnternet teknolojisi kendi kendini ifa eden sözleşmeler için yeterli olamaz mı? Sadece İnterneti kullanarak, Blokzinciri veya Ethereum kullanmadan akıllı sözleşme yapmak, bunun kendi kendini ifa etmesini sağlamak mümkün müdür? Bu soruların cevabı kısaca olumsuzdur. Tek başına İnternet alt yapısı ve teknolojisi kendi kendini ifa edebilen akıllı sözleşmeler için uygun ve yeterli değildir. Zira, internet aslında temelinde sadece iletişim protokolüdür. İnternet, bir e-ticaret protokolü ve sözleşme protokolü değildir. İnternet, Web 1.0 ve Web 2.0 örneklerinde interaktif veya tek taraflı etkileşim ekseninde gerçekleştirilirken aslında iletişim protokolüdür ve bilgi paylaşım alt yapısıdır²⁷. İnternet, sözleşme protokolü veya sözleşmeyi ifa etme yahut ödemeyi gerçekleştirme protokolü olarak tasarlanmamıştır. Bu bakımdan internet, tek başına e-ticaret ve ödeme teknolojisi olmayıp, Akıllı Sözleşme kavramı internetten çok sonra, Blokzincir teknolojisiyle birlikte gündeme gelmeye başlamıştır. Bu şekilde kendi kendini ifa eden, ödeme veya bir edimi ifa etme olanağına sahip sözleşme yazılımından bahsetmek mümkün olmuştur²⁸.

D. Mortgage Krizi ve Dağıtık Defter Teknolojisi (DLT)

Ethereum ve akıllı sözleşmelere dair yukarıda yer verdiğimiz kavramların özelliklerine ve gelişimine dair değerlendirmelerden sonra akıllı sözleşme fikrinin Ethereum ile birlikte ilgi konusu olmasının ve talep görmesinin altında yatan dönemselsel koşulları da kısaca ele almak uygun olacaktır.

Sözleşmelerin akdedilmesinde araçlara duyulan ihtiyaç zorunluluklardan kaynaklanır. Tarafların aracılık maliyetlerine katlanmasının, finansal işlemler bakımından bu kurumların güven kurumları olması şeklinde varsayımsal ve yapay bir gerekçesi söz konusudur. Oysa araçlar güveni arttıran değil azaltan bir etkiye sahiptir. Tarafların arasında sözleşmenin ifasına dair karşılıklı güven bakımından somut olarak ölçülmesi güçlük arz eden orantısızlık her zaman mevcuttur. Bu güven asimetrisinin beraberinde getirdiği belirsizlikler ve hoşnutsuzluklar, 2008'de başlayan ve 2012'ye kadar dramatik bir şiddetle devam eden meşhur Mortgage Krizi sırasında ve sonrasında zirve noktasına ulaşmıştır²⁹. Mortgage krizi, Dağıtık Defter Teknolojilerinin ortaya çıkışıyla³⁰ aynı zamana

²⁴ BROWNSWORD, s.10,19.

²⁵ BLEMUS, s.18; DIMITROPOULOS, s.1126; BROWNSWORD, s.20-21.

²⁶ SZABO,1994.

²⁷ KARAMANLIOĞLU, s.31; ÇEKİN, S.320.

²⁸ SCHMITT, Gregor/MLADENOW, Andreas/STRAUSS, Christine/SCHAFFHAUSER-LINZATTI, Michaela: Smart Contracts and Internet of Things: A Qualitative Content Analysis using the Technology-Organization-Environment Framework to Identify Key-Determinants, s.190-191, <https://www.sciencedirect.com/> (Erişim Tarihi: 22.10.2020)

²⁹ TUNALI, Halil: "Mortgage Sistemi: Temelleri, Gelişimi ve Krizi", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, 58(1), 2011, s.117.

³⁰ ŞEN, Faruk: "Dağıtık Kayıt Teknolojisi", Gümrük ve Ticaret Dergisi, 6(17), 2016, s.87-88.

denk gelmiş; krizin araçlara ve finansal piyasaya karşı derinleştirdiği güven kaybı; önce Blokzincir'e, Bitcoin'e ve devamında Ethereum sayesinde akıllı sözleşmelere olan ilgiyi arttırmıştır³¹.

Öncelikle, Blokzincir modelinin, 1990'lı yıllarda ortaya çıkan, "Distributed Ledger Technology" denen Dağıtık Defter Teknolojisi kavramı olarak karşımıza çıkmaya başladığını belirtmek gerekir. Dağıtık Defter Teknolojisi, bilgi ve verilerin ağ üzerindeki farklı "Node (Düğüm)" denilen, farklı kullanıcıların bilgisayarlarında saklanması ve korunmasını sağlayan bir teknolojidir. Diğer bir şekilde ifade etmek gerekirse; burada, bilginin ve verinin ağ üzerindeki farklı bilgisayarlarda eş zamanlı ve eş içerikli şekilde saklanması, korunması, aktarılabilmesi ve kullanılmasını sağlayan bir teknoloji söz konusudur. İlk haliyle bu fikir ve teknoloji, 1991 yılından itibaren, dosya paylaşım programlarıyla ortaya konulmuştur³².

Ardından bu teknolojiyi işleyen ve geliştiren birçok kurum ve kuruluş, 2008 Mortgage krizinden sonra bankalara, emlakçılara, avukatlara, araçlara ihtiyaç duyulmadan tarafların kendi aralarında doğrudan varlık transferi yapabilmesini sağlayan bir teknolojiyi geliştirmeyi hedefleyerek çalışmalarını sürdürmüşlerdir.

Mortgage krizi, insanlara bankaların bir anda çökebileceğini acı bir şekilde hatırlatmıştır. Finansal kurumların taahhüt ettiği ödemeleri yapamayabileceğini tecrübe ettirmiştir. Aracı kurumların çökmesinin veya taahhütlerini yerine getirmemesinin ihtimal dahilinde olduğunu, sahip olunan güven asitmetrisinin aslında zincirin en zayıf halkası olduğunu gözler önüne sermiş ve dolayısıyla bu araçları aradan çıkartarak doğrudan ve kendi kendini ifa edebilir sözleşmelerin ve işlemlerin mümkün olup olmayacağına daha çok tartışılmasına yol açmıştır. Nihayet, 2008 finansal krizi, Satoshi Nakamoto takma adıyla yayımlanan Bitcoin White Paper'ında eşler arasında aracıya ihtiyaç duymadan doğrudan varlık transferini sağlayan teknolojinin, Blockchain, Bitcoin, Ethereum ve akıllı sözleşme kavramlarının ortaya çıkmasını ve gelişmesini tetikleyen temel faktördür.

III. AKILLI SÖZLEŞMELERİN ÖZELLİKLERİ

A. İlk Bitcoin İşlemi ve Ethereum'un Ortaya Çıkışı

İlk Bitcoin işlemi 2009 yılında yapıldı³³. Hemen ardından Bitcoin'in klasik para ile karşılaştırmaları başladı. Bitcoin, değeri ve Bitcoin'e olan talep artmaya başlayınca daha çok gündeme geldi. 2012 yılında ise, Blokzincir artık ödeme işlem platformuna dönüşmeye başladı. 2014 yılında Blokzincirin sözleşmelerin yapılmasına, kullanılabilip, kullanılamayacağına dair tartışmalar giderek arttı. Nitekim 2013-2014 yıllarında, bugünkü anlamıyla Akıllı Sözleşme kavramının ortaya çıkmasına imkan sağlayan, İsviçre merkezli Ethereum şirketini kuran ve bu alanda çalışmalar yapmaya başlayan Rus asıllı Vitalik Buterin tarafından Ethereum Blokzinciri tamamlandı ve kullanıma açıldı³⁴.

B. Akıllı Sözleşme Kavramı Açısından Bitcoin'in Ethereum ile Karşılaştırılması

Bitcoin ile Ethereum arasındaki hem benzerlikler hem de farklılıklar akıllı sözleşmelerin Ethereum üzerinde oluşturulan programlarla çalıştırılmasını mümkün kılan unsur ve faktörlerdir. Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki; Bitcoin Blokzincir altyapısındaki paradır. Ethereum da aynı şekilde, Blokzincir yapısıdır. Fakat Ethereum'un Bitcoin'i "ETH" ifadesi ile kısaltılan paradır. Dolayısıyla Ethereum, Blokzincir yapısıdır ve Blokzincir yapısı olarak, Bitcoinin Blokzinciri ile benzer özellikler gösterir. Esasen burada, Bitcoin Blokzincirinin Ethereum tarafından geliştirilmesi ve yeni

³¹ O'SHIELDS, s. 177-178.

³² Dağıtık Defter Teknolojisi genel olarak Blokzincir olarak bilinmektedir. Bu iki kavram sık sık bir birinin yerine kullanılmaktaysa da birbirinden farklıdır. Her Blokzincir bir Dağıtık Defterdir. ancak her dağıtık defter bir Blokzincir değildir. Dağıtık defter teknolojisinin geçmişi internet üzerinden bilgi, eposta, müzik yada dosya paylaşma gibi uygulamalar kadar eskidir. Tabi ki bugünkü haliyle kullanıcıların arasında para başta olmak üzere dijital varlıkların transferini güvenli bir şekilde sağlayan değer transfer uygulamasına dair dağıtık defter ise Satoshi Nakamoto'nun 2008 yılında yayımladığı "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System" adlı makaleye dayanmaktadır (ŞEN, s.88). Biliyoruz ki; Napster ve diğer örneklerde olduğu gibi ağ üzerindeki farklı bilgisayar kullanıcıları birbirlerinin bilgisayarlarındaki dosyaları, bilgileri ve belgeleri dosya paylaşım programlarıyla görebilirler ve paylaşabilirlerdi. Daha sonra bu durum Telif Hukuku'na ait pek çok tartışmaya uyumsuzluğa (Bkz. A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001 - <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/a&mrecords-napster-9thcir2001.pdf> Erişim Tarihi: 24.09.2020) ve soruna neden oldu. Çünkü daha çok sinema filmleri ve müzik eserlerinin dünyanın her tarafındaki kullanıcılar tarafından birbirleri arasında paylaşılması gibi uygulamalar ortaya çıkmıştı. Ancak bu teknoloji, dağıtık defter teknolojisine (distributed ledger technology) uygun bir altyapının oluşmaya başlamasının ilk adımlarıydı.

³³ İlk Bitcoin işlemi, 12 Ocak 2009 tarihinde Hal Finney'in Satoshi Nakamoto'dan 10 BTC almasıyla yapıldı. Tarihteki ilk Bitcoin işlemi, Finney'in tarihi "Running Bitcoin" tweet'ini 11 Ocak 2009'da yayınlamasından sadece bir gün sonra gerçekleşmiştir (<https://twitter.com/halfin/status/1110302988?>). Sistemin ilk blokunun adı "Genesis Block" olarak isimlendirilmiştir ve 4 Ocak 2009'da üretilmiştir.

³⁴ DIMITROPOULOS, s.1122,1126.

özellikler kazandırılmasıyla ortaya çıkan yeni Blokzincirden bahsetmekteyiz. Blokzincirlerden bahsetmişken; Ethereum ve Bitcoin karşılaştırmadan önce söylemek gerekir ki; Blokzincirler iki türdür. İlki, “Public Blockchain” dediğimiz herkesin katılımına ve kullanımına açık olanlar; ikinci ise ise, herkesin kullanımına açık olmayan sadece yetkilendirilmiş sınırlı sayıda kişiler tarafından kullanılabilen, “Private Blockchain” denilen kamuya açık olmayan Blokzincir ağlarıdır. Burada bahsettiğimiz Bitcoin ve Ethereum Blokzinciridir ve Public niteliktedir, yani kamuya açıktır³⁵.

Ethereum, Bitcoin Blokzincirine benzeyen bir sistem kullanmaktadır. Bu iki sistem de kamusal kullanıma açık ve tüm işlem geçmişinin merkeziyetsiz şekilde dağıtık olarak kopyalanıp tutulduğu Blokzincirlerdir. Ethereum platformunun Bitcoin'den önemli bir farkı; temel kodlama programının Solidity³⁶ adı verilen farklı bir kodlama altyapısına sahip olmasıdır. Yine SHA-256 dediğimiz farklı bir algoritma kullanan Bitcoin'e göre Ethereum'un kendi özel algoritması olduğunu görmekteyiz. Bu kodlamada ve güvenlik sertifikasındaki algoritma farklılığı, Ethereum'un da Bitcoin'in de bir Blokzincir yapısı olmasına rağmen Ethereum'un üzerinde akıllı sözleşmelerin ortaya çıkabilmesine ve bu sözleşmelerin kod şeklinde önceden belirlenen koşullar gerçekleştiğinde kendi kendine varlık transferi yapabilmesini sağlayan bir özellik kazandırmaktadır³⁷.

Bitcoin ve Ethereum'un arasında, yukarıda belirtilenlere ilave olarak, zaman, teknolojik tecrübe, algoritmalar ve yazılımsal bakımdan farklılıklar bulunmaktadır. İşlem hızı açısından bakıldığında; Bitcoin Blokzincirinde bir blok ortalama 10 dakikada üretilmektedir. Ethereum'da ise 15 saniyede bir blok üretilmesi mümkündür. Bitcoin'in toplam adeti yani arz edilen miktarı azami 21 milyon ile sınırlandırılmıştır. Ethereum arzında böyle bir sınırlandırma, üst had söz konusu değildir. Yine Bitcoin'de her blok 1 MB ile sınırlıdır. Ethereum'da ise GAS denilen işlem maliyeti ile sınırlandırma söz konusudur³⁸. Bitcoin'de her 1 saniyede 4 işlem yapılabilirken Ethereum'da bu sayı 15 işleme kadar çıkabilmektedir³⁹.

Öte yandan, Ethereum ve Bitcoin Blokzincirlerinin madenciliklerinin⁴⁰ arasında önemli farklılıklar vardır. Ethereum madenciliği ile Bitcoin madenciliğinde kullanılan algoritmalar ve altyapı farklıdır. Bu fark, pratikte, ortalama bir bilgisayarla Bitcoin madenciliğinin yapılmasını güçleştirirken Ethereum madenciliğinin sıradan bilgisayar ile yapılabilmesinin mümkün olmasına yol açar. Ethereum'da yapılan işlemlerin mutabakat sistemleri “Proof of Stake (Hisse Kanıtı)” yani işlem mutabakatına, Bitcoin ise “Proof of Work⁴¹ (İş Kanıtı)” yani Emek İspatına tabidir⁴². İşlem ve onay mekanizmaları farklı olan bu algoritmalar bahse konu Blokzincirlerde yapılan işlemlerin hızını ve onay sürelerini belirleyen unsurlardır.

Ethereum ve Bitcoin Blokzincirlerinin arasında buraya kadar yer kısa verdiğimiz karşılaştırmalar, bu iki teknolojinin farklılıkları gösteren temel unsurlardır. Böylece Bitcoin ve Ethereum'un aslında iki farklı yapı olduğunu görülebilir. Bu iki değişik yapının temelindeki ortak

³⁵ ÖZSEYHAN, Efe: Bitcoin vs Ethereum: Aradaki Fark Nedir?, <https://muhabbit.com/bitcoin-vs-ethereum-aradaki-fark-nedir/> (Erişim Tarihi: 18.10.2020)

³⁶ Bkz. dipnot 18.

³⁷ UZER, Betül: “Sanal Para Birimleri”, TCMB Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara 2017, s.19,96.

³⁸ Cryptocompare, What is the Gas' in Ethereum?, November 18, 2016,

<https://www.cryptocompare.com/coins/guides/what-is-the-gas-in-ethereum/> Erişim Tarihi: 12.09.2020)

³⁹ Bitcoin ve Ethereum Arasındaki Farklar, <https://www.icrypex.com/tr/blog/bitcoin-ve-ethereum-arasindaki-farklar-nelerdir-ve-ayrica-bkz.-https://www.bfmedia.io/sikca-sorulan-sorular/ethereumun-bitcoinden-farki-ne-01588732.html>, (Erişim Tarihi: 10.10.2020); Ethereum'da akıllı sözleşmelerin kodları Bitcoin sistemindeki gibi işlem içerisine dahil edilmezken yani kendi hesabında var olurken, Ethereum'da ise kullanıcıların fon tuttıkları ve bilgisayar üzerinde saklayabildikleri onaylanmış ve onaylanmamış işlem detayları görülebilmektedir.

⁴⁰ Madencilik veya İngilizce ifadesiyle “mining”, donanım ve yazılımların bir arada kullanılması suretiyle, karmaşık problemlerin çözülmesi, böylece madenci olarak adlandırılan kişilerin kripto para ile ödüllendirilmesi, kripto para transferlerinin kaydının ve onayının yapılması işlemlerini ifade etmektedir.

⁴¹ “İş kanıtı”, bir kriptopara blok zinciri ağının üzerindeki işleme dair o ağ üzerindeki kullanıcıların fikir ve görüş birliğine ulaşmalarını sağlamak amacıyla geliştirilen algoritma türüdür. Satoshi Nakamoto tarafından Bitcoin Blokzincirindeki işlemlerin onaylanmasında üçüncü kişilere, yani aracı kurumlara ve mutabakat sistemlerine ihtiyaç duyulmaması için geliştirilmiştir. “Hisse kanıtı” ise kripto para transferleri için gerekli olan matematiksel problemleri “İş Kanıtında” olduğu gibi cihaza ve elektrik gücüne değil, sahip olunan kripto para birimine göre yani hisseye göre işlem gücü ayırarak sağlayan bir algoritmadır.

⁴² KILIÇ, Şahin: Ethereum Nedir, Bitcoin ile Arasındaki Farklar Nelerdir?, (<https://www.webteknolojisi.com/ethereum-ile-bitcoin-arasindaki-farklar-h38580.html>), (Erişim Tarihi: 24.08.2020); Bitcoin madenciliğinin zorluklarından bir diğeri merkezi kurallarından biri olan Blok Ödülü (Block Award) uygulamasıdır. Buna göre, kripto para birimine göre veya zorluk derecesine göre değişebilen miktarlarda, blok madenciliği sırasında bir blokta başarıyla hesaplama yapan yani bitcoin veya diğer altcoinlerden birini bulan madenciye verilen ödüle Blok Ödülü denilmekte olup Blok Ödülü, ağda yeni Bitcoin'ler oluşturmanın tek yoludur. Bu şekilde oluşturulan Blok, zincire eklenir. Zaman damgası ile tarih bakımından sabitlenir. Kronolojik olarak değiştirilemez şekilde zincirdeki Blok oluşur.

özellikler; doğrudanlık, merkeziyetsizlik, şeffaflık ve halka açıklıktır. İki de blokzincir olmasına rağmen, Ethereum ve Bitcoin blokzincirlerinin algoritmalarının ve güvenlik sertifikalarının farklı olması akıllı sözleşmeler bakımından temel belirleyicidir. Ethereum’da akıllı sözleşme oluşturmak mümkündür. Bitcoin blokzincirinde değildir. Bunun sebebi, Ethereum üzerinde bir kodun programlanmasının mümkün olması, Bitcoin Blokzincirinde ise olmamasıdır. Ethereum blokzincirinden evvel Bitcoin blokzincirinde sadece kripto para transferi yapılabilirken; Ethereum ile birlikte kullanıcılar blokzincir üzerinde Ether denilen kripto para transferini yapabildikleri gibi buna ek olarak Ethereum üzerinde yeni programlar yazabilme olanağına kavuşmuştur. Böylece Ethereum üzerinde yazılan bir program, sözleşmesel özellikler göstererek, dağıtık olarak çalışabilmektedir⁴³. Nitekim; akıllı sözleşmeler, dağıtık defter kayıt teknolojisinde anlaşmalara dayanan işlemlerin gerçekleştirilmesini ifade eder. Hatta burada programlanmış sözleşmeye konu varlığın transferi otomatik gerçekleştirilmektedir. Akıllı sözleşmeler, kendi kendini okuyabilen, önceden belirlenen şartların gerçekleşmesi halinde harekete geçerek sözleşme konusu taahhütleri kendiliğinden gerçekleştiren, konu ve unsurları bakımından kağıt üzerindeki sözleşmelerle aynı veya benzer nitelikler arz eden programlardır⁴⁴.

Akıllı sözleşme temelinde programdan oluşur. Bu nedenle basit bir protokolle oluşturulup kamuoyuna sunulan, herkesin katılımına açık projelerin fonlanmasında kullanılmaya son derece elverişlidir. Yani akıllı sözleşme, sadece tipik iki taraflı sözleşmeler için değil aynı zamanda çok taraflı sözleşmeler için de uygundur. Halka açık proje finansman sözleşmeleri, kitlesel fonlama uygulamaları bu modelle kolayca hayata geçirilebilmektedir. Bu noktada, Ethereum’un 2014 yılından itibaren, kendi kendine ifa edebilen sözleşme konseptine elverişli bir yapı sunması etkilidir. 2016 yılında ortaya çıkan Decentralized Autonomous Organizations (DAO) bunun tipik bir örneğidir⁴⁵. DAO, Ethereum üzerinde, şirketleşmemiş, merkezi olmayan, hiyerarşi veya bürokrasi içermeyen, Ethereum üzerinde Token adı verilen kripto varlıklarla katılım sağlanarak proje finansmanından, oylamalara kadar farklı amaçlarla kullanılabilen kendi kendine çalışan akıllı sözleşmedir. DAO’da sistem açığının kullanılmasıyla yaşanan hacking (yetkisiz erişim veya işlem) olayının getirdiği derin güven krizi dahi aracısız, doğrudan, merkeziyetsiz, otonom işlem ve sözleşmelere olan ilgiyi azaltmamış, bugünlerde DeFi (Decentralized Finance) adı verilen merkeziyetsiz finans uygulamalarının gösterdiği üzere akıllı sözleşmelerin sunduklarına ve sunabileceklerine dair ilgi kuvvetini arttırarak devam etmiştir⁴⁶.

C. Akıllı Sözleşmelerin Yapısı, İşleyişi ve Örnek Uygulamalar

Ethereum’un özelliklerinin başında kripto para transferi gelir. Ancak, Ethereum’un işlevi, sadece kripto para transferinden ibaret değildir. DAO örneğinde olduğu üzere, Ethereum blokzinciri pek çok farklı amaç için kullanılabilir. Bu fonksiyonlar kripto para transferini içererek veya bundan bağımsız şekilde herhangi dijital hizmetin farklı noktalardaki bilgisayarlar aracılığıyla verilmesi şeklinde tasarlanabilir. Bunu mümkün kılan akıllı sözleşmelerdir. Bu durum, akıllı sözleşme kavramına ve konseptine olan ilgiyi arttırmaktadır. Ethereum ağında her biri farklı noktada yer alan bilgisayarlar, Szabo’nun otomat makinalarına benzerlik göstermektedir. Burada Ethereum ağına bağlı olan bilgisayarlar tıpkı otomatlar gibi, önceden belirlenen şartların varlığında yine önceden belirlenmiş bir işlemi yapmaya hazır şekilde programlanmıştır. Tıpkı otomatlar gibi. Szabo’nun bakış açısından farklı olan ise sözleşmenin ağ üzerinde kurulması, sözleşme konusu işin ağ üzerinde ifa edilmesidir. Açıklamak gerekirse; cihazların Ethereum ağı üzerinde birbirine bağlı olması gerekmektedir. İlaveten bu cihazlar, barındırdıkları herhangi bir bilgi veya para birimi verisini, ağ üzerinde çalışan ve taraflarının iradesi ile mutabakatlarına göre oluşturulmuş bir program aracılığıyla, önceden belirlenen şart ve sürelerde sözleşmenin diğer taraflarına gönderilebilmesi için hazır şekilde beklemektedir. Bu işleyişin mümkün olması; yani ağdaki bilgisayarların arasında yapılacak işlem veya ödemelerin yapılabilmesi, kaydedilebilmesi için, makinelerin kabul ettikleri, hepsi için ortak bir kurallar bütününe, sözleşmeye ihtiyaç bulunmaktaydı. İşte, Ethereum bunu sağlamıştır. Diğer bir ifadeyle, Ethereum, farklı fiziksel konumdaki çok sayıda bilgisayarın veya bilgisayar özelliği olan her nevi makinanın arasında yapılacak işlemler ve bu işlemlerin tanımlandığı akıllı sözleşmeler için ortak dil ve altyapı

⁴³ LEVI, Stuart D./LIPTON, Alex B.: An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations, <https://tinyurl.com/yaflq5qh>, (Erişim Tarihi: 06.08.2020)

⁴⁴ UZER, s.26.

⁴⁵ Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934:

The DAO, Release No. 81207 / July 25, 2017, <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2020).

⁴⁶ ATZORÍ, s.8 vd.

platformu olarak geliştirilmiştir⁴⁷.

Bugünkü anlamıyla Ethereum üzerinde çalışan akıllı sözleşmelerin işleyişi Ethereum'un geliştiricisi Vitalk Buterin tarafından şu şekilde izah edilmektedir: "Sözleşmeler bilgisayar diline dönüştürülmekte ve bloklara kaydedilmektedir. Dağıtık defterlere kopyalanan sözleşmelerde taraflar yüzde yüz anonim tutulurlar. Kod parçacığı, belirli görevler ve detaylar belirlenerek (zaman sınırı, nereden nereye ne gideceği gibi) hazırlanır. Zamanı geldiğinde de işlemi yerine getirmek için harekete geçer ve gerekli şartlar sağlanıyorsa işlem başarıyla tamamlanır yahut tamamlanmadan iptal edilir⁴⁸". Mevcut yapısıyla akıllı sözleşmelerin sürekli edimli borç ilişkisi yaratan sözleşmelerde ödeme borcunun ifasında, finansal kiralamalarda⁴⁹, emanet sözleşmelerinde (Escrow⁵⁰), tüketicinin seçimlik haklarını kullanmasının söz konusu olduğu sözleşmelerde⁵¹, çevrimiçi pazaryeri hizmetlerinde⁵², tarafların ürün veya hizmet temini amacıyla bir araya getirilmesini sağlayan mobil uygulama hizmetlerinde, taşıma⁵³, sigorta⁵⁴, bankacılık⁵⁵, kitle fonlaması projelerinde⁵⁶ kullanılmaya oldukça elverişli olduğu ve halihazırda bir çok ürün ve hizmete özgülenerek kullanılmaya başlandığı görülmektedir⁵⁷.

D. Akıllı Sözleşmelerin Hukuki Görünümü ve Geleceği

Ethereum'un yaratıcısı Vitalik Buterin Ethereum üzerinde çalışan kod parçacıklarına Smart Contracts adını veren ilk kişi olarak bu konuda 2018 yılında başlayan hukuki tartışmalar üzerine attığı bir tweette; bu programa ve bu özelliğe Smart Contracts adını vermiş olmaktan pişman olduğunu ifade ederek, bu kod parçacıklarına daha teknik ve sıkıcı bir isim vermenin, belki de kalıcı senaryolar ("Persistent Scripts") ibaresini kullanmanın daha doğru olacağını ifade etmiştir⁵⁸.

Ne var ki hem hukukçuların hem de bilişimcilerin, akıllı sözleşmelere dair 2018 yılından bu yana giderek artan ilgisi akıllı sözleşmeler alanındaki çalışmaların ve ilginin adeta öngörülme, organik, zorunlu ve pek de planlanmayan boyutta gelişmesine, ilerlemesine ve gerçekten akıllı sözleşmelere olan ihtiyaca dair talebin somut olarak kendisini göstermesine yol açmıştır⁵⁹.

⁴⁷ SERT, Turan: Sorularla Blockchain, <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/Sorularlablockchain.pdf> (Erişim Tarihi: 18.11.2020); Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO, Release No. 81207 / July 25, 2017, <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf> (Erişim Tarihi: 15.02.2020); ABD'nin SPK'na muadil olan SEC tarafından incelenen bu DAO olayında; şirketleşmemiş kuruluş olan DAO'nun; bir Alman Şirketi olan Slock.it UG ("Slock.it")'in, Slock.it kurucu ortaklarının ve araçlarının; federal menkul kıymetler kanunlarını ihlal edip etmediğini araştırmıştır. Raporda, DAO, bilgisayar kodunda yer alan ve dağıtılmış hesap defteri veya Blockchain üzerinde çalıştırılan bir "sanal" kuruluşu tanımlanmıştır ve Merkezi Olmayan (Yerinden Yönetimli) Özerk Organizasyon örneği olarak anılmıştır. DAO, Slock.it ve Slock.it'in kurucu ortakları tarafından, DAO Tokens'in yatırımcılara satışı yoluyla varlıkların oluşturulmasını sağlamak, daha sonra bununla "projeleri" finanse etmek amacıyla ve kar amacı güden bir kuruluş olarak yaratılmıştır. DAO Tokens sahiplerinin ana kazanç hedefi, DAO Tokens kullanılarak yatırım yapılan projelerin elde edeceği başarılar ve DAO Tokens'larının ikincil pazarda alım satımlarının sağlanmasıdır.

⁴⁸ BUTERIN, Ethereum. Burada, akıllı sözleşmeler ve yapılan tüm işlemler dağıtık defterlerde tutulmakta olup bu bakımdan çok yüksek bir güvenlik ve dokunulmazlık özelliğine sahiptir.

⁴⁹ SHANKER, Macha: Use Case: Smart Contract for Lease Agreements using Blockchain Technology, International Journal of Scientific Research in Computer Science and Engineering, 7(6), 2019, s.3-6; Örnek bir uygulama için bkz. <https://rentpeacefully.com/> (Erişim Tarihi: 24.10.2020)

⁵⁰ LYONS, Tom/COURCELAS, Ludovic/TIMSIT, Ken: "Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts, Thematic Report", European Union Blockchain Observatory & Forum, 27.09.2019 s.22, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf (Erişim Tarihi: 22.06.2020)

⁵¹ CUTTS, Tatiana: "Smart Contracts and Consumers", West Virginia Law Review, 122(2), 2019, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354272>, s.4-6 (Erişim Tarihi: 22.09.2020).

⁵² Pazaryeri Akıllı Sözleşme uygulama örnekleri için bkz. <https://smartz.io/> (Erişim Tarihi: 26.11.2020). Ayrıca bkz. PAK, Calvin: A Deep Dive Into Marketplace Smart Contracts, <https://medium.com/the-notice-board/a-deep-dive-into-marketplace-smart-contracts-587bbc8e9776>, (Erişim Tarihi: 21.09.2020)

⁵³ Taşımacılıkta örnek bir uygulamalar için bkz. <https://shipchain.io/>, <https://www.treum.io/> ve <https://www.bitastudio.com/> (Erişim Tarihi: 14.11.2020)

⁵⁴ Sigorta sektöründe Akıllı Sözleşme uygulamasına dair bir örnek için bkz. <https://nexusmutual.io/> (Erişim Tarihi: 09.09.2020) ve <https://etherisc.com/> (Erişim Tarihi: 18.11.2020). Sigortacılık sektöründe riskin gerçekleşmesiyle talebin sunulması ödemenin yapılmasını sağlanması için Akıllı Sözleşmenin harekete geçmesi şeklinde özetlenebilir. Bu işlemlerde zaman kaybını azaltmayı ve insan unsurundan kaynaklanan hataların önüne geçmeyi hedefler.

⁵⁵ Smart Contracts in Financial Services: Getting from Hype to Reality, https://www.capgemini.com/consulting-de/wp-content/uploads/sites/32/2017/08/smart_contracts_paper_long_0.pdf (Erişim Tarihi: 11.11.2020); BLEMUS, s.10.

⁵⁶ DAO için bkz. ZICHICHI, Mirko/CONTU, Michele/FERRETTI, Stefano/D'ANGELO, Gabriele: LikeStarter: a Smart-contract based Social DAO for Crowdfunding, <https://arxiv.org/pdf/1905.05560.pdf> (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

⁵⁷ SCHMITT/MLADENOW/STRAUSS/SCHAFFHAUSER-LINZATTI, s.194; BLEMUS, s.14; Örneğin Emria Token'ları.

⁵⁸ <https://twitter.com/VitalikButerin/status/1051160932699770882>

⁵⁹ Görüşümüze göre, bu durumun sebebi, Nick Szabo'nun, makalemizin en başında ifade ettiğimiz, güvene dayalı sözleşme yapmanın ve sözleşmenin yerine getirilmesinin muhatabın tasarrufuna veya iradesine bırakılmasının yarattığı zaafıların yol açtığı problemlere dair tespitleridir.

Bugünün dünyasının ticari gereksinimlerinin ve giderek artan hız ihtiyacının karşısında, akıbeti güvene ve muhatabın tasarrufuna bağlı olan sözleşmelerin de form değiştirmesi kaçınılmazdır. Roma Hukukuna dayanan, 19. yüzyılın başında kabul edilen kodifikasyonlarla şekillenen sözleşmeler hukuku kaçınılmaz ve derin bir değişimin eşiğindedir⁶⁰. Dijital teknolojilerin ve elektronik ticaretin gündelik hayatımıza entegre ettiği otomatizasyon, bu değişimi desteklemektedir. Mortgage krizi gibi finansal krizlerin yol açtığı hukuki ve iktisadi güven kayıpları; tüketicilerin, satıcıların, taşıyıcıların, tacirlerin, ticaret şirketlerinin yapacakları sözleşmeleri, aracılar veya muhatapların iyi niyetine, onların irade ve insiyatifine bırakmak yönündeki eğilimlerini zayıflatmaktadır. Her ne kadar Vitalik Buterin, akıllı sözleşmenin sadece bir yazılım olan kod parçacığı olduğunu ifade etse bile bu konudaki ihtiyaç ve talep akıllı sözleşmelerin planlanmayan şekilde giderek yaygınlaşmasını kaçınılmaz olarak genişletmekte ve tetiklemektedir⁶¹.

Bitcoin Blokzincirinin taraflar arasında merkeziyetsiz varlık transfer edebilmeyi sağlayan protokol olmasına mukabil; Ethereum’da, hem kripto varlık transferi, hem de; kodlama modeli, güvenlik sertifikası ve algortimallerinden kaynaklanan farklılıklardan ötürü, kendi kendini ifa eden akıllı sözleşmelerin yapılabilmesi mümkündür. Bu durum, yaşanan finansal krizler, artan aracılık maliyetleri, otomatize edilmiş hayata duyulan talepteki artış gibi faktörlerin etkisiyle, akıllı sözleşmeleri hukuk ve özellikle sözleşmeler hukuku bakımından dikkat çekici kılmaktadır⁶². Buna göre taraflar, aralarındaki mutabakatlara uygun bir kod programını Ethereum’un blokzincirine yerleştirerek belli bir zamanda, belli şartların gerçekleşmesi halinde bu şartları içerir işlemin tarafların bir eylem veya işlemi olmadan kendi kendini icra veya ifa edilmesini sağlayan bir sonucun ortaya çıkmasını sağlayabilir⁶³. Buna mukabil blokzincir üzerinde geliştirilen Token’ların ve akıllı sözleşmelerin hukuki statüsünün yasal bakımdan tamamıyla netleştiğini söylemek hali hazırda mümkün değildir⁶⁴. Bazı lokal yasal düzenleme girişimleri dışında⁶⁵ ABD⁶⁶ veya AB⁶⁷, de akıllı sözleşmelerin hukuki durumuna dair doğrudan veya özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır⁶⁸. Bu

⁶⁰ ÇEKİN, s.325.

⁶¹ Görüşümüze göre, sözleşmelerde taraflar, taksitli ödemelerde, finansal kiralamalarda, konut satış sözleşmelerinde, tüketici sözleşmelerinde, escrow sözleşmelerinde aslında hiçbir sözleşme adımı, ödemeyi, işin yapılmasını ve buna ilişkin zamana yayılan süreçleri yani sürekli edimli borç ilişki doğuran şarta bağlı sözleşme ilişkilerinin yerine getirilmesini ve ifasını diğer tarafın iradesine bırakmak istemektedirler. Zira, bir sözleşme ilişkisine giren tarafların, en az sözleşmenin şartlarında anlaşmaları kadar, bu şartları tam ve zamanında yerine getirileceğinden emin olmak yönündeki ihtiyaçları, özellikle son 10-20 yıla yayılan ekonomik krizlerin yaşandığı küresel piyasada son derece belirgindir. Böylece taraflar, hem sözleşmeyi yaparken aracılar muhtaç olmamak, hem de sözleşme konusu edimlerin ifasının taraf iradesinin güvenilmezliğine teslim edilmemesi için sözleşmede bir otomasyona olan taleplerini karşılayacak tek aday Akıllı Sözleşme kavramıdır. Kendi kendini ifa, kendi kendini fesih, yapılmış ödemelerin kendiliğinden iadesi gibi çözümlerle öne çıkan akıllı sözleşmeler, sözleşmesel bir uyumsuzluğun yargı mercilerinde yüksek maliyet ve uzun zaman kayıplarından kurtulmak için de oldukça etkilidir. Basit bir görev – yetki uyumsuzluğun yıllar aldığı, faizin miktarı ve başlangıç tarihine dair hesaplamaların dahi oldukça uzun sürdüğü, uyumsuzlukların uzmanlıklarına dair bir teyit mekanizması bulunmayan bilirkişiler, avukatlar veya hakimlerin yarattığı hak kaybı risklerinden korunması için de kendi kendini infaz edebilen, feshedebilen, varsa feshetme istinaden yapılan ödemeleri iade edebilen, emanet veya hak ediş sistemlerindeki araçların, emlakçı, avukat, noter, mahkeme gibi unsurların getirdiği zaman ve maliyet giderlerini minimize eden akıllı sözleşmelere olan talep her geçen gün artacaktır.

⁶² KONASHEVYCH, s.2.

⁶³ ÇEKİN, s.323; Akıllı sözleşmeler, Ethereum ağındaki katılımcıların protokolden olan bir yazılımla aralarında yaptıkları bir işlemi karşılar. Yazılımda belirlenen şartlar ve bunların gerçekleşmesine dir veriler ise ifa için elzemdir. Her Akıllı Sözleşmede bu şartlar bulunmayabilir. Ancak şarta ve şartın yerine bağlı olduğu hallerde yazılımın dışarıdan veri teminine ihtiyaç duyacağı açıktır. İşte yazılımın borcun ifası için harekete geçmesi için gerek duyacağı bu dış bilgiler “Oracle” adı veri besleme sağlayan araçlara gereksinim duyar. Oracle, bir veri besleme ve doğrulama yazılımı olabileceği gibi dışsal merkezi bir veri tedarik noktası da olabilir. Bu ikincisi merkeziyetsizlik ve aracısızlık özelliklerinin tekrar sorgulanmasını gerektirir.

⁶⁴ Federal Reserve Board, Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs, Distributed Ledger Technology in Payments, Clearing and Settlement, Finance and Economics Discussion Series, 2016-095, December 2016, s.28.

⁶⁵ BLEMUS, s.13-14 ve orada dipnot 200’de anılan Arizona House Bill 2417, Bölüm 2 Başlık 44’e eklenen yasal tanımıyla Akıllı Sözleşme; dağıtık, merkezi olmayan, paylaşılan ve çoğaltılmış bir defterde çalışan ve muhafaza altına alınabilen ve bu defterdeki varlıkların aktarılmasına talimat verebilen, olay odaklı bir program şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁶ ABD Emtia Vadeli İşlemler Ticaret Komisyonu (Commodity Futures Trading Commission) 2018’de yayınladığı rehberde, akıllı sözleşmelerin kullanım usul ve esaslarına göre bankacılık ve kara para aklama mevzuatı da dahil olmak üzere mevcut düzenlemelere tabi olabileceği ifade ederek özel düzenlemeye değil genel düzenlemelerin kıyasen uygulanmasına işaret etmiştir; Raporun tamamı için bkz. CFTC, A Primer of Smart Contracts, s.25 2018, https://www.cftc.gov/sites/default/files/2018-11/LabCFTC_PrimerSmartContracts112718.pdf (Erişim Tarihi:21.10.2020); Ayrıca bkz. KONASHEVYCH, s.4.

⁶⁷ European Parliamentary Research Service, “How Blockchain Technology Could Change Our Lives”, In-Depth Analysis, February 2017, s.15’de AB Parlamentosu Araştırma Birimi tarafından sunulan incelemede akıllı sözleşmeler ele alınmış ve incelenmişse de bu konuda yasal bir düzenleme tavsiyesi içermemektedir.

⁶⁸ İngiltere’de Parlamento nezdinde kurulan akıllı sözleşmelerin incelenmesine dair Komisyon ise akıllı sözleşmelerin değer ve potansiyeline işaret etmişse de bu alanda özel bir regülasyon yapılmasına dair çalışmalarını henüz sonuçlandırmamıştır. Komisyon çalışmaları hakkında bkz. Finance Magnates, Research for Reforms on Blockchain Smart Contract Laws Begins

sebeple akıllı sözleşmelerin, sözleşmeler hukukunun genel ilkelerine tabi olduğunu söylemek hatalı olmayacaktır. Eklemek gerekir ki henüz gelişmesini sürdüren akıllı sözleşmelerin hukuki durumunu özel hükümlerle belirlemek için henüz erken aşamada olduğu da gerçektir⁶⁹. Buna göre, akıllı sözleşmeleri hukuken değerlendirirken, en azından şimdilik, mevcut yasaları dikkate alarak, özel şekil şartlarına tabi olanlar hariç olmak üzere, yorum yapmak; yürürlükteki yasalara göre bir sözleşmenin varlığından bahsedilebilmesi için aranan asgari unsurları barındıran Ethereum kodlarının sözleşme olarak kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Kodlarla ifade edilen bu sözleşmelerin kendi kendini ifa etmesi ise bu sözleşmelerin akıllı sözleşme olarak adlandırılmasına ve nitelenmesine yol açmaktadır⁷⁰.

E. Akıllı Sözleşmelerin Önündeki Teknik ve Hukuki Zorluklar

Akıllı Sözleşme kavramı, sunduğu çözümler ve sağladığı avantajlara mukabil birtakım teknik ve hukuki zorluklarla karşı karşıyadır. Her şeyden evvel akıllı sözleşmelerin Ethereum üzerinden yapılabilmesi için uygun altyapının ve donanımın yaygınlaşması ve kullanımının öğrenilmesi gereklidir. Hali hazırda buna uygun donanımın ve Ethereum üzerinde akıllı sözleşme programlama dilinin yaygınlaştığını söylemek mümkün değildir. Aynı sorun bu Sözleşmelerin elektronik sertifikalarla imzalanması gereksinimi sebebiyle elektronik imza araçlarının kullanım sıklıkla kullanılmaması bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Kullanım tecrübesindeki zayıflık, akıllı sözleşmelere dair araçların saklanması ve korunmasına dair riskler de yaratmaktadır. Bu noktada Private Key'in (Özel Anahtarın) kaybedilmesi ve hacklenme (yetkisiz erişim ve yetkisiz işlem) akla ilk gelen teknik risklerdir⁷¹.

Hukuki açıdan ise önemli bir sorun, aynı zamanda akıllı sözleşmelerin olumlu bir yönü olarak da anılan değiştirilemezlik özelliğidir. Akıllı sözleşmelerin değiştirilemezliğinden dolayı mücbir sebep gibi durumlarda ne şekilde hareket edileceğine dair net bir çözüm veya cevap bulunmamaktadır. Bugün yaşanan salgın hastalık gibi durumlarda örneğin kira bedelleriyle ilgili uyarılma davaları gündeme gelmekte, bu gibi ihtilaflar yıllar süren hukuki tartışmalara konu olmaktadır. Akıllı sözleşmeler ile taraflar iradelerini “if that then that” yani “eğer şu şart gerçekleşirse buna istinaden şunu yap” şeklinde bir koda yazarlar. Sözleşme süresi içerisinde değişen şartlar, ortaya çıkan mücbir sebeplere mukabil kod sabittir. Tarafların ifayı ayıplı ya da eksik gerçekleştirmeleri, duruma uygun takdir hakkının kullanılacağı haller söz konusu olduğunda akıllı sözleşmelerin değiştirilemezliğinden ve geri alınmazlığından dolayı ortaya çıkacak yeni şartlarla ilgili henüz net bir çözüm bulunmamaktadır. Bu noktada, akıllı sözleşmelerin yapay zeka çözümleriyle ve büyük veriyle desteklenmesi akla gelmelidir. Ancak bu şekilde akıllı sözleşmelerin, beklentileri daha esnek ve başarılı bir şekilde cevaplayabileceği düşüncesindeyiz⁷².

Akıllı sözleşmelerle ilgili diğer tartışma ise kod ve kayıtların eksiksiz olmasına duyulan ihtiyaçtır. Akıllı sözleşme, ancak eksiksiz ve kayıtsız kodlarla faaliyet gösterebilir. Akıllı sözleşmelerin bugün için sahip oldukları teknoloji ve bu teknolojinin doğası gereği; kısmi ifa, faiz hesaplaması gibi konulara henüz tatmin edici cevaplar ve çözümler sunmadığı görülmektedir. Akıllı sözleşmeler şu an sadece Ethereum üzerinde çalıştıkları için⁷³ bunların hukuki bir bakış açısıyla geliştirilmesinin önünde, Solidity gibi programlama dillerini bilen, algoritma yazabilen hukukçulara duyulan ihtiyaç da önemli bir problemidir.

Bir diğer zorluk, Public Blockchain üzerindeki sözleşmelerde gizliliğin sağlanmasıdır. Çünkü taraflar, sözleşmelere yansıttıkları bilgilerin her zaman şeffaf olmasını arzu etmeyebilir. Özellikle ticari bilgi ve verilerin gizli tutulmasını isteyebilir; bu bilgilerin herkes tarafından erişilebilir olmasından imtina edebilirler. Öte yandan Public Blokzincirde kullanıcılar akıllı sözleşmeleri okuyabilmekte ve bunlara çeşitli uygulamalarla erişebilmektedir. Akıllı sözleşmeler, bu durumdan ötürü, gizliliğin sağlanması amacıyla Private Blockchain'e ihtiyaç duyarlar.

in UK, 2018 <https://www.financemagnates.com/cryptocurrency/regulation/research-for-reforms-on-blockchain-smart-contract-laws-begins-in-uk/> (Erişim Tarihi: 14.06.2020).

⁶⁹ LYONS/COURCELAS/TIMSIT, s.25-26.

⁷⁰ UK Jurisdiction Taskforce, Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts, November 2019, s.32-33, <https://tinyurl.com/v4t8fbk> (Erişim Tarihi: 14.08.2020); O'SHIELDS, s.186-187.

⁷¹ PILAVCI, s.87. vd.

⁷² O'SHIELDS, s.189.

⁷³ Bkz. Ethereum Virtual Machine (EVM): Ethereum üzerinde gönderilen programın çalışmasını sağlayan yapıdır. Ethereum üzerinde gönderilen program EVM tarafından dağıtık bir şekilde çalıştırılmaktadır. EVM Dünya'daki tüm bilgisayar düğümlerini birbirine bağlayan bu teknolojinin işletim sistemi olarak bilinen ve Ethereum'un merkeziyetsizliğini sağlayan algoritmadır (<https://ethereum.org/en/developers/docs/evm/>, Erişim Tarihi: 23.11.2020).

Akıllı sözleşmelerle ilgili zorluklar sadece hukuki olanlardan ibaret değildir. Teknik sorunlar da en az hukuki zorluklar kadar dikkat çekicidir. DAO kriziyle beraber akıllı sözleşmelerle ilgili yaşanan teknik tartışma derinleşmiş olup halen varlığını korumaktadır⁷⁴. DAO, ABD’de, Ethereum üzerinde akıllı sözleşme olarak hayata geçirilen ilk ve en kapsamlı kitlesel fonlama projesidir. Bu sebeple akıllı sözleşmelerin geleceği bakımından önemli bir yere örnektir. Akıllı sözleşme kitlesel fonlama için en uygun araçtır. Çok sayıdaki kişinin düşük meblağlarla katılarak bir projeyi, pay, ödül, hisse, ürün vb karşılığı finanse ettikleri uygulamaya kitlesel fonlama denilmektedir. Bu projede, projenin sahipleri yoktur. Ortada bir şirket bulunmamaktadır. Tarafları belli değildir. Merkezi veya hiyerarşik bir işleyiş söz konusu değildir. DAO’da Ethereum üzerinde akıllı sözleşme ile kitlesel fonlama yapılmıştır. Katılımcılara Ether karşılığı DAO Token verilmiş, bu Token oylamalarda veya proje finansmanında kullanılmak üzere üretilmiştir DAO kitlesel fonlamasına, çok kısa sürede 168 Milyon USD değerinde kripto paraya ulaşan bir katılım sağlanmıştır⁷⁵. Ancak katılımcılardan birinin tesadüfen, fonlamadan yani akıllı sözleşmeden çıkmayı denemesi, “katılımımı iptal et ve yaptığım ödemeyi iade et” seçeneğini tıklamasıyla sistemde bir açık keşfedilmiştir. Böylece DAO’nun akıllı sözleşmesinden çıkmanın mümkün olduğu görülmüş ve katılımcı, bunu deneyerek başarmıştır. Katılımcı aynı zamanda akıllı sözleşmede önemli bir açığı keşfetmiş ve aynı işlemi tekrar tekrar denemiştir. Akıllı sözleşmede, katılımcının ya sözleşmeden tek taraflı şekilde çıkamaması veya bunu tekrar edememesi gerekirdi. Ancak aynı kullanıcı bu işlemi tekrar tekrar yapmayı denediğinde, kısa süre içerisinde kitlesel fonlama uygulamasından çok miktarda, yaklaşık 50 Milyon USD değerinde kripto para aynı kullanıcıya gönderilerek bir sistemsal açık hacking ortaya çıkmıştır⁷⁶. Açığın fark edilmesi üzerine Ether üzerinde müdahalede bulunulmuş, meşhur Ether Forku yani çatallanması yaşanmıştır⁷⁷. Bu durum, akıllı sözleşme üzerinde teknik bakımdan ve kodlama bakımından yaşanabilecek eksikliklerin ve hacklerin ağır ihlallere sebep olabileceğini göstermiştir⁷⁸. Dolayısıyla programlama hatasının geri alınamaması, uyarılma yolunun ve emprevizyon olanağının şu an için mevcut olmaması, faiz hesaplarının bulunamaması, duruma uygun takdir hakkının kullanılabilmesine kapalı yapısı, sabit ve değişmez⁷⁹ olması, gizlilik ve şeffaflık ile ilgili tereddütler akıllı sözleşmelerin bugün arz ettikleri yapılarının dikkat çeken teknik ve hukuki zorlukları oluşturmaktadır⁸⁰.

IV. SONUÇ

Sözleşmeler hukuku alanındaki kurallarının geçmişi yüzyıllara dayanmaktadır. Sözleşmelerin temelinde ise irade serbestisi ve irade serbestisini harekete geçiren güven yatmaktadır. Öte yandan sözleşmelerin kurulmasında ve edimlerin ifasında en zayıf ve riskli halka da irade serbestisi ve güven asimetrisidir. Güvene dayalı sözleşmelerin ifa noktasında tabi oldukları riskler finansal krizlerle belirginleşmektedir Sözleşmelerin kurulmasında veya ifasında aracılara duyulan gereksinim ve bunun yarattığı maliyetler sürdürülebilir olmayıp ayrıca güvene dayalı zaafaları da arttırmaktadır. Uzun süren, oldukça pahalı ve genellikle tatmin edici olmaktan uzak kalan yargılama süreçlerinin yol açtığı zaman ve masraf maliyetlerinde göz önünde bulundurulunca, bu sorunların çözümünün teknolojiye ve akıllı sözleşmelerde aranması kaçınılmazdır. Diğer bir ifadeyle akdin kuruluş ve ifa anında tek belirleyicinin güven ve irade olması sözleşmelerin en büyük zaafalarıdır. Bu zaafaların ve risklerin yarattığı boşlukları gidermenin yolu ise teknolojiye aranmaktadır. Blokzincir tabanlı, kendi kendini ifa veya feshedebilen akıllı sözleşmelerin geliştirilmesine bu bakımdan oldukça ilgi duyulmaktadır. Bu ilgi ve ihtiyacı karşılamaya en büyük ve en yakın aday Ethereum tabanlı akıllı sözleşmelerdir. Blokzincirin, nitelik ve özellikleri öğrenildikçe, kodlama bilen hukukçular çoğaldıkça akıllı sözleşmelerin kullanımının önümüzdeki yıllarda giderek olgunlaşacağını ve artacağını düşünmekteyiz. Akıllı sözleşmelerin beklenen etkisy ve faydayı sağlayabilmesi için yazılım ve donanım yeterliliği, kullanımın yaygınlığı ve kullanıcı tecrübesinin oluşması önemlidir. Akıllı sözleşmelerdeki güvenlik sorunları, şeffaf yapısının gizlilik ihtiyacı bakımından yarattığı çekinceler, DAO örneğindeki gibi hacklenme riskleri,

⁷⁴ LYONS/COURCELAS/TIMSIT, s.27.

⁷⁵ SEC, s.2-4.

⁷⁶ KONASHEVYCH, s.13; CUTTS, s.22-35.

⁷⁷ DAO hacking ve sonrasında DAO’nun çöküşünün etkisiyle, Ethereum iki farklı Blokzincire ayrıldı. Bu ayrılmaya çatallanma denilmektedir. Bu şekilde çatallanma sonucu oluşan versiyon Ethereum (ETH), orijinal olan ise Ethereum Classic (ETC) olarak varlığını devam ettirmektedir.

⁷⁸ BLEMUS, s.15.

⁷⁹ Akıllı anlaşmalar yürütüldüğünde yani harekete geçerek bir sonucu sağladığında, değiştirilemeyecek günlük kayıtları oluşturulur.

⁸⁰ SCHMITT/MLADENOW/STRAUSS/SCHAFFHAUSER-LINZATTI, s.194; Bugün için Smart Contracts kullanımına en uygun ve yaygın alanlar olarak sigortacılık, araç kiralama, seyahat sözleşmeleri, hak ediş ödemeli sözleşmeler gösterilmektedir

geri alınmazlık ve uyarlama yapılamaması ise gözden kaçırılmaması gereken tereddüt noktalarıdır. Yapay zeka ve doğru veri ile desteklenmesi halinde akıllı sözleşmelerin önümüzdeki yıllarda sözleşmeler hukukunu önemli ölçüde etkileyecek ve değiştirecek bir altyapı ve teknoloji olmaya aday olduğunu ifade etmek mümkündür. Özel şekil şartlarına tabi olan istisnalar bir yana konulacak olursa, bir sözleşmenin varlığından bahsedilmesi için gerekli asgari yasal unsurları içeren ve kodlardan oluşan bu programların hukuken geçerli ve bağlayıcı birer akıllı sözleşme olarak kabul edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001), <https://www.copyright.gov/fair-use/summaries/a&mrecords-napster-9thcir2001.pdf> (Erişim Tarihi: 24.09.2020).
- ATZORI, Marcella: Blockchain Technology and Decentralized Governance: Is the State Still Necessary? (December 1, 2015), s. 8-10, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2709713> (Erişim Tarihi: 07.09.2020), p. 1-37
- BFMEDIA, Bitcoin'in Ethereum'dan Farkı Ne?, <https://www.bfmedia.io/sikca-sorulan-sorular/ethereum-bitcoinden-farki-ne-01588732.html>, (Erişim Tarihi: 10.10.2020).
- BLEMUS, Stéphane: "Law and Blockchain: A Legal Perspective on Current Regulatory Trends Worldwide (January 17, 2018)". *Revue Trimestrielle de Droit Financier (Corporate Finance and Capital Markets Law Review)* RTDF N°4-2017 - December 2017, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3080639> (Erişim Tarihi: 18.11.2020), p.1-15.
- BROWNSWORD, Roger: Regulatory Fitness: "Fintech, Funny Money and Smart Contracts", *European Business Organization Law Review*, 20(5), 2019, <https://core.ac.uk/download/pdf/195262705.pdf>. (Erişim Tarihi: 09.12.2020), p.1-27.
- BUTERIN, Vitalik: "Bitcoin Is Not Quantum-Safe, And How We Can Fix It When Needed". *Bitcoin Magazine*, <https://bitcoinmagazine.com/articles/bitcoin-is-not-quantum-safe-and-how-we-can-fix1375242150> (Erişim Tarihi: 21.08.2020).
- BUTERIN, Vitalik: "Ethereum: A Next-Generation Cryptocurrency and Decentralized Application Platform (Ethereum)", *Bitcoin Magazine*, <https://Bitcoinmagazine.com/articles/Ethereum-next-generation-cryptocurrency-decentralized-application-platform-1390528211> (Erişim Tarihi: 16.10.2020).
- Cap Gemini: Smart Contracts in Financial Services: Getting from Hype to Reality, https://www.capgemini.com/consulting-de/wp-content/uploads/sites/32/2017/08/smart_contracts_paper_long_0.pdf (Erişim Tarihi: 11.11.2020).
- Commodity Futures Trading Commission: A Primer of Smart Contracts, 2018, https://www.cftc.gov/sites/default/files/2018-11/LabCFTC_PrimerSmartContracts112718.pdf (Erişim Tarihi: 21.10.2020).
- CHOHAN, Usman W.: A History of Bitcoin (September 30, 2017), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3047875> (Erişim Tarihi: 15.10.2020), p.1-11.
- CROSBY, Michael/PATTANAYAK, Pradan/VERMA, Sanjeev/KALYANARAMAN, Vignesh: "Blockchain Technology: Beyond Bitcoin", *Applied Innovation Review*, (2), June 2016, <https://j2-capital.com/wp-content/uploads/2017/11/AIR-2016-BlockChain.pdf> (Erişim Tarihi: 11.09.2020).
- CRYPTOCOMPARE: "What is the 'Gas' in Ethereum?", November 18, 2016, <https://www.cryptocompare.com/coins/guides/what-is-the-gas-in-ethereum/> (Erişim Tarihi: 12.09.2020).
- CUTTS, Tatiana: "Smart Contracts and Consumers", *West Virginia Law Review*, 122(2), 2019, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3354272> (Erişim Tarihi: 22.09.2020), p.1-52.
- ÇEKİN, Mesut Serdar: "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?" *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77(1), 2019, s.315-341.
- DIMITROPOULOS, Georgios: "The Law of Blockchain", *Washington Law Review*, 95(3) 2020, p.1117-1192
- European Parliamentary Research Service: "How Blockchain Technology Could Change Our Lives", *In-Depth Analysis*, February 2017.
- Federal Reserve Board, Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs: Distributed Ledger Technology in Payments, Clearing and Settlement, *Finance and Economics Discussion Series*, 2016-095, December 2016.
- Finance Magnates: Research for Reforms on Blockchain Smart Contract Laws Begins in UK, 2018, <https://www.financemagnates.com/cryptocurrency/regulation/research-for-reforms-on-blockchain-smart-contract-laws-begins-in-uk/> (Erişim Tarihi: 14.06.2020).

- HÄRDLE, Wolfgang K./HARVEY, Campbell R./REULE, Raphael C. G.: Understanding Cryptocurrencies (March 26, 2019), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3360304> (Erişim Tarihi: 18.09.2020), p. 1-39.
- ICRYPEX: Bitcoin ve Ethereum Arasındaki Farklar, <https://www.icrypex.com/tr/blog/bitcoin-ve-ethereum-arasindaki-farklar-nelerdir> (Erişim Tarihi: 10.10.2020).
- KAKAVAND, Hossein/KOST DE SEVRES, Nicolette/CHILTON, Bart: The Blockchain Revolution: An Analysis of Regulation and Technology Related to Distributed Ledger Technologies (January 1, 2017), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2849251>, (Erişim Tarihi: 14.10.2020), p.1-27.
- KARAMANLIOĞLU, Argun: “Concept of Smart Contracts – A Legal Perspective”, *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (35), 2018, s.29-42.
- KILIÇ, Şahin: Ethereum Nedir, Bitcoin ile Arasındaki Farklar Nelerdir?, (<https://www.webtekno.com/ethereum-ile-bitcoin-arasindaki-farklar-h38580.html>), (Erişim Tarihi: 24.08.2020).
- LEVI, Stuart D./LIPTON, Alex B.: An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations, <https://tinyurl.com/yaf1q5qh>, (Erişim Tarihi: 06.08.2020).
- LYONS, Tom/COURCELAS, Ludovic/TIMSIT, Ken: “Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts, Thematic Report”, European Union Blockchain Observatory & Forum, 27.09.2019, https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/report_legal_v1.0.pdf (Erişim Tarihi: 22.06.2020).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul, 2020.
- O'SHIELDS, Reggie: Smart Contracts: “Legal Agreements for the Blockchain”, North Carolina Banking Institute, 21(1), 2017, p.1-19.
- ÖZSEYHAN, Efe: Bitcoin vs Ethereum: Aradaki Fark Nedir?, <https://muhabbit.com/bitcoin-vs-ethereum-aradaki-fark-nedir/> (Erişim Tarihi: 18.10.2020).
- PAK, Calvin: A Deep Dive Into Marketplace Smart Contracts, <https://medium.com/the-notice-board/a-deep-dive-into-marketplace-smart-contracts-587bbc8e9776>, (Erişim Tarihi: 21.09.2020).
- PILAVCI, Ezgi Elife: “The Regulation of Smart Contracts: Law, “overnance and Practice”, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Lisansüstü Programlar Enstitüsü – Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yüksek Lisans Programı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019.
- RASKIN, Max: “The Law and Legality of Smart Contracts”, *Georgetown Law Technology Review*, (305), 2017, <https://ssrn.com/abstract=2959166> (Erişim Tarihi: 22.10.2020), p.305-340.
- SCHMITT, Gregor/MLADENOW, Andreas/STRAUSS, Christine/SCHAFFHAUSER-LINZATTI, Michaela: Smart Contracts and Internet of Things: A Qualitative Content Analysis using the Technology-Organization-Environment Framework to Identify Key-Determinants, <https://www.sciencedirect.com/> (Erişim Tarihi: 22.10.2020).
- SEC: “The DAO” Investigative Report, 25 Temmuz 2017, <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-81207.pdf> (Erişim Tarihi: 17.06.2020).
- SERT, Turan: Sorularla Blockchain, <https://bkm.com.tr/wp-content/uploads/2015/06/Sorularlablockchain.pdf> (Erişim Tarihi: 18.11.2020).
- SHANKER, Macha: “Use Case: Smart Contract for Lease Agreements using Blockchain Technology”, *International Journal of Scientific Research in Computer Science and Engineering*, 7(6), 2019, p.1-9.
- SZABO, Nick: Smart Contracts (1994), www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html (Erişim Tarihi: 15.10.2020).
- SZABO, Nick: Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets, <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/> (Erişim Tarihi: 10.10.2020).
- ŞEN, Faruk: “Dağıtık Kayıt Teknolojisi”, *Gümrük ve Ticaret Dergisi*, 6(17), 2016, s.84-95.
- TAŞKIN Zeynep Damla: Sözleşmenin Kurulması, İstanbul 2020.
- TBV Blockchain Turkey Platformu, Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması, Hukuk, Düzenlemeler ve Kamu İlişkileri Çalışma Grubu Raporu, İstanbul 2019.
- TEVETOĞLU, Mete: ICO (İlk Dijital Para Arzı) ve Yatırımının (Katılımcının) Korunması, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları 2020, İstanbul 2020, s.83-137.
- THIBAUT, Schrepel: “Collusion by Blockchain and Smart Contracts”, *Harvard Journal of Law and Technology*, 33(1), 2019, <https://ssrn.com/abstract=3315182> (Erişim Tarihi: 16.10.2020), p.118-166.
- TUNALI, Halil: “Mortgage Sistemi: Temelleri, Gelişimi ve Krizi”, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası*, 58(1), 2011, s.99-124.
- UK Jurisdiction Taskforce, Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts, November 2019, <https://tinyurl.com/v4t8fbk> (Erişim Tarihi: 14.08.2020).

UZER, Betül: Sanal Para Birimleri, TCMB Uzmanlık Yeterlilik Tezi, Ankara 2017.

ZICHICHI, Mirko/CONTU, Michele/FERRETTI, Stefano/D'ANGELO, Gabriele: LikeStarter: a Smart-contract based Social DAO for Crowdfunding, <https://arxiv.org/pdf/1905.05560.pdf> (Erişim Tarihi: 20.12.2020).

Web siteleri

<https://ethereum.org/en/developers/docs/evm/> (Erişim Tarihi: 23.11.2020).

<https://etherisc.com/> (Erişim Tarihi: 18.11.2020).

<https://nexusmutual.io/> (Erişim Tarihi: 09.09.2020).

<https://shipchain.io/>, (Erişim Tarihi: 14.11.2020).

<https://smartz.io/> (Erişim Tarihi: 26.11.2020).

<https://twitter.com/VitalikButerin/status/1051160932699770882>

<https://www.bita.studio/>, (Erişim Tarihi: 14.11.2020).


<https://www.Ethereum.org/beginners/> (Erişim Tarihi: 20.10.2020).

<https://www.treum.io/>, (Erişim Tarihi: 14.11.2020).

ASGARI ADALET KAVRAMLAŞTIRMASI ÜZERİNE: ADALETİN ASGARI İLKELERİ

ON THE MINIMUM CONCEPTION OF JUSTICE: THE MINIMUM PRINCIPLES OF JUSTICE

Sururi AKTAŞ* 

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.863401> 

Makale Bilgi

Gönderi: 18/01/2021
Kabul : 18/03/2021

Anahtar Kelimeler

*Adalet Kavramı,
Adaletin İlkeleri,
Asgari Adalet
Kavramı,
Adaletin Asgari
İlkeleri..*

Article Info

Received: 18/01/2021
Accepted: 18/03/2021

Keywords

*The Concept of Justice,
The Principles of Justice,
The Minimum Concept of
Justice,
The Minimum Principles
of Justice.*

Özet

Bu makale çalışmasında, Hans Kelsen gibi hukuki pozitivistler tarafından sübjektif ahlaki bir değer yargısı olması ve belirsizlikler taşıması gerekçesiyle hukuk kavramının dışında tutulmak istenilen adalet değerinin, kolayca reddedilemeyen oldukça yüksek bir belirlilik alanına sahip olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır. Asgari adalet ilkelerinin oluşturduğu bu belirlilik alanı “asgari adalet kavramı” olarak tanımlanmıştır. Asgari adalet kavramlaştırmasının olanaklılığı, yöntem olarak ılımlı hukuki pozitivismi savunan H.L.A Hart’ın hukuk kuralının belirlilik ve belirsizliğine ilişkin yaptığı analiz, yine Hart’ın “doğal hukukun asgari içeriği” tanımlaması, doğal hukukçu Lon L. Fuller’in ahlakla ilgili yaptığı analiz ve David Schmdtz’in periyodik cetvel benzetmesiyle desteklenmiştir. Bir asgari adalet kavramının inşa edilmesi ve bu yönde bir hassasiyet meydana getirilmesinin, pozitif hukuka bir değer ölçüsü oluşturması bakımından önemli olduğunun altı çizilmiştir. Çalışmada “asgari adalet kavramı”nı oluşturduğu düşünülen bazı ilkeler genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca asgari adalet kavramı içinde yer verilen adalet ilkelerinin sayı bakımından mutlak olmadığı, yenilerinin eklenebileceği ve dolayısıyla ucu açık bir öneri niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Sonuç bölümünde asgari adalet kavramını oluşturan adalet ilkelerinin nitelikleri ve pozitif hukuk bakımından taşıdığı önem ortaya konmaya çalışılmıştır.

Abstract

In this article it is tried to reveal that the value of justice, which is wanted to be excluded from the concept of law by some legal positivist like Hans Kelsen because of that it is a subjective moral judgement and has uncertainties, has area of high certainty which can not be easily rejected. This certain area which is formed of minimum principles of justice was defined as “the minimum concept of justice”. The possibility of minimum conception of justice was supported, as methods, by soft positivist H. L. A Hart’s analysis about determinacy and indeterminacy of a legal rule and his conception of “minimum contend of natural law”, by Lon L. Fuller’s analysis about morality and by the analogy of periodic table that David Schmdtz used for the elements of justice. In order to form a value measure for positive law it is underlined that it is important to build a minimum concept of justice and to create sensitivity about it. In the article, some principles that are thought to constitute “the minimum concept of justice” are tried to be explained only in their general lines. Additionally, it was emphasized that the principles of justice constituted for the minimum concept of justice are not absolute in terms of number; new principles can be included and therefore they are a matter of choice about an open-ended suggestion. In the part of conclusion the nature of the principles of justice that constitute “the minimum concept of justice” and their importance for positive law are tried to set forth.

I. GİRİŞ

Adalet değeri eski çağlardan beri felsefenin ve hukuk biliminin konusu olagelmıştır. Herkes adaletsizlikten yakını; ancak adaletin ne olduğu konusundaki ihtilaflar bir türlü aşılamaz. Belki adalet değerinin bu kavramsal yatışmazlığı, bizzat adaletin kendi doğasının bir gereği olabilir. Kelsen gibi hukuki pozitivistler açısından sübjektiflik, değişkenlik ve belirsizlik, bilimin niteliğine yakışmadığı için adalet gibi ahlaki değerler, hukuk kavramının ve biliminin kapsamına dahil edilmez¹. Özellikle Kelsen, adaletin, sübjektif bir değer yargısı olarak bireylerin mutluluk özlemi olduğunu, toplumdaki bireylerin mutluluğunu sağlamak için ise hangi ihtiyaçlarının karşılanması gerektiğinin rasyonel olarak yanıtlanamayacağını ileri sürerek kavramın göreceliliğine işaret eder². Ancak Kelsen, yine de adalet kavramına objektif bir anlam kazandırılacaksa, bunun, pozitif hukuk kurallarının uygulanması gereken bütün olaylara aynı şekilde uygulanması anlamında yasallıktan (legality) başka bir şey olamayacağını³; bir davranışın adilliyetinin, yasallığı ile aynı olduğunu söyleyerek adaleti, pozitif hukuk düzeniyle özdeşleştirir⁴. Dolayısıyla Kelsen açısından pozitif hukuk dışında adalet, göreceli yargıları ifade eder⁵.

Ahlaki göreceliliğin (rölativizmin) ürettiği tartışmalar yanında, servet ve gelirlerin bölüşümüne dönük siyaset ve siyaset felsefesinin ortaya çıkardığı tartışmalar, adalet değerinin etrafında dönen bir ihtilaflar yörüngesi oluşturmıştır.

Liberal ekonominin (kapitalizmin) egemen olmasıyla birlikte adalet değerine ilişkin olarak siyaset ve hukuk felsefesinin ilgisi daha çok dağıtıcı ve sosyal adalete (servet ve gelirin bölüşümüne) yönelmiştir. Bu bağlamda adalet tartışmaları, dağıtıcı ve sosyal adalete taraf olanlar ile olmayanlar arasında geçmektedir. Örneğin Rawls⁶ ve Miller⁷ dağıtımcılığa dayalı bir sosyal adalet kavramını temellendirerek savunmaya çalışırken, Amartya Sen⁸ de kapasite geliştirilmesine dayalı sosyal adaleti savunmaktadır. Nozick⁹ ve Hayek¹⁰ gibi liberaller dağıtımcılığı ve dolayısıyla sosyal adaleti eleştirerek reddederler. Akademik olarak hukukun diğer alanlarında adalet değerinin teorik tartışması çok fazla ilgi çekmemektedir. Genelde hukuk disiplinleri, kendi alanlarında yeri geldikçe belirli bağlamlarda adalete vurgu yapmaktadırlar. Bu durum, medeni hukuk (civil law) ve ceza hukuku gibi hukukun en eski alanlarında adalet değerinin, kurumlar ve kurallar bağlamında görece istikrar kazanmasından kaynaklanmaktadır. Ancak yine de bu alanlarda, ülkeler bazında farklılıkların ortadan kalkmadığı bir gerçektir. Özellikle Batı hukuk sistemleri kapsamındaki ülkelerin pozitif hukuk kurum ve kuralları arasında adalete ilişkin farkların oldukça azaldığını söyleyebiliriz. Küreselleşmeyle birlikte, dünya ülkelerinde hukuk sistemleri arasındaki yakınlaşmanın, uygulama bazında olmasa da, yasal ve sistemik düzeyde gittikçe arttığını söyleyebiliriz. Ancak küreselleşme ne yazık ki çoğulcu bir etkileşim anlayışıyla değil de daha çok Batı hukuk sistemlerinin etkisi altında cereyan etmektedir. Özellikle “insanın yaratılmış doğası” tasavvuruna dayanan doğal hukuk anlayışları, daha çok demokratik iradeyle belirlenen hukuk anlayışı lehine azalmaktadır. Bu, klasik doğal hukukun, bir anlamda demokrasiyle belirlenen haklar kavrayışına dönüşmesi anlamına gelmektedir¹¹.

Gerek bölüşüm ahlakı ve gerekse diğer alanlarda ne kadar içerik (substantive) açısından güçlü bir adalet anlayışını kavramlaştırmaya çalışırsak, o kadar üzerinde anlaşılması daha zor bir adalet kavramı inşa etmiş oluruz. Başka bir anlatımla idealize edilmiş bir adalet kavramı doğal olarak daha

¹ KELSEN, Hans: “The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence”, Harvard Law Review, 55(1), 1941, s.45 vd; GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 15.Baskı, Ekin Yayını, Bursa 2018, s.420; bkz. CULLISON, Allan D., “Morality and the Foundations of Legal Positivism”, Valparaiso University Law Review, 20(1),1985, s.62-63; CURZON, L. B: Jurisprudence, 2nd Edition,Cavendish Publishing, London-Sydney 1995, s.83.

² KELSEN, Hans: General Theory of Law and State (General Theory), (Translated by Andres Wedberg), Third Printing, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1949, s.6 vd.

³ KELSEN, General Theory, s.14.

⁴ KELSEN, General Theory, s.14.

⁵ KELSEN, General Theory, s.6-14.

⁶ RAWLS, John: A Theory of Justice, Revised Edition, Sixth Printing, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2003, s.228 vd, 242 vd.

⁷ MILLER, David: Social Justice, Clarendon Press, Oxford 1976, (Part I).

⁸ SEN, Amartya: The Idea of Justice, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2011, s.231 vd.

⁹ NOZICK, Robert: Anarchy, State and Utopia, Oxford 1974, s.149-182; bkz. GÜRLER, Sercan: Ahlak ve Adalet: Çağdaş Ahlak Felsefesi ve Adalet Sorunu, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007, s.97.

¹⁰ HAYEK, Friedrich August von: Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük Cilt.II (Sosyal Adalet Serabı), (Çev. Mustafa Erdoğan), 1.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1995 (tümüne).

¹¹ Bu değişim doğal hukukun kendi içerisinde bir değişim olarak da okunmaktadır. Söz konusu değişim, “teleolojik doğal hukukun”, sübjektif hakkı esas alan “kökensel insan doğasına” dayalı doğal hukuk anlayışına doğru gerçekleştiği analiz edilmektedir. (Bkz. USLU, Cennet: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, Liberte Yayını, Ankara 2009, s.48-149,93 vd,117 vd.)

fazla tartışmayı beraberinde getirir. Çünkü değerler, ulaşılmaları gereken hedefler olarak, siyaset ve hukuk felsefesinin tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Ancak, adalet değerinin tartışmalı bir sahayı bünyesinde barındırması, bu değerın hukuk biliminden (jurisprudence) dışlanmasının gerekçesini oluşturamaz. Bütün değerler gibi adalet değerinin de tartışmalı bir niteliğe sahip olması, hukuk alanında nihilist bir ahlak felsefesinin oluşturulmasına bahane olamaz. Değerlere sırtını dönmüş bir hukuk bilimi, pozitif hukuk kurallarının doğruluk ölçütü konusunda sadece güç ve zorlamayı kendisine esas alması kaçınılmaz olacaktır.

Adalet kavramına ilişkin idealize edilmiş teorilerin devam etmesi, adalet kavramının giderek daha zengin bir içerik almasını sağlar. Ancak önemli bazı adalet ilkelerinin yer aldığı asgari bir adalet kavramını oluşturmak, pozitif hukukun sahip olması gereken asgari bazı biçimsel ve maddi özellikler bakımından önem arz etmektedir. Bundan dolayı bazı pozitivistlerin rölativist anlayışlarının aksine, adalet değerine ilişkin herkesin üzerinde öyle veya böyle uzlaşabileceği bir ilkeler demetinin mümkün olabileceğini düşünüyoruz. Bu ilkeleri demetinin oluşturacağı çekirdek alanı, “asgari adalet kavramı” (minimal conception of justice) olarak nitelendiriyoruz. Hukuk devleti idealine yaklaşma, haklar ve yükümlükleri belirleme ve hukuk düzeninin etkililiğini sağlama açısından “asgari adalet kavramı” alanın felsefi ve hukuksal açıdan tartışılmasının önemli olduğu kanaatini taşımaktayız. Bazı ilkelerle içeriğini inşa edeceğimiz asgari adalet kavramı, siyasi görüşlerden etkilenmeyen veya asgari düzeyde etkilenen bir çekirdek alan niteliğindedir. Bu sert çekirdek alan, uzun bir zaman dilimi sürecince gelişerek billurlaşmış (kristalleşmiş) ahlaki bir alanı oluşturur.

II. YÖNTEM

Adalet değerine asgari bir kavram kazandırılması konusunda, Hart’ın hukuki belirsizlik konusunda yaptığı çözümlemeyi (analizi) bir yöntem olarak esas alabiliriz. Hart, herhangi bir kuralın bir belirsizlik alanı ve bir de belirlilik alanı bulunduğunu söyler. Kuralın belirlilik alanı, kuralın kapsamına tartışmasız olarak giren durumlar ile söz konusu kapsama tartışmasız olarak girmeyen durumlardan oluşur. Hart’ın alışılmış örneği, “parka araçla girmek yasaktır” kuralıdır¹². Bu kuralın kapsamına kesin olarak giren ve girmeyen olgu ve durumlar vardır. Bunlar kuralın belirli alanıdır. Kamyonet veya otomobil kuralın kapsamına kesin olarak dahil olan bir durumdur; sandviç veya bir demet çiçek de kuralın kapsamına kesin olarak girmeyen durumlardır. Bir de kuralın belirsizlik alanı (penumbra) bulunur. Bebek arabası veya bir kaykayın söz konusu kuralın kapsamına girip girmeyeceği ise tartışmalı bir durum olarak kuralın belirsizlik alanını oluşturur¹³. Asgari adalet kavramını oluştururken Hart’ın bu analizinden faydalanabiliriz. Adalet değerinin, bazı standart ve ilkelerinin olması reddedilemeyecek bir olgudur. Örneğin, “suç ile ceza arasında bir orantının bulunması”, “hukuk kurallarının herkese eşit bir biçimde uygulanması” gibi ilkeler herkes tarafından kabul edilen ilkelerdir. Doğal olarak bütün ilkeler gibi, adalet ilkeleri de her zaman soyuttur; adalet kavramı, ilkelerin uygulanacağı koşulları somut olarak belirlemez. Örneğin suç ile ceza arasında nasıl bir orantının olması gerektiğinin mutlak bir standardından kolayca söz edemeyiz. Bir ülkenin suç ve ceza politikası, bu oranın belirlenmesinde etkili olur. Ancak sağduyu ve diğer karşılaştırmalı analizler, suç ile ceza arasındaki orantının aşırı şekilde dengesiz bir boyutta olmasının adil olmayacağını telkin eder.

Hart’ın “doğal hukukun asgari içeriği¹⁴” tanımlaması da, asgari adalet kavramlaştırmasında bize yöntem olarak ilham verebilir. Hart, hukuki pozitivistizmin ayrılabilirlik tezine bağlı olmasına karşın, hukuk ve ahlakın, toplumsal hayatı sürdürmenin asgari gereklerini karşılaması için belirli bir içeriğe sahip olması gerektiğini savunmuştur¹⁵. Bu bağlamda Hart bir sosyal organizasyonun, “şiddetin sınırlandırılması¹⁶”, “karşılıklı kaçınma ve uzlaşma¹⁷”, “saldırganlık ve bencilliğin sınırlandırılması¹⁸”, “mülkiyet kurumunun asgari bir biçimi¹⁹” ve “kurallara itaati garanti edecek zora dayalı yaptırım düzeni²⁰” kurallarını içermesi gerektiğini savunmuştur²¹. Yukarıda görüldüğü gibi Hart, doğal hukukun

¹² HART, H.L.A.: *The Concept of Law*, Second Edition, (With a Postscript Ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Press-Oxford 1994, s.126- 128.

¹³ HART, s.128-136; ŞAHİN CEYLAN, Şule: *H.L.A Hart’ın Hukuk Kavramı*, 1.Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2014, s.143 vd.

¹⁴ HART, s.193.

¹⁵ HART, s.193; bkz. ŞAHİN CEYLAN, s.202; CURZON, s.93.

¹⁶ HART, s.194.

¹⁷ HART, s.195.

¹⁸ HART, s.196; bkz. ŞAHİN CEYLAN, s.205.

¹⁹ HART, s.196.

²⁰ HART, s.197 vd.

²¹ Hart’ın doğal hukukun asgari içeriğine ilişkin kuralları konusunda ayrıca bkz. ŞAHİN CEYLAN, s.204-208; BAYLES, Michael D.: *Hart’s Legal Philosophy*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands 1992, s.117-119; DRURY,

asgari içeriğine ilişkin bir kavramlaştırmaya gitmiştir. Böyle bir kavramlaştırmayı adalet ideali açısından da gerekli görüyoruz.

Adaletin asgari ilkelerini kavramlaştırmada bize ilham verecek bir diğer düşünce de Fuller'ın hukukun içsel ahlakına ilişkin tahlilidir. Fuller, hukuka özgü ahlakı, “ödev ahlakı” ve “arzu edilen (ideal) ahlak” şeklinde bir skalaya benzetir²². Skalanın belirli bir noktasının altında ödev ahlakı bulunur. Ödev ahlakı yerine getirilmediği zaman bir kınama söz konusudur; ancak ödev ahlakına uymak, bir övgüyü hak etmez. Arzu edilen (ideal) ahlak ise, ödev ahlakının sona erdiği skalanın belirli bir noktasından yukarıya doğru yükselir. Arzu edilen (ideal) ahlaka uymamak bir yazıklanma duygusunu oluştursa da, bir kınamayı gerektirmez²³. Adalet, bir değer olarak güçlü bir içeriğe sahip olmayı hak eden hukuksal bir erdemdir. Ancak adalet değerinin somutlaştırılan ilkeleri de, Fuller'ın içsel ahlakında olduğu gibi, aşağıdan yukarıya yükselen bir skalaya benzerler. Skalanın belirli bir noktasına kadar pozitif hukuk düzenlerine yansımaları zorunlu olan ve asla vazgeçilemez ilkeler bulunur. Bunlar, sadece iyi bir hukuk düzeninin oluşturulmasında uyulması gereken ilkeler değil, aynı zamanda bir hukuk düzeninin varlık-yokluk göstergeleri olmalıdır. Pozitif hukuk kurallarının herkese eşit şekilde uygulanması gereğini buyuran anayasal bir ilke bu türdendir. Skalanın belirli bir noktasından sonraki ilkeler iyi bir hukuk düzeninin ilkeleridir. Hukuk düzeninin varlığını gösteren noktanın üzerine çıkmak arzu edilen bir değer olmalıdır. Ancak, skaladaki bu ayrıma ilişkin yaklaşımımız, ayrılabilirlik tezini asla ima etmemektedir. Çünkü, skalanın asgari bölümüyle hukukun varlığı arasında zorunlu bir ilişkinin olduğunu kabul ediyoruz.

Adalet değerinin asgari ilkelerini bir kavram dahilinde ortaya koyma faaliyeti, analitik felsefenin değil, spekülative felsefenin akli ve sezgisel yöntemine dayalı teorik bir çabadır. Ancak, ahlak, hukuk ve siyaset felsefesinde spekülative felsefeye başvurmanız kaçınılmazdır. Aksi takdirde, iyi ve adil siyasi kurumlar ve kurallar arayışımız mümkün olmaz. Ahlak, hukuk ve siyaset alanında bir taraftan analitik bir çaba gerekli olurken, diğer taraftan da ahlaki ve hukuki değerleri ortaya koymak için akıl ve sezgiye dayanan spekülative fikir egzersizine ihtiyacımız vardır. Önerdiğimiz asgari adalet ilkeleri hiçbir şekilde mutlak ve sabit bir kavramlaştırmayı zorunlu kılmayacaktır. Tartışmaya açık sürekli zenginleştirebileceğimiz bir nitelikte olacaktır. Schmidt, adaletin unsurlarını ortaya koyarken, bu unsurların yer aldığı yapıyı, sürekli yenilerinin eklenmesine müsaade eden periyodik cetvele benzetir²⁴. Bu analogi işimize yarayabilir. Biz de Schmidt'in bu analogisinden yararlanarak asgari adalet kavramını periyodik cetvele benzetebiliriz. Nasıl yeni elementler cetvele işlendiğinde cetvelin formu değişmiyorsa, asgari adalet kavramını oluşturan ilkelere yenileri eklendiğinde veya bazıları değiştirildiğinde de adalet değeri form olarak değişmeyecektir²⁵. Ancak, asgari adalet kavramlaştırmasının görece daha yaygın kabul görebilmesi için, sınırlanmaya tabi tutulması gerekir. Kavram ne kadar çok şişkinleştirilirse, üzerindeki tartışmaların yoğunluğu o derece artar. Bu da adalet değerini sulandırmaya çalışan nihilistlerin veya rölativistlerin işini kolaylaştıracaktır.

III. BİR ASGARİ ADALET KAVRAMININ ÖNEMİ

Hukuk ve ahlak felsefesinin ilgi odağı olan adalet değeri ile ilgili olarak asgari bir kavram alanı belirlemeye çalışmanın naifliğine rağmen, yine de bilinçli olarak ihlal edemeyeceğimiz; ihlal ettiğimizde de büyük bir kötülük işlediğimiz bilincini oluşturmak ve yaygınlaştırmak için bir asgari adalet kavramı oluşturmanın önemli olduğunu düşünüyoruz.

Her şeyden önce, adalet değeri için kolayca ihlal edilemez bir alan belirlemeye çalışmak hukuk düşüncesinin zenginleştirilmesi bağlamında önemli bir felsefi ve zihinsel çabadır. Analitik olmayan bu tür hukuk hikmetine dönük çalışmaların daha da çoğalması gerekir. Bu tür spekülative arayışlar sonucu oluşan öğretilerin çokluğu, bunların kendi aralarında rekabet etme şansını doğuracaktır. Bu da hukuk ve felsefe disiplinleri açısından düşünsel bir zenginlik olacaktır.

Ahlaki bir değer olarak adalete asgari bir kavram alanı belirlemeye çalışmak, bazı önemli ve vazgeçilemez ilkelerin billurlaşmasını sağlayacaktır. Bazı ilkelerin billurluğu konusunda oluşan bilinç,

S. B., “H.L.A. Hart's Minimum Content Theory of Natural Law”, *Political Theory*, Sage Publications, 9(4), 1981, s.541-544 ; CURZON, s.93.

²² FULLER, Lon L.: *The Morality of Law*, Revised Edition, Yale University Press, New Haven and London 1969, s.42; Fuller, “genellik, ilan edilme (yayımlanma), geriye yürümezlik, açıklık (belirlilik), çelişmezlik, imkânsız istememe, süreklilik (istikrar) ve resmî eylemler ile ilan edilen kuralların örtüşmesi” biçimindeki ilkeleri hukukun içsel ahlakı olarak tarif eder. (FULLER, s.46-91; ayrıca bkz. AKTAŞ, Sururi: *Prosedürel Doğal Hukuk: Fuller'in Hukuk Kavramı*, 1.Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2011, s.5 vd).

²³ FULLER, s.42; bkz. SUMMERS, Robert S.: “Professor Fuller on Morality of Law”, *Journal of Legal Education*, 18(1), 1965, s.5 vd.

²⁴ SCHMIDTZ, David: *Adaletin Unsurları*, (Çev. Hayrettin Özler), 1.Baskı, Liberte Yayınları, Ankara 2010, s.49.

²⁵ SCHMIDTZ, s.49.

bunların ihlalini zorlaştıracaktır. Hukuk eğitimi olmayan vatandaşlar dahi böyle ilkelerin varlığı konusunda bilinçlenecek ve hukuk uygulamalarını bu ilkeler açısından gayri-resmi olarak denetleyeceklerdir.

Asgari adalet kavramlaştırmasını oluşturacak billur ilkeler, bir taraftan yasa koyuculara, diğer taraftan da uygulayıcılara yol gösterecektir. Yasa koyucular kolay kolay bu kristalleşmiş alanı açıkça ihlal edecek yasa yapma girişiminden kaçınacaklardır. Söz konusu ilkeler anayasa koyucu bakımından temel norm statüsünü haiz olabilir. Kelsen'in temel norm faraziyesini, faraziye olmaktan çıkarıp somuta dönüştürme faaliyetinde, asgari adalet ilkelerinin oluşturacağı kavramsal bütünlük, bir tercih seçeneği olarak üzerinde çalışmayı hak edecek bir konudur. Burada Kelsen'in temel norm anlayışı gibi tek bir temel norm da kabul etmek zorunda değiliz. Bu açıdan asgari adalet ilkeleri, hukuk düzeninin temel normlardan bazılarını oluşturabilir.

Pozitif hukuk kurallarını uygulayanlar bakımından asgari adalet kavramlaştırmasının oynayacağı rol daha önemlidir. Pozitif hukuk kurallarının belirsiz olduğu durumlarda asgari adalet ilkeleri açısından yorumlanması gerekecektir. Dolayısıyla, yasaların belirsiz olduğu durumlarda, asgari adalet ilkeleri böyle yasaların nasıl yorumlanması gerektiği hususunda uygulayıcılara kılavuzluk edecektir. Billurlaşmış adalet ilkeleri doğrultusunda yapılacak hukuki yorumlar, sağduyuyu temsil eden vicdani hisleri tatmin edecektir. En azından hukuki belirsizliğin olduğu davalarda, bu tür ilkelere aykırı yorumların meşruiyeti tartışmalı hale gelecektir. Bu bağlamda billurlarmış asgari adalet ilkeleri normatif bir yorum işlevi görecektir. Bu yaklaşım, Dworkin'in kurallar yanında diğer bir standart türü olarak gördüğü ilkelerin (principles) zor davalarda (hard cases) oynadığı rol²⁶ gibi bir işlevi yerine getirecektir. Aynı zamanda Dworkin'in tutarlılık (coherence) tezi gereğince pozitif hukuk kuralları, ilkelerle tutarlı bir yapı oluşturacak şekilde yorumlanması gerekir²⁷. Hatta Dworkin'e göre yargı kararlarının, adalet şeması için temel olan prensiplerle uygun olması için bazı hallerde hakim, "geçmiş kararların dar çizgisinden" ayrılabilir²⁸. Hâkimin hukuk yaratması gereken kanun boşluğu (lacuna) durumlarında da söz konusu ilkeler ilham verici olacaktır. Hâkimin yaratma faaliyeti billurlaşmış adalet ilkeleri ışığında daha meşru ve haklılaştırılabilecek bir zemine oturacaktır. Aynı şeyler, takdir yetkisinin kullanılması açısından da söz konusudur.

Dolayısıyla asgari adalet ilkeleri, hukuku yorumlama, hukuk yaratma ve takdir yetkisinin kullanılmasında pozitif hukuk dışında ilham verici bir kavram olarak Weber'in kavramsallaştırdığı maddi rasyonaliteyi de sağlayacaktır²⁹. Weber her ne kadar biçimsel rasyonaliteyi yüceltmiş olsa da³⁰, yorum, hukuk yaratma ve takdir yetkisi gibi faaliyetler bakımından maddi rasyonaliteye ihtiyacımızın olduğu aşikâr gibi görünmektedir. Maddi rasyonalite, pozitif kurallarının dışında, bunların yorumu veya boşluk durumunda yargısal kararlarımızı dayandıracağımız zaman, bir ölçüde belirlilik sağlayabilen doğal hukuk ve evrensel ahlaki öğretiler gibi inançlar ve düşünceler bütünü az çok öngörebilmeyi ifade eder. Biçimsel öngörülebilirlik gibi bir rasyonaliteyi garanti edemezse de, biçimsel rasyonalitenin yokluğunda kararlarımıza yol gösterebilir. Yorum, hukuk yaratma ve takdir yetkisinin en azından hangi maddi ilkelere aykırı olamayacağı hususunda bize kılavuzluk edecek maddi rasyonalitenin gerekliliği aşikârdır. Maddi rasyonalite, aynı zamanda, biçimsel öngörülebilirliğin yanında, yasa koyucuya rehberlik ederek maddi öngörülebilirliği de sağlayacaktır³¹. Yasa koyucunun hangi eylemleri hukuk haline getirebileceğini veya en azından getiremeyeceğini, asgari adalet kavramını oluşturan ilkeler yoluyla kestirebilme imkânımız olacaktır.

²⁶ DWORKIN, Ronald: Hakları Ciddiye Almak, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ) 1.Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2007, s.114-118,150-154.

²⁷ Bkz SCHIAVELLO, Aldo: "On 'Coherence' and 'Law': An Analysis of Different Models", Ratio Juris, 14(2), 2001, s.241; METİN, Sevtap: "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXI (1-2), 2003, s.53-54,58-59.

²⁸ DWORKIN, Ronald: Law's Empire (Law's Empire), Harvard University Press, 1986, s.219.

²⁹ Weber'in maddi ve biçimsel rasyonalite türleri için bkz. DEFLEM, Mathieu: Sociology of Law, (Vision of Scholarly Tradition), Cambridge University Press, 2008, s.45 vd; KALBERG, Stefan: "Max Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History" The American Journal of Sociology, 85(5), 1980, s.1155-1159.

³⁰ Bkz. WEBER, Max: Hukuk Sosyolojisi, (Çev. Latif Boyacı), 1.Baskı, Yarın Yayınları, İstanbul 2019, s.277-284; DEFLEM, s.46.

³¹ Bkz. KÖKÜSARI, İsmail: Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s.140 vd.

IV. ASGARİ ADALET KAVRAMI ÖNERİSİNİN NİTELİĞİ: UCU AÇIK BİR GİRİŞİM OLMASI

Adalet değerinin ilkeleri, tüketici olarak sayılamaz. Somut durumlarla karşılaştıkça daha genel ilkelerin bu durumlarda daha somut bir hal aldığını görürüz. Somut durumların tüketilemez çokluğu, adalet düşüncesinin (ideasının) belirli ilkeler etrafında sınırlanamazlığına işaret eder. Adalet ilkeleri, genelden özele doğru ilerleyen; özele doğru ilerledikçe daha somut bir hal alan bir karaktere sahiptirler. Genelden özele doğru ilerledikçe, ilkeler, somutlaşmaya paralel olarak tartışmaya daha açık hale gelir. Daha da somutlaşan ilkeler, artık kurallar şekline bürünmeye başlar. Ancak öyle somut durumlar olur ki, bu durumları belirli bir kurala bağlamak, artık akıl yürütmeyle (practical reasoning) mümkün hale gelmez. Trafikte seyrin sağdan mı yoksa soldan mı olması gerektiği meselesi böyledir. Bu noktada hukuk politikasının seçimleriyle karşı karşıya kalırız. Yani, hangi kuralın seçileceği artık bir akıl meselesi değil; bir irade meselesi olur. Ancak bu keyfilik anlamına gelmez. En azından tercih edilecek kuralların, genel ilkelere aykırı olmamasına ilişkin negatif bir testi geçmiş olmaları gerekir. Örneğin gelir vergisinin, %18 mi yoksa %20 mi olacağı siyasi bir tercihtir. Ancak vergilendirmeden hangi grupların muaf tutulacağı eşitlik ve orantılılık meselesini ilgilendirdiği için adaletin temel ilkelerine aykırı olamaz.

Önereceğimiz adalet ilkeleri, doğal olarak mükemmeliyet iddiası taşımayıp, geliştirilebilir ve eleştirel niteliktedir. Dolayısıyla aşağıda sunacağımız ilkeler demeti, sınırlandırıcı (tahdidi) değil, örneklendirici ve ucu açık bir öneri demetini oluşturur. Önerilen söz konusu ilkeler tartışılabilir, artırılıp eksiltilebilirler.

Asgari adalet ilkelerini hukukun evrensel ilkeleri veya doğal hukukun asgari ilkeleri olarak da takdim edebiliriz. Adalet düşüncesine somut içerik kazandırmaya dönük formülasyonlar, tamamen olmasa da büyük ölçüde doğal hukuku somutlaştıran kurallarla örtüşür.

Önereceğimiz asgari adalet ilkelerinin her biri başka bir makalenin konusunu oluşturabilecek nitelikte oldukları için, burada sadece ilkelerle ilgili önemli noktalar vurgulanmaya çalışılacaktır.

Asgari adalet ilkelerini şekli ve maddi ilkeler şeklinde ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

V. ASGARİ ADALET KAVRAMINI OLUŞTURAN İLKELER

A. Şekli (Biçimsel) İlkeler

1. Yasa Önünde Eşitlik (Aritmetik Eşitlik)

Eşitlik, en önemli adalet ve hukuk ilkesi olmasına karşın tartışmalardan bağımsız değildir. İnsanların hangi açılardan eşit olması veya hangi eşitsizliklerin giderilmesi gerektiği, siyaset ve hukuk felsefesinin sönmeyen tartışma alanlarında biridir. İnsanlar “ekonomik açıdan da eşit olmalı mı veya doğal yeteneklerimiz konusundaki eşitsizlik giderilmeli mi ya da bu doğal eşitsizlikler ne ölçüde giderilmelidir” biçimindeki soruların cevaplarında anlaşma sağlanamamıştır. Bu sorulara vereceğimiz cevaplar, büyük ölçüde benimsediğimiz siyaset felsefesine göre değişiklik arz eder. Ancak eşitliğin çok fazla tartışılmayan asgari bir standardı vardır. Bu da, “yasa önünde eşitlik” ilkesidir. Bu eşitlik açısından insan olan herkesin, rengine, cinsiyetine, kökenine, benimsediği düşünce ve kanaatlerine bakılmaksızın eşit kabul edilmesidir. Başka bir anlatımla yasa önünde eşitlik, insanın cinsiyet gibi doğal özelliklerine bakılmaksızın veya sonradan edindiği bir takım düşünce veya kanaatleri dikkate alınmaksızın hukuk önünde hak özneleri olarak telakki edilmeleridir. Bu anlamdaki eşitlikten sapma, ancak pozitif ayrımcılık yönünde olursa haklılaştırılmaktadır. Örneğin engellilerin durumunun iyileştirilmesi için pozitif ayrımcılık uygulamalarının anayasal veya yasal teminat altına alınması, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaştırılmaktadır. Anayasanın 10. maddesi bu bağlamda hem yasa önünde eşitlik hem de pozitif ayrımcılığı aynı maddede telif etmiştir. Yasa önünde eşitlik anlayışı, aritmetik eşitlik ilkesine dayandığı için yasaların içeriğinin, kişilerin diğer özelliklerine bakılmaksızın herkese insan olması dolayısıyla eşit muamele edilmesi gerektiği düşüncesine dayanır.

Bazıları için yasa önünde eşitlik yeterli iken; bazıları için yeterli değildir. Sosyal adalet için, eşitsizlikler arasındaki uçurumların azaltılması gerekir. Bazıları için ise, doğal eşitsizliklerin yarattığı sonuç durumların da bir ölçüde düzeltilmesi gerekir. Bu tartışmalar sonu gelmez bir fikir mücadelesi silsilesini doğurur. Dolayısıyla yasa önünde eşitlik ilkesi daha tartışmasız bir düşünceyi temsil etmektedir. Yasa önünde eşitlik ilkesi, asgari bir ahlaki gerekliliği ifade ettiği için küçümsenmemelidir. Bu ilkeyi uygulamayan veya yeterince önemsemeyen birçok “çağdaş³²” ülke söz konusudur.

Diğer yandan yasa önünde eşitliği yasal bazda kabul etmek başka bir şey, tatbikata yansıtılmak başka bir şeydir. Dolayısıyla hukuk kuralları bazında bu ilkeyi kabul etmek yetmez. Karar vericilerin

³² Buradaki “çağdaş” betimlemesi, “hali hazırda veya şimdiki zamanda bulunan” anlamında kullanılmıştır.

bu ilkeyi samimi bir şekilde uygulamaları gerekir. Ayrıca, diğer adalet ilkeleri için söz konusu olduğu gibi bu ilkenin de uygulamasını güvence altına alabilecek yargısal kurumlara ihtiyaç bulunmaktadır.

Bazılarımız açısından bu tür bir eşitlik anlayışı tatminkâr bulunmayabilir. Ancak en azından adalet değerinin asgari içeriğinin bir unsuru olarak rölativizme karşı belirliliğe hizmet edecektir. Bu ilkeyi hakkıyla uygulayan siyasal rejimler bile bu nedenden dolayı övülmeyi hak ettikleri kabul edilen bir durumdur.

2. Hukuk Kurallarının Herkese Eşit Uygulanması

Herkesin üzerinde kolayca ittifak edeceği biçimsel adalet ilkelerinden birisi, yasaların herkese eşit olarak uygulanması zorunluluğudur. Bu zorunluluk, benzer ihtilaflara kuralların aynı şekilde uygulanmasını ifade eder³³. Kelsen, genelde adalet idesini göreceli olduğu gerekçesiyle hukuk kavramının dışında tutmasına karşın, yasaların benzer olaylara aynı şekilde uygulanmasının bir adalet ilkesi olarak pozitif hukuk düzeniyle uyuşabileceğini söyler³⁴. Aslında bu ilke yasa önünde eşitlik kuralının bir uzantısıdır. Yasa önünde eşitliğin hukuki ihtilaflar konusundaki işlevi, benzer ihtilafların görece bir zaman diliminde aynı şekilde çözüme kavuşturulması gereğine hizmet eder. Yasaların herkese eşit uygulanması zorunluluğu, hukukun bütünsel bir niteliğe sahip olmasının bir gereğidir. Dworkin’de bütünlük, hukuk kurallarının önceki kararlarla ahenkli olmasını ifade eder³⁵. Kuralların benzer vakıalara uygulanması belirli bir istikrar çizgisini gerektirir.³⁶ Elbette kuralların ilânihaye aynı şekilde uygulanmasını mutlak anlamda savunamayız. Değişen sosyo-ekonomik ve teknik koşullar, kuralların yorumunda tedrici ve yumuşak bir değişikliği gerektirebilir. Ancak keyfi olarak ve istikrarı bozacak şekilde benzer davalara farklı hukuki yorumlar uygulanıyorsa, bu durum adaletin asgari gereğinin açık bir ihlali olmaktan başka bir şey değildir.

3. Ahde Vefa İlkesi: Sözleşmelere Bağlılığın Garanti Edilmesi

Kişilerin verdikleri sözleri yerine getirme yükümlülükleri temel ahlaki bir görevdir. Kuran-ı Kerim’de Maide Suresinde, “*Ey iman edenler! Akitlerinizi yerine getiriniz*”³⁷ şeklindeki Ayet-i Kerime, sözleşmelere uyulmasını emretmektedir. Yine Bakara Suresi 177. ayet ise, “*.....Asıl iyilik.....antlaşma yaptıklarında sözlerini yerine getirenlerin tutum ve davranışlarıdır*”³⁸ şeklindeki bir hükümle, verilen sözlerin yerine getirilmesi bir “iyilik” ve dolayısıyla ahlaki bir değer olarak emredilmiştir. Adil bir hukuk sistemi bir yana, bir hukuk sisteminin varlığından bahsedebilmemiz için diğer gereklilikler yanında bu hukuk sisteminde serbestçe akt edilen sözleşmelerin yerine getirilmesinin devletçe etkili bir şekilde sağlanması temel bir zorunluluktur. Sözleşmelerin uygulanmasını garanti edemeyen bir siyasi rejimi, adil bir hukuk sistemi ve hatta bir hukuk sistemi olarak kabul etmek söz konusu olamaz. Hart, “doğal hukukun asgari içeriği” tanımlamasında³⁹, bir sosyal organizasyonun yaşayabilmesinin⁴⁰ şartlarından biri olarak kişilere, mülkiyet haklarına ve sözleşmelere (promises) saygı duyulmasını gerektiren kurallara itaati garanti edecek bir yaptırım düzeninin varlığını doğal hukukun asgari bileşeni olarak açıklamıştır⁴¹. İnsanların çoğu kısa vadeli yararlarını bir tarafa bırakarak bu kurallara itaat edebilir⁴². Ancak Hart’ın dediği gibi, insanların “*sınırlı anlayış ve irade gücüne*” sahip olmalarından dolayı bazı insanlar bu kurallara uymayabilir ve bundan dolayı bu tür kuralların uygulanmasını sağlayacak zorlayıcı bir sisteme ihtiyaç vardır⁴³.

³³ Bkz. UYGUR, Gülriz: “Adalet ve Hukuk Devleti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 53(3), 2004, s.31.

³⁴ KELSEN, General Theory, s.14.

³⁵ DWORKIN, Law’s Empire, s.176-177,225 vd; TURHAN, Mehmet: “Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin’e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu”, in Ökçesiz, Hayrettin/Uygur, Gülriz/Üye, Saim (ed), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 26.Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s.452; METİN, s.58-59.

³⁶ Bkz. GÖZLER, s.314-315.

³⁷ Kur’an-ı Kerim, Maide Suresi, 5/1, Diyanet İşleri Başkanlığı Meali, <https://kuran.diyanet.gov.tr/mushaf/kuran-tefsir-1/maide-suresi-5/ayet-1/diyanet-isleri-baskanligi-meali-1> (Erişim Tarihi:08.03.2020).

³⁸ Kur’an-ı Kerim, Bakara Suresi, 2/177, Diyanet İşleri Başkanlığı Meali, <https://kuran.diyanet.gov.tr/mushaf/kuran-tefsir-1/bakara-suresi-2/ayet-177/diyanet-isleri-baskanligi-meali-1> (Erişim Tarihi:08.03.2020).

³⁹ HART, s.193.

⁴⁰ HART, s.193.

⁴¹ HART, s.197 vd.

⁴² HART, s.197; bkz. ŞAHİN CEYLAN, s.206.

⁴³ HART, s.197; bkz. ŞAHİN CEYLAN, s.206-208.

Ahde vefa ilkesi, ahlaki bir değer olarak⁴⁴ insanların hem hukuk alanında ve hem de hukuk dışında eylemlerine yol gösteren bir niteliğe sahiptir⁴⁵. Hukukun genel ilkelerinden de sayılan bu ilke⁴⁶ adalet değerinin en önemli bileşenidir. Bundan dolayı asgari adalet gereği, sözleşmelere itaatın sağlanması hem ahlaki ve hem de hukuki bir zorunluluktur. Çünkü kişiler sözleşme yaparak karşı tarafın mal varlığını ve bazı kişisel durumlarını etkileme imkânına sahiptir. Sözleşmeye güvenen tarafın kendi edimini yerine getirmesi dolayısıyla katlandığı külfetlerin karşılığını alması gerekir. Sözleşmeye uymayan taraf, diğer tarafın bu vesileyle uğradığı maddi veya manevi zararı karşılama ahlakın ve dolayısıyla düzeltici/denkleştirici adaletin bir gereğidir.

4. Sorumluluğun İrade Özgürlüğüne Bağlanması

Sorumluluğumuzun bir kısmı kendi karar ve eylem alanlarımızla ilgilidir. Ancak bir kısmı kendi seçimlerimiz olmadan bir otorite tarafından bize yüklenen sorumluluklardır. Vergi ve nafaka gibi kamusal sorumluluklar bu türdendir. Bazı sorumluluklarımız da sözleşme ve haksız fiil gibi doğrudan kendi tercihlerimiz veya eylemlerimizle alakalıdır. Kendi tercih ve eylem alanlarımızla ilgili ahlaki ve hukuki sorumluluğumuz, özgürce karar alabilme yeteneğimize bağlıdır. Eylemlerimiz, kendi özgür karar alabilme yeteneğimizle ilişkilendirilemiyorsa, yani irademiz özgür değilse kararlarımız ve bir şekilde dışa yansımış eylemlerimizden sorumlu olmamalıyız⁴⁷. Özgür iradeyi dışlamaya çalışan radikal determinist görüşler elbette tartışılabilir. Bu bağlamda mutlak anlamda irade özgürlüğünden söz edilemez. Ancak, ortalama sağlıklı bir kişiden iradeyi etkileyen bazı belirleyicileri (determinantları) bertaraf etmesi beklenir. İnsanda bu yetenek, potansiyel olarak vardır. Kaldı ki “bağdaşabilirlik (compatibilism) tezini” savunan birçok yazar, determinizm ile sorumluluğun bir arada bulunabileceğini savunmuştur⁴⁸. Dinler ve kadim gelenekler de sorumluluğu irade özgürlüğüne bağlarlar.

Ancak insan kendi iradesi dışında, özgür karar verebilme yeteneğini geçici veya sürekli olarak kaybedebilir; yaptığı eylemler kendi özgür iradesi dışında gerçekleşebilir. Böyle durumlarda sorumluluktan söz edilemez. Bir hukuk düzeni, bireylerin kendi karar ve eylem alanlarıyla ilgili olarak sorumluluğu, irade özgürlüğüne dayandırılmalıdır. Karar ve eylemlerdeki sorumluluğu, irade özgürlüğüne dayandırmayan bir siyasi rejimin, asgari adalet ölçütünü yerine getirmediği için, meşruluk iddiası zayıflayacaktır.

B. Maddi İlkeler

1. Herkese Hakkının Verilmesi

Herkese hakkının verilmesi veya herkesin kendisine ait olanı alması (*sum ius cuique tribuere*) vecize haline dönüşmüş bir adalet tanımıdır⁴⁹. Tanım adalet arayışları için cazip olmasına karşın, “kim neyi hak etti” veya “neye göre veya hangi ölçüte göre hak etti” biçimindeki sorular karşısında oldukça içi boş kalmaktadır. Ancak yine de, bu formülün, eylemlerimize yol göstermesi bakımından herkesin öyle veya böyle kabul edebileceği bir somutlaştırması yapılabilir. Kim neye göre hak etti sorusunu, “önceden kabul edilip ilan edilen” pozitif hukuk kurallarına göre elde edilen kazanımlar cevaplayabilir. Ancak biraz daha idealistçe düşünerek, “evrensel olarak yaygın kabul görmüş” kurallara göre elde edilmiş kazanımlar, “herkesin hakkı” formülünü somutlaştıracağı söyleyebiliriz. Örneğin, iradeyi sakatlayan durumlar hariç sözleşme özgürlüğü çerçevesinde rızaya dayalı yapılan ticarettin elde edilenler, “herkesin hakkı” formülü için göz önünde bulundurulması gereken bir ölçüt olabilir.

Kanaatimizce “herkesin hakkı” tanımlaması için sadece belirli kurallar altında çaba sarf edilerek elde edilen haklar değil, aynı zamanda insanın bizzat insan olması hasebiyle doğuştan sahip olması zorunlu olan haklar da gereklidir. Doğal haklar öğretisini savunan bir doğal hukuk teorisyeni için, insanın bizzat insan olması hasebiyle doğuştan sahip olması zorunlu olan haklar perspektifi, “herkesin hakkı” formülü için elzem bir değerlendirme noktasıdır. En azından uluslararası belge ve sözleşmelere geçmiş ve yaygın olarak kabul edilen negatif ve siyasi haklar “herkesin hakkı” formülünü doldurmalıdır.

⁴⁴ GÖZLER, s.61.

⁴⁵ GÖZLER, s.61-62; Bkz. WELLMAN, Carl: The Moral Dimension of Human Rights, Oxford University Press 2011, s.199.

⁴⁶ HALL, Stephen: “The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism”, European Journal of International Law, (EJIL), 2(2), 2001, s.285.

⁴⁷ FLETCHER, George P.: “Punishment and Responsibility”, in Patterson, Dennis, (Ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Second Edition, Wiley-Blackwell, 2010, s.510-511.

⁴⁸ Klasik ve çağdaş bağdaşabilirlik tezleri için bkz. MCKENNA, Michael: “Compatibilism”, <https://plato.stanford.edu/entries/compatibilism/> (ErişimTarihi:05.02.2020).

⁴⁹ PLATO: The Republic, (Ed. by G. R. F. Ferrari; Translated: Tom Griffith), Sixth Printing, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s.128; DENIER, Yevonne: Efficiency, Justice and Care, Springer, Dordrecht, The Netherlands 2007, s.16; WOLTERSTORFF, Nicholas: Justice: Rights and Wrongs, Princeton University Press 2008, s.22.

2. Kamusal Görevlere Geliş Prosedürlerinin Liyakate Göre Belirlenmesi

Liyakat ahlak alanında eylemlerimize yol gösteren ölçütlerden biridir. Adalet değerinin gerçekleştirilmesi bağlamında liyakat (merit), mutlak değil, sınırlı bir kullanıma sahip olmalıdır. Serbest piyasayı esas alan liberaller, ahlaki alan dışında liyakatin, gelirin yeniden bölüştürülmesinin haklılaştırılmasına dayanak olarak kabul edilmesine karşıdırlar⁵⁰. Serbest piyasa ve sözleşme özgürlüğünün uygulanmadığı alanlarda liyakat ölçütü kullanılabilir⁵¹. Ancak sözleşme özgürlüğü ve serbest piyasa kurallarının işlediği durumlarda gelirin liyakate göre yeniden paylaşılmasının haklılaştırılması zordur. Örneğin, hazır giyimün yaygınlaşması neticesinde elbise fiyatlarındaki düşüş dolayısıyla insanların terzilere elbise diktirme (istisna akdi ile) taleplerinin son derece azalması, mesleğini layıkıyla yerine getiren terzilerin gelirlerini oldukça azalmakta ve liyakatlerine uygun bir gelir elde edememektedirler. Bu olguya dayanarak terzilerin liyakat ilkesine göre, toplam gelirden pay almaları için gelirin yeniden bölüştürülmesi savunulamaz.

Ancak, liyakat ahlaki bir ilke olarak tamamen vazgeçilemez⁵². Özellikle sözleşme özgürlüğünün ve serbest piyasa koşullarının uygulanmadığı bazı durumlarda, bu ahlaki ilkeye başvurulabilir. Bunlardan birincisi, kamusal görevlere gelme prosedürlerini belirlemeye dönük hukuk kurallarını yaparken liyakati esas alabiliriz. Ancak yasal prosedürler işletildikten sonra, ortaya çıkan sonuçları liyakat açısından yeniden dizayn edemeyiz. Örneğin matematik öğretmeni istihdam etmenin prosedürlerini yasayla belirlerken, liyakat olarak, eğitim fakültesi veya fen edebiyat fakültesi matematik bölümünü bitirme ve matematik öğretmenliği için yapılan genel sınavlarda belirli bir puan alma ve alınan puana göre sıralama bakımından açılan kadrolara girebilme şartlarını arayabiliriz. Ancak, adaylardan yapılan sınavı geçemediği için öğretmen olarak atanamayan, iyi matematik öğretmeni olmaya layık kişilerin olması ihtimal dâhilindedir. Sınav korkusundan (fobisinden) sınavı geçemeyen ehliyetli olduğu yaygın olarak bilinen, hatta özel dersler vererek meşhur olmuş kişileri yeniden liyakatlerine uygun olarak sınav dışı öğretmen yapabilir miyiz? Elbette ki bu sorunun yanıtı hayırdır. Çünkü bunu ahlaken arzu etsek bile büyük bir toplumda metodolojik olarak uygulanamaz. Sınavı *hasbel kader* geçememiş binlerce kişinin liyakatlerini yeniden saptamak sonu gelmez bir süreç olacaktır. Eski küçük kabile toplumlarında olsaydık, liyakatli matematik öğretmenlerini sınav yapmadan kusursuz olarak belirleyebilirdik.

Liyakati adaletin bir unsuru olarak kullanacağımız diğer bir durum, hukuki belirsizlik dolayısıyla yargıcın yorum yapması veya takdir yetkisini kullanması ihtimalleridir. Bu ihtimallerde de yargıç liyakati esas alabilir. Ancak burada da yine liyakati gösteren objektif kriterlerin olması gerekir. İdare hukukunda da, karar vermeye yetkili kişinin takdir yetkisine bırakılan durumlarda, liyakat bir ölçüt olarak esas alınabilir.

3. Mülkiyet Hakkının, Emek, Rıza ve Mirasa Dayandırılması

Bir siyasi toplumun hukuk sistemi, iktisadi verimlilik ve adalet açısından, emek, rıza (gönüllü mübadele) ve mirasa (tevarüse) dayanan bir mülkiyet tanımlamasına sahip olması gerekir. Nozick, üç adalet ilkesinden ikisini “asli (ilk) iktisap” ve “gönüllü mübadele” olarak görür⁵³. Emek, asli iktisabın kaynağı olabileceği gibi daha sonraki iktisapların (hizmet ve istisna akdi gibi) kaynağı da olabilir. Sürdürülebilir bir çevre anlayışı çerçevesinde, doğayı tahrip etmeden, ekolojik denge ve biyolojik çeşitlilikle uyumlu bir şekilde, emeğini doğayla birleştirerek bir değer ortaya çıkarma girişimine özel mülkiyetin kaynağı olarak saygı duyulmalıdır⁵⁴. Ancak hemcinslerinin hayatlarının idamesi ve sürdürülebilir bir çevre anlayışıyla uyumlu olmayan doğal müdahaleler sınırlandırılmalıdır. Dolayısıyla aslen iktisaba iki sınır getirebiliriz. Bunlardan birincisi, Locke’un özel mülkiyete getirdiği, mealen, diğerlerinin hayatlarını kötüleştiren (tehlikeye atan) sahiplenmelerin meşru görülmemesi⁵⁵; ikincisi sürdürülebilir çevre ve doğa kavramıyla uyumsuz kazanımların yasaklanmasıdır. Örneğin, bir toplumda tek bir su kaynağının bulunması halinde, bunun özel mülkiyete konu olması halinde,

⁵⁰ Bkz. HAYEK, F. A.: *The Constitution of Liberty*, Routledge, London, 1990, s.95-102; NOZICK, s.155-160; HENBERG, M.C.: “Nozick and Rawls on Historical Versus End-State Distribution”, *The Southwestern Journal of Philosophy*, 8(2), 1977, s.77-84; REES, J.C.: “Hayek on Liberty”, *Philosophy*, 38(146), 1963 s.359.

⁵¹ Bkz. AKTAŞ, Sururi: *Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi*, 2.Baskı, Liberte Yayını, Ankara 2018, s.256.

⁵² SCHMIDTZ, s.170.

⁵³ NOZICK, s.150 vd.

⁵⁴ Özel mülkiyetin kaynağı için bkz. LOCKE, John: *Second Treatise of Government*, Enhanced Media, Los Angeles 2016, Chapter V, Section 27, s.20-21.

⁵⁵ Locke’un biraz daha orijinal deyimiyile “.....özel mülkiyet sahiplenmelerinin, geride diğerlerinin ortak kullanımı için yeterli ve iyi bir şekilde birşeyler bırakırsa, hak olarak sahip olunabilir”. (LOCKE, Chapter V, Section 27, s.21 ve Chapter V, Section 33, s.23); bkz. NARVESON, Jan: “Property Rights: Original Acquisition and Lockean Provisos”, *Public Affairs Quarterly*, 13(3), 1999, s.207 vd.

diğerlerinin yaşamlarını kötüleştiren (tehlikeye atan) böyle bir sahiplenme haklı görülemez⁵⁶. Yine aynı şekilde toprağın geri dönülmez tahribini gerektiren müdahaleler, özel mülkiyetin kaynağı olarak görülemez. Diğer insanların hayatlarını tehlikeye atmayan ve sürdürülebilir doğa ve çevre anlayışı çerçevesinde emek sarf edilerek elde edilen değerler (örneğin yapı malzemesi olarak kırsaldan taş toplamak gibi) meşru mülkiyet kaynağı olarak hukuki korumaya layıktır.

Mülkiyet hakkının diğer önemli bir kaynağı rızaya veya gönüllülüğe dayalı mübadelelerdir. Rızaya dayalı/gönüllü mübadeleler irade ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde gerçekleştirilir. Bu koşullarında yapılan hukuki işlemler sonucu elde edilen kazanımlar meşrudur. İnsan doğasından kaynaklanan apaçık ilkelerle tutarlı olan evrensel ahlaka ve evrensel hukuka aykırı olmamak koşuluyla sözleşme özgürlüğünün sağlanması ve sözleşme özgürlüğü neticesinde yapılan rızaya dayalı mübadelelerin ortaya çıkardığı mülkiyet kazanımlarının korunması gerekir. Böyle bir koruma gerek ahlaki açıdan gerekse ekonomik verimlilik ve fayda açısından önemlidir. Ahlaki açıdan sözleşme özgürlüğünün ve sonuçlarının korunması, bireyin karar verme özerkliğinin (otonomisinin) bir gereğidir. Faydacılık açısından ise sözleşme özgürlüğü ve rızaya dayalı mübadeleler, ticaretin gelişmesine ve mallarının dolaşımına imkân sağlayarak insan toplumlarının refahına katkıda bulunur. Adalet açısından, evrensel hukuk ve ahlaka aykırılık söz konusu değilse, sözleşmede hile ve gabin gibi iradeyi sakatlayan durumlar yoksa ve hukuki işlem, iradelerin serbestçe uyumu çerçevesinde gerçekleşmişse böyle bir hukuki işlem veya sözleşmenin hukuk düzeni tarafından korunması ve sonuçlarının adalet açısından meşru görülmesi gerekir.

Mülkiyetin diğer önemli bir meşru kaynağı mirastır. Miras kavramı, aile kurumuyla yakından bağlantılıdır. Aile ve miras kol kola yürüyerek gelişen geleneksel kurumlardır. Malların tevarüs yoluyla intikal etmesi, aile bireyleri arasındaki doğal bağların bir sonucu veya yine vasiyet gibi özgür iradeye dayalı ölüme bağlı tasarrufların gereğidir. Bu açıdan malların belirli aile bireyelerine tevarüs yoluyla intikal etmesi insan doğasıyla uyum içerisindedir. İnsanlar sahip oldukları malların, kendisiyle doğal bağları bulunan veya kendisinin istediği kişilere intikal etmesini bekler. Tevarüsün reddedilmesi, aile kurumuyla uyumlu değildir. Ekonomik açıdan daha eşitlikçi (egaliteryan) bir toplum kaygısı dolayısıyla, mirasın yasaklanması, aile kurumunun önemini zayıflatacaktır. Aynı zamanda tevarüs yoluyla malların intikalinin yasaklanması, ekonomik rasyonaliteyi ve dolayısıyla sermaye birikimini yok edecektir. İnsanların çalışma ve üretme girişimlerinin temelinde, gelecek kuşaklara aktarılacak mal biriktirme güdüsü yatar. Bunun yok edilmesi halinde, çalışma ve üretimin rasyonel temelleri çökecektir. Malların tevarüs yoluyla intikaline getirilen vergilerin, diğerlerine göre fazla olması da yukarıdaki olumsuz sonuçları doğuracaktır. İnsanın kendi emeğinin ve çalışmasının ürünlerinin veya daha önce tevarüs ettiği mallarının kendi varislerine intikalinin engellenmesi, bir kimseden malların zorla gasp edilmesiyle aynı anlama geleceğinden, böyle bir durum adalet değerinin ağır ihlalleri arasında sayılmalıdır.

4. Şeylerin Dengele Olması: Denklik Düşüncesi

Aritmetik eşitlik ilkesine dayalı denklik düşüncesi, Kur'an-ı Kerim'de bir adalet düsturu olarak buyrulmaktadır. Mutaffifin Suresindeki bu düstur, edimler arası dengeyi bozacak her türlü müdahaleyi yasaklayarak ölçme ve tartmada eşitliğe dayalı bir muameleyi emretmektedir⁵⁷. Hukuk felsefesinde dengede olma düşüncesi, denkleştirici (düzeltici) adaletin bir gereğidir⁵⁸. Bu adalet düşüncesi, kişilerin yaptığı sözleşmelerdeki edimlerin de denk olmasını gerektirir⁵⁹. Kişiler sözleşme özgürlüğü gereği, gabin durumu hariç, edimlerin birbirine ağırlığını serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak, aritmetik eşitliğe dayanan “denklik” fikri sözleşme yaparken ahlaken bize kılavuzluk etmelidir. Sözleşmenin içeriğinin adillliği, “denklik” fikrine dayanırken, biçimsel açıdan da sözleşme özgürlüğüne dayanır. Gabin durumunda sözleşme özgürlüğü zedelendiği için, bu durum edimler arasındaki denklik durumunu da etkileyecektir. Böyle durumlarda, ya edimler yeniden (düzeltici adalet gereği) dengeye getirilmeli veya sözleşme iptal edilebilmelidir. Genelde burada iptal edilebilirlik müessesesi işletilmektedir.

Diğer yandan sözleşmedeki bir edimin yerine getirilmemesi de taraflar arasındaki denkliği bozacaktır. Düzeltici adalet, bozulan ilişkinin yeniden dengeye gelmesini gerektirir. Denkleştirici

⁵⁶ Bkz. NOZICK, s.179.

⁵⁷ Bkz. Kur'an-ı Kerim, Mutaffifin Suresi, 83/1-3, Diyanet İşleri Başkanlığı Meali, <https://kuran.diyanet.gov.tr/mushaf/kuran-meal-2/mutaffifin-suresi-83/ayet-1/diyanet-isleri-baskanligi-meali-1> (Erişim Tarihi:08.03.2020).

⁵⁸ Bkz. ARİSTOTELES: Nikomakhos'a Etik, (Çev. Saffet Babür), Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara 1988, V. Kitap, s.100-102.

⁵⁹ İŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk Felsefesi, 1.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.80.

adalet yasa önünde (aritmetik) eşitliğin bir gereği olarak, kişilerin özelliklerine bakmadan onların eylemleriyle ilgilenir. Aristoteles, “Nitekim doğru bir kişinin kötü birini ya da kötü birinin doğru birini dolandırması.....arasında hiçbir fark yoktur; yasa yalnızca zararın farkına bakar ve onlara eşit muamele eder⁶⁰” diyerek denkleştirici adaletin, bozulan denge dolayısıyla ortaya çıkan zararın giderilmesini zarar verenin diğer niteliklerine bakmadan talep eder.

Denkleştirici adalet, edimler arasında bir denklik/denge (muvazene) düşüncesini gerektirdiği gibi, zararlar tazminat arasında da bir denkleğin olmasını buyurur⁶¹. Haksız fiil dolayısıyla ortaya çıkan zarar, zarar gören aleyhine mal varlığında bir azalmayı gerektirdiği için, gördüğü zararı dengeleyecek bir tazminat fikrini gerektirir.

5. Şeylerin Orantılı Olması: Geometrik Eşitlik Düşüncesi

a. Genel Olarak

Şeylerin tam dengede olmasını ifade eden aritmetik eşitlik düşüncesi bütün hukuki ilişkiler bakımından geçerli değildir. Gerek sezgisel olarak gerekse rasyonel olarak bazı durumlarda şeylerin orantılı olması gerektiğini düşünürüz. Orantılılık, Aristoteles’te dağıtıcı adaletin bir ilkesidir⁶². Devlet ile kişiler arasındaki vergi yükümlülüğü ilişkisi bu türdendir. Kişilerin gelirleriyle ödeyecekleri vergiler bir oran ilişkisi çerçevesinde haklaştırılır. Oran ilişkisi, geometrik eşitlik düşüncesinin bir gereğidir⁶³. Dolayısıyla şeylerin orantılı olması gereği, geometrik ilişkilere başvurularak rasyonelleştirilebilir. Örneğin bir çemberin merkezinden çizilen iki doğru arasındaki merkez açıyla bu açının karşısındaki yay uzunluğu arasında bir orantı vardır. Açı büyüdükçe karşısındaki yay da, o oranda büyür. Bu zorunlu rasyonel orantı ilişkisi, ahlak ve hukuk alanına da yansıtılır. Bazı hallerde ahlaken ve hukuken doğru olan davranış biçimi orantılı veya ölçülü olan davranıştır.

Ancak orantı ilişkisi geometride mutlak olmasına karşın, adalet düşüncesinde veya hukuk da böyle değildir. Geometride merkez açıyla, karşısındaki yay uzunluğu arasındaki oran ilişkisi sabittir; değişmez. Ancak hukukta şeyler arasındaki mutlak bir orantı söz konusu değildir. Örneğin ilk kez vergi yasaları yapmaya çalışan bir yasa koyucu, gelirlerle vergiler arasındaki oranı belirlerken elinde mutlak bir ölçü yoktur. Oysa geometride aksiyomlar gereği sabit oranlar söz konusudur. Hukukta oranları belirleyecek olan yasa koyucudur.

b. Vergilendirmede Oran

Belirli bir ülke bağlamında vergi oranlarının belirlenmesi kamunun ihtiyaçları ve diğer ekonomik ve sosyal şartlarla ilgilidir. Ancak yasa koyucu vergi oranlarını belirlerken tamamen serbest değildir. Eşyanın tabiatı gereği, kişilerin ekonomik güçlerinin üstünde vergi konulması düşünülemez. Diğer yandan ekonomik etkinliğe ve mülkiyet haklarına zarar veren aşırı vergilendirme de rasyonalite açısından savunulamaz. Eşyanın tabiatı gereği olan sınırlar içerisinde kalmak şartıyla oranların belirlenmesi siyasi bir tercih olacaktır. Gelirlerle vergiler arasında bir oran belirlendikten sonra, herkesten bu orana göre vergi alınması adaletin bir gereği olur.

Vergilendirme faaliyeti, siyasete duyarlı bir niteliğe sahiptir. Ülkelerin benimsediği siyasi rejime göre vergilendirme tercihleri farklılık arz eder. Ülkelerin benimsediği siyasi rejimler, toplumculuğa kaydığı oranda vergilendirme de artış gösterir. Liberal bireyci siyasi rejimler, vergilendirmeyi daha sınırlı tutma eğilimindedirler⁶⁴. Liberal felsefe, ekonomik etkinliği teşvik için kamusal giderleri rasyonalize ederek daha düşük vergilerden yanadır. Dayanımacı siyasi tercihler dışında, ülkelerin diğer kamusal giderleri de vergilendirme oranında etkili olur. Ancak ekonomik etkinlik ve verimliliğe zarar verecek vergi oranlarından kaçınmak için, kamusal giderleri daha rasyonel bir sürece bağlamak doğru siyasi tercih olacaktır. Bu siyasi değişkenler dışında, vergilendirme topluma dengeli ve orantılı bir şekilde yayılması gerekir. Elbette burada sabit bir orandan söz edemeyiz. Ülkelerin sosyal ve ekonomik koşullarının yarattığı istisnai durumlar hariç, vergilendirme oranları dünyada kabul edilebilirlik sınırlarını aşmamalıdır. Orantısızlıklarla beraber aşırı vergilendirme de mülkiyet haklarını ve kişilerin müteşebbislik güdülerini zayıflatacağı için gerek adalet, gerek rasyonalite ve gerekse ekonomik verimlilik/etkililik açısından savunulamaz.

⁶⁰ ARİSTOTELES, s.100.

⁶¹ İŞIKTAÇ, s.80.

⁶² ARİSTOTELES, s.98 vd; İŞIKTAÇ, s.80-81; bkz. KELSEN, Hans: What is Justice: Justice Law and Politics in the Mirrors of Science, Collected Essays by Hans Kelsen, University of California Press, New Jersey 2000, s.127.

⁶³ ARİSTOTELES, s.98-99; KNOLL, Manuel: “The Meaning of Distributive Justice for Aristotle’s Theory of Constitutions”, I H G H / F O N S, I, 2016, s.69 vd.

⁶⁴ Bkz. NOZICK, s.169-172; GORDON, David: “Justice and Redistributive Taxation: James Buchanan versus Ludwig von Mises”, The Review of Austrian Economics, 8(1), 1994, s.130.

c. Suç ve Ceza Arasındaki Oran

Ünlü ceza hukuku filozofu Beccaria suçlar ile suçların yaptırımları olan cezalar arasında bir oranın bulunması gerektiğini söyler⁶⁵. Suçlarla cezalar arasında bir oranın olması gerektiği düşüncesi Babil gibi eski geleneklere kadar götürülür⁶⁶. Savunulabilir bazı istisnai durumlar hariç, suçlarla cezaların orantılı olması, adaletin bir gereği olarak kabul edilir⁶⁷. Bir ülkede yeni ihdas edilecek bir suçun cezasının belirlenmesinde, suçun ağırlığı ve konusunun önemi yanında genel olarak bu ülkedeki suçlar ve cezalar arasındaki oranların da göz önünde bulundurulması rasyonel yasa koyucudan beklenen bir yasama faaliyetidir. Cezaları belirlemede etkili olan amiller, genel olarak suçun konusunun önemi, suçun konusu üzerindeki tehlikenin boyutu ve ortaya çıkma ihtimali, suçun konusunda ortaya çıkacak veya çıkmış olan zarar ve failin kast ve taksir gibi kusurunun yoğunluğu olarak sayılabilir⁶⁸. Bunlar bir ülkenin suç ve ceza politikasında da etkili olan belirleyici unsurlardır. Dolayısıyla bir hukuk sisteminde bir suçun cezası, o hukuk sistemindeki diğer suçlar ve cezalar arasındaki oranlara yakın olması beklenir. Ancak, bir suçun cezasını belirlerken, suçun ağırlığı ve öneminin gerektirdiği durumlar hariç, o hukuk sistemindeki suçlar ve cezalar arasındaki oranlardan aşırı uzaklaşmak rasyonel olarak beklenemeyeceği gibi adil bir yasama faaliyeti de olmaz. Belirli suçların bir ülkede fazla işlenmesi dolayısıyla, ceza politikası gereği söz konusu suçların cezaları diğerlerine oranla bir miktar fazla olabilir. Böyle istisnai durumlar her ülkenin suç ve ceza politikasına etki ederek, bazı suçların cezalarının diğerlerinden görece daha ağır olmasına sebep olur. Ancak bunun da bir sınırı vardır. Bir suç için, ağırlığı ve konusunun önemi dikkate alınmaksızın diğer suçlarla cezalar arasındaki orana nazaran aşırı ceza belirlemek adil bir ceza sistemi açısından savunulamaz.

Ülkelerin ceza politikaları, hukuk devletiyle yönetilen diğer ülkelerin suç ve cezalar arasında tespit ettikleri oranlara veya evrensel olarak kabul edilebilen suç ve cezalar arasındaki oranlara yakın olmalıdır. Bazı suçlarla mücadele için bu suçların cezalarının belirlenmesinde, evrensel kabul edilebilen oranlardan biraz uzaklaşılabilir. Ancak, evrensel kabul edilebilen oranları aşırı derecede aşan ceza tayin etmek, adalet değeri açısından savunulamaz. Bentham'ın ve Beccaria'nın belirttiği gibi cezaların caydırıcılığı/önleyiciliği bakımından da, cezanın ağırlığından çok, etkili bir şekilde uygulanıp uygulanmadığına yoğunlaşmak daha elverişli olabilir⁶⁹. Cezaların kesin bir şekilde uygulanacağından ve infaz edileceğinden emin olunması, caydırıcılık/önleyicilik bakımından daha elzemdir. Örneğin, trafikte kırmızı ışık ihlalinin, “20 TL idari para ceza karşılığı”nın her ihlalde kesin uygulanacağı gerçeği, söz konusu fiilin idari cezasının 200 TL olduğu ve ancak sadece tespit edilebilen az sayıdaki ihlalin cezalandırıldığı durumlarından caydırıcılık/önleyicilik bakımından daha etkilidir⁷⁰.

d. Kusur İle Sorumluluk Arasındaki Oran

Genel olarak hukuk biliminde kusur ile sorumluluk arasındaki oran, olması gereken bir dengedir. Gerek özel hukukta ve gerekse kamu hukukunda kusur ile sorumluluk arasındaki dengesinin orantılı bir şekilde kurgulanması adalet açısından vazgeçilemez bir gerekliliktir.

Özel hukukta kusur ile sorumluluk arasındaki oran, haksız fiil sorumluluğu bakımından önemli bir ölçüdür. Haksız fiillerde kusur genelde kast ve ihmâl şeklinde ikiye ayrılarak incelenir⁷¹. Ayrıca ağır kusur ve hafif kusur şeklinde de kusur derecelendirilir⁷².

Kusur ile sorumluluk arasındaki oran, hakları daha derinden etkilemesi dolayısıyla ceza hukuku bakımından özel bir önem arz etmektedir. Ceza hukukunda sorumluluk esaslarından birisi kusurdur⁷³.

⁶⁵ BECCARIA, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında (İtalyanca Aslından Çeviren: Sami Selçuk), 8.Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2019, s.45.

⁶⁶ BALMER, Thomas A.: “Some Thoughts on Proportionality”, Oregon Law Review, 87(3), 2008, s.784 vd; ayrıca bkz. Sami Selçuk'un “Beccaria'nın Suçlar ve Cezalar Hakkında” adlı eserine yazdığı dipnot 3 için BECCARIA, s.49.

⁶⁷ HIRSCH, Andrew von: “Proportionality in the Philosophy of Punishment”, Crime and Justice, The University of Chicago Press, 16, 1992, s.56 vd; ÇEÇEN, Anıl: Adalet Kavramı, 2.Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993, s.37.

⁶⁸ Beccaria, suçların cezaları belirlenirken topluma verdikleri zarar ve suçluyu suça iten etkenlerin göz önünde bulundurulması ve oranların da bunlara göre yapılması gerektiğini söyler (s.45). Ancak daha ileri sayfalarda, cezaların belirlenmesinde sadece toplumsal zararın dikkate alınması gerektiğinin daha doğru olduğunu savunur (BECCARIA, s.51 vd).

⁶⁹ BENTHAM, Jeremy: The Theory of Legislation, (Ed. C. K. Ogden), Routledge Kegan Paul, London 1931, s.326; BECCARIA, s.129.

⁷⁰ Bkz. BECCARIA, s.129; DEFLEM, s.20.

⁷¹ TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s.664-668.

⁷² TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.668-669.

⁷³ ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.10 vd; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 12.Baskı, Seçkin Yayını, Ankara 2019, s.51.

Cezaların tayininde kusurun veya manevi unsurun derecelendirilmesi adaletin bir gereğidir. Kusur ile ceza arasında veya manevi unsur ile ceza arasında bir orantının olması gerekir⁷⁴. Suç sayılan fiilleri gerçekleştirilmede esas olan kişinin kasten hareket etmesidir. Ancak kanunlar bazı suçların taksirle de işlenebileceğini öngörürler (örneğin TCK m. 22/1). Ancak gerek kast ve gerekse taksirin dereceleri vardır. 1926 tarih ve 765 sayılı Ceza Kanunu kusurun dereceleri olarak sadece kast ve taksirden söz etmekteydi (765 sayılı TCK m. 45). 2003 yılında 765 sayılı Kanunun 45. maddesine ek bir fıkra eklenerek bilinçli taksir getirildi (m. 45/3). 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu manevi unsurun görünümüleri olarak kast (TCK m. 21/1), dolaylı kast (TCK m. 21/1), taksir (TCK m. 22/2), ve bilinçli taksir (TCK m. 22/3), şeklinde bir ayrımı kabul etmiştir. Bu ayrım, ceza adaleti açısından daha adil ve hassas bir denge kurmuştur. Objektif sorumluluk anlayışından kusurlu sorumluluk anlayışına geçilmesi ceza adaleti bakımından nasıl önemli bir adım ise, kast ve taksir biçimindeki ikili bir ayırmadan, kast, dolaylı kast, taksir ve bilinçli taksir olarak dördü bir ayırma geçilmesi de adil bir ceza sistemi açısından elzem bir gelişmedir. Bu ayrımla ceza adaleti daha hassas hale getirilmiştir.

Kusur ile ceza arasında mutlak bir oran söz konusu değildir. Oranlar genelde belirli bir ülkenin ceza politikasıyla ilgilidir. Bir ülkede bazı suçların taksirle işlenmesi çok fazla yaygın ise, bu suçların taksirle işlenmesinde diğer suçlara nazaran daha fazla ceza tayin edilebilir. Örneğin trafik kazaları dolayısıyla meydana gelen ölümleri azaltmak için trafikte taksirle ölüme sebebiyet vermenin cezası ağırlaştırılabilir. Ancak oranlar yine de sağduyu veya ortak vicdanın benimseyemeyeceği sınırları aşmamalıdır. Bu sınırın nasıl çizileceği meselesinde, hukukla yönetilen ülkelerin ortalaması bize yol gösterebilir. Sıkça işlenen bazı taksirli suçları önlemek amacıyla kusur ile ceza arasındaki oran bakımından bu ortalamalardan uzaklaşılabilir. Kusur ile cezalar arasındaki genel ortalamalardan, sağduyu ve ortak vicdanın kabul edemeyeceği aşırı sapmalar, adalet idealiyle uyumsuz.

e. Yetki ve Sorumluluk Arasındaki Oran

Kamusal yetki kullanan kişilerin sorumlulukları, kullandıkları yetkinin kapsam ve derecesine göre belirlenmelidir⁷⁵. Bu ilke, bir yönüyle yasa koyucuyu, bir başka yönüyle de mahkemeleri ilgilendiren boyutlara sahiptir. Yasa koyucu, kamu görevlilerin sorumluluklarını tayin ederken bu esası ölçü alması gerekir. Kamu görevlileri bakımından, “ne kadar yetki, o kadar sorumluluk” esası geçerli olmalıdır. Mahkemeler de, yasaların sustuğu yerde, sorumluları ve sorumluların derecesini belirlerken yine bu esasa göre hareket etmelidir. Tabii ki, idare, yetkisini aşır kişilere idari işlem veya eylemle zarar verirse, zarara uğrayanlara karşı sorumludur. Bu sorumluluğu dolayısıyla ödediği zararlar bakımından kişisel kusuru olana rücu hakkı vardır. Burada idare hukukunun bu çetrefilli konularını tartışacak değiliz. Amacımız soyut planda, yetki ve sorumluluk arasındaki ilişkiyi temel adalet ilkeleri açısından ortaya koymaktır.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, temel adalet ilkeleri açısından, yetki-sorumluluk ilişkisi, bir taraftan yasa yapım faaliyetini, diğer taraftan yargısal faaliyeti ilgilendirir. Yasal düzenleme seviyesinde, sorumluluk verilen yetkilerle orantılı olmalıdır. Yetkilerle orantısız olarak sorumluluk yüklemek eşyanın tabiatına aykırıdır. Nitekim Kur’an-ı Kerimde, Bakara Suresinin 286. ayetinde “Allah bir kimseyi ancak gücünün yettiği şeyle yükümlü kılar⁷⁶” buyrulur bu hakikat dile getirilmiştir. İlahi doğal hukuk bakımından geçerli olan bu ilke, aynı zamanda seküler doğal hukuk teorisinde de dile getirilir. Bir prosedürel doğal hukuk teorisi geliştirmeye çalışan Fuller, hukukun, insanlardan güçlerinin yetmediği şeyleri talep etmemesini bir doğal hukuk ilkesi biçiminde hukukun içsel ahlakı olarak sunmuştur⁷⁷. Dolayısıyla hukukun genel ilkesi olarak sayacağımız bu esas, kamu hukuku veya idare hukuku bakımından, “sorumluluğun derecesi, yetkinin kapsamıyla orantılı olmalıdır” biçiminde tezahür eder. Bu da, vaz geçemeyeceğimiz adaletin asgari içeriğini oluşturur.

f. Külfetler ve Nimetler Arasındaki Oran

Külfetlerle nimetler arasındaki oran, hukukun en eski kaidelerindedir. Nitekim Mecelle madde 88’de de, “Külfet ni’mete, ni’met külfete göredir⁷⁸” şeklinde genel bir kaide bulunmaktadır. Külfet-nimet orantısı, nimetlerden yararlanmanın külfetlere bağlı olduğu durumlarda işleyen bir ilkedir. Bu bakımdan kamu hukuku ilişkilerinde bu ilkenin uygulanması yaygındır. İnsanlar, toplu halde yaşamının getirdiği bir takım yükümlülükleri yerine getirme borcu altında oldukları gibi birlikte

⁷⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.51.

⁷⁵ Bkz. ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 9.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.623.

⁷⁶ Kur’an-ı Kerim, Bakara Suresi, 2/286, Diyanet İşleri Başkanlığı Meali, <https://kuran.diyanet.gov.tr/mushaf/kuran-meal-2/bakara-suresi-2/ayet-286/diyanet-isleri-baskanligi-meali-1> (ErişimTarihi:19.03.2020).

⁷⁷ Bkz. FULLER, s.70 vd.

⁷⁸ Bkz. BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkami Adliyye), 3.Baskı, Hikmet Yayınları, 1982 İstanbul s.27.

yaşamın sağladığı imkânlardan da yararlanmaları söz konusu olur. Birlikte yaşamın getirdiği imkân ve nimetler, kural olarak katlanılan külfetlerle orantılı olmalıdır. Ancak engelli olma durumu gibi belirli külfet ve yükümlülükleri yerine getiremeyen kişiler bakımından, nimet külfet dengesi aranmadan söz konusu kişilerin nimetlerden faydalanması ahlakın bir gereğidir.

Dolayısıyla normal koşullarda nimet-külfet dengesi, özellikle kamu hukukunda birey ve toplum arasındaki yükümlülük ilişkisinin belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay bir kararında, daha fazla prim ödeyenin daha fazla sosyal yardımdan yararlanması gerektiğine ilişkin düşüncenin temeli olarak nimet-külfet dengesini göstermiş ve bu ilkenin sosyal güvenlik hukukunun temel esaslarından olduğunu belirtmiştir⁷⁹.

6. Hiç Kimsenin Kendi Haksızlığına Dayanarak Bir Hak Elde Edememesi

Bir toplumsal ilişkiler ağında kusurlu hareket ederek bir haksızlık oluşturan kişi, bu kusurunun yarattığı yeni durumdan bir menfaat veya hak elde edememelidir. Bazen kusurlu haksız davranış cezaî sorumluluğa yol açarken, diğer taraftan yasaların yetersizliğinden (boşluk veya belirsizliğinden) dolayı haksız davranışı yapan kişi lehine görünüşte bir menfaat veya hak doğurabilecek bir izlenim ortaya çıkarabilir. Adalet ve hakkaniyet ilkelerine bağlı kalınarak, yasaların boşluk veya belirsizliği kusurlu haksız davranışı yapan kişi lehine yorumlanmamalıdır. Amerika Birleşik Devletlerinde 1889 tarihinde *Riggs v. Palmers* davasında, New York Temyiz Mahkemesi, vasiyetnameyi değiştireceği endişesiyle büyükbabasını öldüren mirasçıya, yasaların her hangi bir yasaklama (mirastan mahrumiyet gibi) içermemesine karşın, “hiç kimse kendi haksızlığından bir menfaat elde edemez” ilkesine başvurarak vasiyetname gereği olan mirası vermeyi reddetmiştir⁸⁰. Mahkeme'nin bu davadaki dikkat çeken akıl yürütmesi şu şekildedir:

“.....bütün sözleşmeler gibi yasalar da uygulanmaları ve sonuçları bakımından *common law*'un genel ve temel ilkelerine göre denetlenir. Hiç kimseye kendi hilesinden yararlanmasına, kendi hatasından avantaj elde etmesine, kendi haksızlığına dayanarak bir talepte bulunmasına veya kendi suçuna dayanarak bir mülkiyet iktisap etmesine izin verilmemelidir. Kamu politikası tarafından dikte edilen bu ilkelerin temelleri, bütün uygar ülkelerde uygulanan evrensel hukukta bulunmakta ve hiçbir yerde pozitif yasalar tarafından çiğnenmemektedir⁸¹”.

Bu meşhur karardan da görüldüğü gibi, her hangi bir suç, hile veya haksızlığın hukuken bir avantaja dönüşmeyeceği, bir evrensel hukuk ilkesi olarak Mahkeme tarafından saptanmıştır. Kişinin yaptığı bir haksızlıktan yararlanmasına fırsat verilmesi, insanlığın vicdan ve sağduyusunu yaralayan bir durumdur.

VI. SONUÇ

Hukuki pozitivistler, adalet değerinin hukuk kavramında yer almasına itiraz etseler de, pozitif hukukun, kabul edilemeyecek ve katlanılamayacak derecede adaletsizlik ve haksızlık unsurlarıyla kirlenmesinin önüne geçebilmek için üzerinde kolayca uzlaşılabilen veya kolay kolay reddedilemeyen asgari bir adalet kavramlaştırmasına ihtiyaç olduğu aşikârdır. Bu çalışmada asgari adalet kavramlaştırması, genel olarak bazı pozitivistlerin ahlaki rölativizme sığınarak hukuku, adaletten yoksun bırakılmış bir güç mücadelesi olarak algılamalarına bir cevap olarak tasarlandı.

Adalet kavramının bir bölümünün tartışmalı ve belirsiz olduğu reddedilemeyen bir gerçektir. Ancak adalet gibi hukuki değerlerin anlamlarının fiziki olgulara ilişkin ifadeler gibi sabitlenememesi, bu değerlerin önemlerini zayıflatmaz. Değerler, tamamen herkesin kabul edebileceği şekilde belirli kalıplara sokulamaz. Ahlaki değerler her çağın gereklerine yanıt verebilecek esnekliklere sahiptirler. Bu durum, bizim tamamen rölativizme saplanacağımız anlamına gelmemelidir. Değerlerin belirsizlik alanları olduğu gibi belirlilik alanları da vardır. Adalet değeri de bir ahlaki değer olarak tartışılabilir esnek bir alana sahip olduğu gibi, bir de üzerinde kolayca uzlaşılabilen bir çekirdek alanı vardır. Bu çekirdek alanı oluşturan ilkelerin, asgari bir adalet kavramını oluşturabilecek açıklıkta oldukları

⁷⁹ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Esas Numarası:2009/11623, Karar Numarası:2011/9839 Karar Tarihi:30.06.2011, Legal Bank, <https://legalbank.net/belge/y-10-hd-e-2009-11623-k-2011-9839-t-30-06-2011-nimet-kulfet-dengesi-ilkesi/909549> (Erişim Tarihi:01.06.2020); ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2015/423, K.2017/1256, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=404939> (ErişimTarihi:01.06.2020); İş kazalarında da sorumluluğun belirlenmesi açısından Yargıtay bu ilkeye başvurmuştur. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E.2016/115, K.2017/2948, Tarih: 10.04.2017. <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/21hd-2016-115.htm> (ErişimTarihi:01.06.2020).

⁸⁰ Court of Appeals of New York 115 NY 506, 1889 http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm (ErişimTarihi: 18.02.2020); bkz. TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: “Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları”, in Ökçesiz, Hayrettin (ed), Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), 16.Kitap, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2007, s.327-328; METİN, s.65 vd.

⁸¹ Court of Appeals of New York 115 NY 506, 1889, http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm (ErişimTarihi:18.02.2020); bkz. TÜRKBAĞ, s.327.

kolayca reddedilemeyen bir olgudur. Bu ilkelerin kaç tane olduğuna ilişkin bir sayı vermek doğru görünmüyor. Bu ilkelerin sayısı ne kadar sınırlı tutulursa, üzerlerinde o kadar kolay ittifak edilebilir. Biz de çalışma içerisinde kendi tercihimiz olarak bazı ilkeleri sayarak ana hatlarıyla önemli noktalarına temas ettik. Ancak daha önce belirttiğimiz gibi bu ilkeler, azaltılabilir veya artırılabilir.

Asgari adalet kavramında yer alan ilkelerin oluşturduğu alanın bazı özellikleri vardır. Birincisi, asgari adalet kavram alanı, siyasete duyarsızdır. Siyasi görüş ve tercihlerden etkilenmezler veya az etkilenirler. Daha doğru bir ifadeyle siyasi tercihlerden etkilenmeleri sınırlıdır. Asgari adalet kavramı alanı ne kadar dar tutulursa, siyasetten o kadar az etkilenir. Kavramı biraz genişletirsek siyasete duyarlılık başlamış olur. İkincisi, asgari adalet kavramını oluşturan ilkelerin ahlaki (moral) karakteri yüksektir. Yani bu ilkeler ahlaka duyarlıdır. Ahlaki değerlendirmelere ilişkin pratik akıl yürütmeler, bu alanın içeriği üzerinde etkili hassasiyetler oluştururlar. Asgari adalet kavramını daha geniş tutarsak, bu kavram alanının ahlaki olma niteliği zayıflamaya başlar. Üçüncüsü, asgari adalet kavram alanı evrenselleştirilebilir bir karaktere sahiptir. Yani asgari adalet kavramını oluşturan ilkelerin evrensellik karakteri yüksektir. Ancak yine bu ilkelerin sayısını artırıp söz konusu kavramı genişletirsek, evrensellik vasfından uzaklaşmaya başlamış oluruz.

Pozitif hukukun aşamayacağı bazı sınırlar oluşturabilmek için, asgari adalet kavramlaştırmasıyla ilgili düşünsel faaliyetlerin çoğalmasa gerekir. Üzerinde kolayca uzlaşılabilen bir ilkeler demeti oluşturma ve bunları ayrıntılı olarak tartışmanın, adalet kavramının belirlilik alanına katkı sağlayarak pozitif hukukun asgari ahlakiliği konusunda bir hassasiyet oluşturacağına inanıyoruz. Asgari adalet kavramını oluşturan ilke ve esaslarla çelişmeyen bir pozitif hukuk anlayışının, gerek insan hakları ve gerekse insan onurunun korunmasındaki önemi inkâr edilemez

KAYNAKÇA

- AKTAŞ, Sururi: Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, 2.Baskı, Liberte Yayını, Ankara 2018.
- AKTAŞ, Sururi: Prosedürel Doğal Hukuk: Fuller'in Hukuk Kavramı, 1.Baskı, XII Levha Yayını, İstanbul 2011.
- ARİSTOTELES: Nikomakhos'a Etik, (Çev. Saffet Babür), Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara 1988.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet /ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- BALMER, Thomas A.: "Some Thoughts on Proportionality", Oregon Law Review, 87(3), 2008, s.783-817.
- BAYLES, Michael D.: Hart's Legal Philosophy, , Kluwer Academic Publishers, Netherlands 1992.
- BECCARIA, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında (İtalyanca Aslından Çeviren: Sami Selçuk), 8.Baskı, İmge Yayınevi, Ankara 2019.
- BENTHAM, Jeremy: The Theory of Legislation, (Ed. C. K. Ogden), Routledge Kegan Paul, London 1931.
- BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkami Adliyye), 3.Baskı, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982.
- Court of Appeals of New York 115 NY 506, 1889, http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm (Erişim Tarihi:18.02.2020).
- CULLISON, Allan D.: "Morality And The Foundations of Legal Positivism", Valparaiso University Law Review, 20(1),1985, s.61-70.
- CURZON, L. B: Jurisprudence, 2nd Edition, Cavendish Publishing, London-Sydney 1995.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÇEÇEN, Anıl: Adalet Kavramı, 2.Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara 1993.
- DEFLEM, Mathieu: Sociology of Law, (Vision of Scholarly Tradition), Cambridge University Press, 2008.
- DENIER, Yvonne: Efficiency, Justice and Care, Springer, Dordrecht, The Netherlands 2007.
- DRURY, S. B.: "H.L.A. Hart's Minimum Content Theory of Natural Law", Political Theory , Sage Publications, 9(4), 1981, s.533-546.
- DWORKIN, Ronald: Hakları Ciddiye Almak, (Çev. Ahmet Ulvi Türkbağ) 1.Baskı, Dost Kitabevi, Ankara 2007.
- DWORKIN, Ronald: Law's Empire (Law's Empire), Harvard University Press, 1986.
- FLETCHER, George P.: "Punishment and Responsibility", in Patterson, Dennis, (Ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Second Edition, Wiley-Blacwell, 2010, s.504-512.
- FULLER, Lon L.: The Morality of Law, Revised Edition, Yale University Press, New Haven and London 1969.
- GORDON, David: "Justice and Redistributive Taxation: James Buchanan versus Ludwig von Mises", The Review of Austrian Economics, 8(1),1994, s.117-131.
- GÖZLER, Kemal: Hukuka Giriş, 15.Baskı, Ekin Yayını, Bursa 2018.
- GÜRLER, Sercan: Ahlak ve Adalet: Çağdaş Ahlak Felsefesi ve Adalet Sorunu, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2007.
- HALL, Stephen: "The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism", European Journal of International Law, (EJIL), 2(2), 2001, s.269-307.
- HART, H.L.A.: The Concept of Law, Second Edition, (With a Postscript Ed. by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz) Clarendon Press-Oxford, 1994.
- HAYEK, F. A.: The Constitution of Liberty, Routledge, London 1990.
- HAYEK, Friedrich August von: Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük Cilt.II (Sosyal Adalet Serabı) Çev. Mustafa Erdoğan, 1. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1995.
- HENBERG, M.C.: "Nozick and Rawls on Historical Versus End-State Distribution", The Southwestern Journal of Philosophy, 8(2), 1977, s.77-84.
- HIRSCH, Andrew von: "Proportionality in the Philosophy of Punishment", Crime and Justice, The University of Chicago Press, 16, 1992, s.55-98.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk Felsefesi, 1.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004.
- KALBERG, Stefan: "Max Weber's Types of Rationality: Cornerstones for the Analysis of Rationalization Processes in History" The American Journal of Sociology, 85(5), 1980, pp.1145-1179.
- KELSEN, Hans: General Theory of Law and State, (General Theory), (Translated by Andres Wedberg), Third Printing, Harvard University Press, Cambridge, Massachussets 1949.
- KELSEN, Hans: "The Pure Theory of Law and Analytical Jurisprudence", Harvard Law Review, 55(1), 1941, s.44-70.
- KELSEN, Hans: What is Justice: Justice Law and Politics in the Mirros of Science, Collected Essays by Hans Kelsen, University of California Press, New Jersey, 2000.
- KNOLL, Manuel: "The Meaning of Distributive Justice for Aristotle's Theory of Constitutions", Π Η Γ Η / F O N S, I, 2016, s.57-97.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 12. Baskı, Seçkin Yayını, Ankara 2019.
- KÖKÜSARI, İsmail: Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.

- KUR'AN-I KERİM: Bakara Suresi, 2/177, Diyanet İşleri Başkanlığı Meali, <https://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf/kuran-tefsir-1/bakara-suresi-2/ayet-177/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> (Erişim Tarihi:08.03.2020); Bakara Suresi, 2/286, Diyanet İşleri Başkanlığı Meali, <https://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf/kuran-meal-2/bakara-suresi-2/ayet-286/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> (Erişim Tarihi:19.03.2020); Maide Suresi, 5/1 Diyanet İşleri Başkanlığı Meali, <https://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf/kuran-tefsir-1/maide-suresi-5/ayet-1/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> (Erişim Tarihi:08.03.2020); Mutaffifin Suresi, 83/1-3, Diyanet İşleri Başkanlığı Meali, <https://kuran.diyaret.gov.tr/mushaf/kuran-meal-2/mutaffifin-suresi-83/ayet-1/diyaret-isleri-baskanligi-meali-1> (Erişim Tarihi:08.03.2020).
- LOCKE, John: *Second Treatise of Government*, Enhanced Media, Los Angeles 2016.
- MCKENNA, Michael: "Compatibilism", <https://plato.stanford.edu/entries/compatibilism/> (Erişim Tarihi:05.02.2020).
- METİN, Sevtap: "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXI(1-2), 2003, s.35-83.
- MILLER, David: *Social Justice*, Clarendon Press, Oxford 1976.
- NARVESON, Jan: "Property Rights: Original Acquisition and Lockean Provisos", *Public Affairs Quarterly*, 13(3), 1999, s.205-227.
- NOZICK, Robert: *Anarchy, State and Utopia*, Oxford 1974.
- PLATO: *The Republic*, (Ed. by G. R. F. Ferrari; Translated: Tom Griffith), Sixth Printing, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- RAWLS, John: *A Theory of Justice, Revised Edition*, Sixth Printing, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2003.
- REES, J.C.: "Hayek on Liberty", *Philosophy*, 38(146), 1963, s.346-360.
- SCHIAVELLO, Aldo: "On 'Coherence' and 'Law': An Analysis of Different Models", *Ratio Juris*, 14(2), 2001, s.233-243.
- SCHMIDTZ, David: *Adaletin Unsurları (Çev. Hayrettin Özler) 1.Baskı*, Liberte Yayınları, Ankara 2010.
- SEN, Amartya: *The Idea of Justice*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 2011.
- SUMMERS, Robert S.: "Professor Fuller on Morality of Law", *Journal of Legal Education*, 18(1), 1965, s.1-27.
- ŞAHİN CEYLAN, Şule: *H.L.A Hart'ın Hukuk Kavramı, 1.Baskı, XII Levha Yayımları*, İstanbul 2014.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6.Baskı*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.
- TURHAN, Mehmet: "Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu", in Ökçesiz, Hayrettin/Uygur, Gülriz/Üye, Saim (ed), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) 26.Kitap*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s.443-480.
- TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", in Ökçesiz, Hayrettin (ed), *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA), 16.Kitap*, İstanbul Barosu Yayımları, İstanbul 2007, s.322-329.
- USLU, Cennet: *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Liberte Yayını, Ankara 2009.
- UYGUR, Gülriz: "Adalet ve Hukuk Devleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 53(3), 2004, s.29-38.
- WEBER, Max: *Hukuk Sosyolojisi, (Çev. Latif Boyacı), 1.Baskı, Yarımlı Yayınları*, İstanbul 2019.
- WELLMAN, Carl: *The Moral Dimension of Human Rights*, Oxford University Press 2011.
- WOLTERSTORFF, Nicholas: *Justice: Rights and Wrongs*, Princeton University Press 2008.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2015/423, K.2017/1256, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?t=404939> (Erişim Tarihi:01.06.2020).
- Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2009/11623, Karar Numarası: 2011/9839 Karar Tarihi: 30.06.2011, Legal Bank, <https://legalbank.net/belge/y-10-hd-e-2009-11623-k-2011-9839-t-30-06-2011-nimet-kulfet-dengesi-ilkesi/909549> (Erişim Tarihi:01.06.2020).
- Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E.2016/115, K.2017/2948, Tarih:10.04.2017. <http://www.kazanci.com.tr/gunluk/21hd-2016-115.htm> (Erişim Tarihi:01.06.2020).

İDARENİN SÖZLEŞME AKDETME USULÜ

PROCEDURE OF CONCLUDING A CONTRACT OF THE ADMINISTRATION

Sırrı DÜĞER*  & Yeliz Neslihan AKIN** <https://doi.org/10.21492/inuhfd.795595> **Makale Bilgi**Gönderi: 15/09/2020
Kabul : 02/04/2021**Anahtar Kelimeler***İdarenin Sözleşmeleri,
Kamu İhale Usulü,
Kamu Maliyesi Usulü,
İdarenin Sözleşme
Akdetme Usulü,
Kamu İhale İlkeleri.***Article Info**Received: 15/09/2020
Accepted: 02/04/2021**Keywords***Contracts of the
Administration,
Public Procurement
Procedure,
Public Finance
Procedure,
Contracting Procedure of
the Administration,
Public Procurement
Principles.***Özet**

İdarî sözleşmeler ve idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak tasnif edilen idarenin sözleşmeleri, özel hukuk ilke ve kurallarından esinlenerek ortaya çıkmıştır. Ancak kamu hukuku-özel hukuk ayrımına dayalı olarak özel hukuk kişilerinin akdettiği sözleşme rejiminden farklı bir idarenin sözleşmeleri rejimi bulunmaktadır. Zira idare hukuku ve malî hukuk ilke ve kuralları sebebiyle, idarenin sözleşmelerinin rejimi özerk niteliklidir. Bu özerkliğin hem bir dayanağı hem de bir sonucu ise idarenin sözleşme akdetme usulüdür. İdarenin sözleşme akdetme usulü, idarenin idarî nitelikli ve özel hukuk sözleşmelerinin ortak noktasını oluşturmaktadır. Diğer yandan bu usul, idarenin sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmelerinden farklılığının sebebidir. İdarenin tüm sözleşmelerinde kamu hizmeti, kamu yararı ve kamu maliyesi boyutlarında bir kesişim olduğu tespit edilmiştir. Bu kesişim, idarenin tüm sözleşmelerinde, sözleşme akdedilene kadar olan sürece idarî nitelik kazandırmaktadır. Ayrıca bu kesişimden doğan idarî nitelik de idarenin sözleşmelerindeki tek bir sözleşme akdetme usulünün varlık gerekçesidir. Bu bağlamda açıklık, rekabet, yeterlik ve en uygun bedel gibi kamu ihale ilkeleri, idarenin sözleşme akdetme usulünde asgarî olarak geçerli olan ilke ve esasları oluşturmaktadır.

Abstract

Contracts of the administration, which are classified as administrative contracts and private law contracts of the administration, inspired by the principles and rules of private law. However, based on the distinction of public law-private law; a legal regime of contracts of the administration, differing from the regime of contracts concluded by private persons, has emerged. Because of the administrative law and financial law principles and rules, the regime of the contracts of the administration is autonomous. Contracting procedure of the administration is both a basis and a result of this autonomy. Contracting procedure of the administration also constitutes the common point of the administration's administrative and private law contracts. On the other hand, this procedure is the reason why the contracts of the administration differ from private law contracts. There is an intersection in terms of public service, public interest and public finance in all contracts of the administration. This intersection gives administrative nature to the process until the contract is concluded in all contracts of the administration. In addition, the administrative nature resulting from this intersection is the existence of a single contract concluding procedure in the contracts of the administration. In this context, public procurement principles such as openness, competition, competence and the most appropriate price constitute the principles and essences that apply to contracting procedure of the administration.

I. GİRİŞ

İdare, belirli faaliyetlerini gerçekleştirmek için sözleşmeler akdetmektedir. Bu sözleşmeleri, belirli bir usul çerçevesinde akdetmek zorundadır. Bu çalışmada idarenin sözleşme akdetme usulü; idarenin sözleşmelerinin işlevi, teşekkülü, bu usulün varlık sebebi ve tabi olduğu ilkeler kapsamında incelenmiştir. Çalışmada, bu açılardan idarî sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında benzerlik bulunduğu varsayımı, bu sözleşmeler karşılaştırılarak değerlendirilmiştir.

Çalışmanın birinci bölümünde idare hukukunda sözleşmeler irdelenerek idarenin sözleşme türleri olan idarî nitelikli sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerinin; özel hukuk kişileri arasında akdedilen özel hukuk sözleşmelerinden farklılıklarının açıklanması amacıyla idarenin sözleşmelerinin idarenin bir işlemi ve idarenin bir fonksiyon aracı olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde, idarenin sözleşmelerinde kamu ihale usulü ve sözleşmelerin teşekkülü açıklanmıştır. Bu bağlamda kamu ihale usulüne tabi kamu ihale sözleşmeleri ile bu usulün bir istisnası olup olmadığının değerlendirilmesi amacıyla da imtiyaz sözleşmeleri, idarenin sözleşmelerinin teşekkülü açısından ele alınarak değerlendirilmiştir.

Son bölümde idarenin sözleşmeleri, kamu hizmeti, kamu yararı ve kamu maliyesi boyutları açısından ele alınarak bunların, sözleşme akdetme usulünün varlık sebeplerini oluşturup oluşturmadıkları araştırılmıştır. Devamında idare hukuku ile malî hukuk üst yapısında şekillendiği düşünülen ve idarenin sözleşme akdetme usulünde geçerli olan açıklık, rekabet, yeterlik ve en uygun bedel şeklindeki ihale ilkeleri açıklanmıştır.

II. İDARE HUKUKUNDA SÖZLEŞMELER

A. ‘İdarenin Bir İşlemi’ Olarak Sözleşmeler

İdare hukukunda sözleşme, “(B)elirli bir hukukî sonucu doğurmak üzere idare ile özel kişilerin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır¹. Bu sözleşmeler, idare hukuku doktrininde *idare sözleşmeleri*²/*idarenin sözleşmeleri*³ olarak ele alınmaktadır⁴.

İdarenin sözleşmelerinin *idarî sözleşmeler* ve *idarenin özel hukuk sözleşmeleri* olmak üzere, iki türü bulunmaktadır⁵. İdarenin sözleşmeleri ve idarî sözleşme kavramları ile her zaman aynı durumun ifade edilmemekte olduğunu⁶; idarenin her sözleşmesini idarî sözleşme olarak kabul etmenin mümkün olmadığını⁷ belirtmek gerekir.

¹ KALABALIK, Halil: İdare Hukununun Temel Kavram ve Kurumları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5.B, Sayram Yayınları, 2014, s.420. Başka bir tanıma göre idare hukukunda sözleşme, “(B)elirli bir hukukî sonucu doğurmak amacıyla idare ile ilgili özel kişinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklamalarıdır”. Bkz.: GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. II, Güncellenmiş 3.B, Ekin Yayınevi, 2019, s.2.

² GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: İdare Hukuku, 7. Tıpkı Basım, Der Yayınları, 2015, s.1317; KUTLU, Meltem: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, 1997, s.11; ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukununun Umumi Esasları, C. 3, 3.B, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1591; YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Tıpkı 2.B, Beta Yayınları, 2010, s.164.

³ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, Yenilenmiş 11.B, Savaş Yayınevi, 2019, s.462; GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s.1304; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku: Genel Esaslar, C. I, Güncellenmiş 11.B, Turhan Kitabevi, 2016, s.470; GÖZLER, s.2, 8; GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku, Güncellenmiş 20.B, Ekin Yayınevi, 2018, s.421; KALABALIK, s.420; GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10.B, İmaj Yayınevi, 2015, s.183; KARAHANOGULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Güncelleştirilmiş 3.B, Turhan Kitabevi, 2015, s.217; ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, 2004 Tarihli 3. Tıpkı Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s.508; SEZGİNER, Murat: İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.31; YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge: Editör: Turan Yıldırım, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 7.B, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s.394; YAYLA, s.163-164; ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 1998, s.1,3.

⁴ Doktrinde, bu geleneksel ayırımı dışında, bu ayırımı esasları ile uyuşmayan karma nitelikli sözleşmelerin de bulunduğu belirtilmiştir. Bkz.: SEZGİNER, Murat: “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeleri)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, XVII(1-2), 2013, s.1590; SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s.925.

⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.462; BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş I, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, 1968/1970, s.186; GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s.1304; GÖZLER, C.II, s.8; GÖZLER/KAPLAN, s.421; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.472; GÜNDAY, s.184; KALABALIK, s.420; KARAHANOGULLARI, s.217; KUTLU, s.21; SEZGİNER, Birleşik İradeli Sözleşmeler, s.1590, ODYAKMAZ, s.3; ÖZAY, s.508,510; TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 50(3), 1995, s.291,295; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.394.

⁶KALABALIK, s.420; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.473; ONAR, C.3, s.1594; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.394.

⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.462; DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, 1982, s.429; GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s.1304; GÜNDAY, s.183; ONAR, C.3, s.1593.

İdarenin sözleşmeleri, *idarenin bir işlemidir*⁸; yani bunlar, *idarenin işlemlerinden ve bu bağlamda kamu hukuku işlemlerinden birisini oluşturmaktadır*⁹.

Doktrinde, idarenin işlemlerinin türlerinin irdelenmesinde, *tek yanlı-iki yanlı idarenin işlemleri*¹⁰ tasnifinin geliştirildiği görülmektedir. İdareler de hukuk düzeninde bir hukukî sonuç yaratmak üzere, kamu hizmetlerini yürütebilmek ve görevlerini yerine getirebilmek amacıyla genellikle olağan bir yol olarak tek taraflı işlemler tesis etmekte olsalar da aynı amacı gerçekleştirmek için iki taraflı işlemler de yapmakta¹¹ olup tek ve iki taraflı idarenin işlemleri, birbirinden farklı hukukî rejime tabidir¹².

Doktrinde, *idarî nitelikli*; yani *idarî işlemler* temelinde *tek yanlı/iki yanlı*¹³-*tek taraflı/iki taraflı*¹⁴ tasnifin de geliştirildiği görülmektedir. Bu tasniften hareket edildiğinde ise *idarenin işlemleri* temelindeki hukukî sonuçtan farklı bir sonuca ulaşılmaktadır. Zira, idarenin her işleminin de *idarî işlem* niteliğinde olmadığını¹⁵; *idarenin özel hukuk işlemlerinin*¹⁶ de bulunduğunu belirtmek gerekir.

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinin idarî işlem niteliğinde olmadığı; ancak kural olarak idarî sözleşmelerin idarî işlem niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹⁷. O hâlde, idarenin özel hukuk sözleşmeleri, idarî bir işlem niteliğini haiz olmamakla birlikte; idarenin tüm sözleşmeleri, idarenin işlemleri kategorisinde yer almaktadır.

B. ‘İdarenin Bir Fonksiyon Aracı’ Olarak Sözleşmeler

İdarenin sözleşmeleri, özel hukuk ilke ve kurallarından esinlenerek ortaya çıkmıştır¹⁸. Ancak idarenin özel hukuk sözleşmeleri, tam anlamıyla özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmayıp¹⁹ sözleşmenin oluşumu açısından idarenin sözleşmeleri, özel kişilerin kendi aralarında akdettiği özel hukuk sözleşmelerinden farklıdır²⁰.

İdarenin sözleşmelerinin hukukî düzeni, *özzerk nitelikte*²¹ olup *kendine özgü bir hukukî rejimi*²² mevcuttur. Zira idarenin sözleşmeleri, *idarenin, belli ve farklı usullere göre yaptığı sözleşmeler*²³ olup *özgün kuralları* haizdir²⁴. Bu bağlamda *idareye özgü sözleşme hukuku* mevcuttur²⁵ ve idarenin idarî sözleşmelerinin oluşum aşamasında ve idarenin özel hukuk sözleşmelerinin de bir bölümünde görülebilen *özgün sözleşme kuralları* mevcuttur²⁶. İdare hukukunda geçerli olan kamu yararı, kamu hizmeti ile kamu gücü gibi esasların etkisiyle idarenin sözleşmeleri *farklı bir şekil ve içerik* kazanmaktadır²⁷.

İdarelerin sözleşme akdetmelerinin kaynağını, kamusal kanunlar ile bahşedilen yetki²⁸ oluşturabileceği gibi²⁹ tüzel kişilik sıfatından doğan ehliyeti de oluşturabilmektedir³⁰. Bu bağlamda idarenin sözleşmelerinde, biri “genel yönetim” biri de “özel yönetim³¹” biçimini esas alan *idarî sözleşmeler* ve *idarenin özel hukuk sözleşmeleri* olmak üzere, iki sözleşme türü karşımıza

⁸ GÖZLER, C.II, s.2.

⁹ GÜNDAY, s.121.

¹⁰ ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5.B, Turhan Kitabevi, 2016, s.551; GÖZLER, C.II, s.1,4.

¹¹ SARICA, Ragıp: İdare Hukuku Ders Notları, Kömen Teksir Bürosu, Daktilo, Fotokopi, 1972, s.84.

¹² GÖZLER, C.II, s.2; GÖZLER/KAPLAN, s.420.

¹³ GÖZLER, C.II, s.2; GÖZLER/KAPLAN, s.246; GÜNDAY, s.122; KALABALIK, s.317; KARAHANOĞULLARI, s.153; ÖZAY, s.490; TAN, İdari Sözleşme, s.291, YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.335.

¹⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.471; ATAY, s.427; SARICA, s.84; YAYLA, s.108.

¹⁵ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1304; GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C.I, Güncellenmiş 3.B, Ekin Yayınevi, 2019, s.760; GÜNDAY, s.121.

¹⁶ GÖZLER, C.I, s.760; GÖZLER/KAPLAN, s.235-236; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.365; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.323.

¹⁷ GÖZLER, C.I, s.763; GÖZLER/KAPLAN, s.247; GÜNDAY, s.121; KALABALIK, s.171.

¹⁸ DURAN, İdare Hukuku, s.428; ONAR, C.3, s.1590-1591.

¹⁹ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.394.

²⁰ KUTLU, s.40.

²¹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1315.

²² ODYAKMAZ, s.8.

²³ YAYLA, s.164.

²⁴ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1304.

²⁵ KARAHANOĞULLARI, s.207.

²⁶ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1308.

²⁷ ONAR, C.3, s.1590-1591.

²⁸ Bu durumda idareler, *kamusal yetki* ile donatılmaktadır. Bkz. DURAN, İdare Hukuku, s.427.

²⁹ DURAN, İdare Hukuku, s.427.

³⁰ ATAY, s.552; DURAN, İdare Hukuku, s.427; KALABALIK, s.420; GÖZLER, C.I, s.760; KARAHANOĞULLARI, s.212; ONAR, C.3, s.1592-1593; ÖZAY, s.508,523.

³¹ DURAN, İdare Hukuku, s.427; GÜNDAY, s.186.

çıkılmaktadır³². O hâlde idarelerin iki taraflı işlem tesisinde başvurabileceği iki hukukî yol bulunmaktadır. Bunlardan ilki, kamu hukuku kanunlarında yer alan hükümler ile idarelerin yetkili kılınarak bir sözleşme akdetmesi şeklinde olmaktadır. Diğeri ise idarelerin sahip olduğu tüzel kişiliğın, genel hükümler dairesinde sözleşme akdetme hususunda bir yetenek bahşetmesidir³³.

İdarî fonksiyonunun yerine getirilmesi için uygulanan kamu hukuku işlemleri, idarî işlemlerdir³⁴. İdarelerin de dayanağını Anayasa ya da kanunlardan almayan hiçbir konuda, kendiliğinden idarî fonksiyonu oluşturan işlem ve eylemleri gerçekleştirme hususunda serbest iradesi bulunmamaktadır. O hâlde, *idarî fonksiyon ve idarî işlem* bağlantısı temelinde, idarenin özel hukuk sözleşmeleri idarî işlem niteliğinde değilse de idarenin sözleşmeleri, *idarenin yetkilerinden* birini oluşturmaktadır³⁵ ve idarenin özel hukuk sözleşmesi yapma kararı, özel hukuktaki bir yetki ile değil *Devlet yetkisi* ile oluştuğundan, bu yetkiyi kullanmak hususundaki kararı da *idarî niteliklidir*³⁶. İdareye verilen bu yetki ise özel hukuktan tamamen farklı olarak ortak ihtiyaçları karşılamak ve kamu yararını sağlamak için verilen ve verilme sebebine ulaşmak için kullanılmak zorunda olan bir yetkidir. Bu sebeple statüler hukuku olan idare hukukunda konu, her zaman belirlenmiş ve objektif nitelikli olarak kalmaktadır³⁷.

İdarenin sözleşmeleri, idarî işlem ve eylemler gibi, *idarenin faaliyet araçlarından* birisi olarak karşımıza çıkmakta³⁸ olduğundan; idarenin hukukî faaliyetlerinin kapsamında, idarenin sözleşmeleri de bulunmaktadır³⁹. Devlet'in tüm faaliyetleri de kamu ihtiyaçlarını tatmin etmek ve kamu için gerekli, faydalı olan şeylerin yerine getirilmesi amacıyla yapılmaktadır; zira ancak bu amaç varlığında, yapılanlar hukukî kıymet arz etmektedir⁴⁰.

İdarenin tüm sözleşmelerinde, idarenin irade beyanını açıklaması kural olarak belli bir şekle bağlı olan ve birden çok işlemin tamamlanmasıyla oluşan bir dizi işlemler bütünüdür⁴¹. Dolayısıyla idarenin genel hükümler dairesinde sözleşme akdetme yeteneği, özel hukuk kişilerine kıyasla oldukça sınırlıdır⁴². Hem idarî sözleşmeler hem de idarenin özel hukuk sözleşmeleri ve bu sözleşmeyi akdetme kararı, ayırım olmaksızın, *nedenlidir* ve nedeni olmayan idarenin sözleşmeleri hukuka aykırı olmaktadır⁴³. O hâlde idarenin sözleşmeleri, yapılış usulü, içeriği ve nitelikleri açısından özel hukuk sözleşmelerinden farklılık göstermektedir⁴⁴. Bu bağlamda idarelerin hem kamu hukuku kanunları ile bahşedilen yetki hem de sahip olduğu tüzel kişilik dolayısıyla akdetmiş olduğu tüm sözleşmelerin, özel hukukta akdedilenlerden farklı nitelikte olduğu ve özellikler taşıdığı belirtilmelidir⁴⁵. Zira idareler, tüm işlemlerinde olduğu gibi sözleşmelerinde de bazı kurallara bağlı olarak faaliyet göstermekte⁴⁶ olup idarelerin özel hukuk sözleşmesi akdederken de bazı usul kurallarına uyması gerekmektedir⁴⁷. Bu sebeple, idarenin tüm sözleşmeleri, *idareye mahsus* niteliktedir⁴⁸.

İdare sözleşmesinin yapılmasına kadar geçirilen aşamalardaki usulsüzlüklerin yargısal denetimi, *idare hukuku kuralları*⁴⁹/*esasları*⁵⁰ uyarınca yapılmaktadır. Buradan hareketle, sözleşme akdedilene kadar oluşan ihale süreci, *kamu hukuku* içinde kabul edilmektedir⁵¹. Bu sebeple, idarenin tüm

³² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.462; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1304; GÖZLER, C.II, s.8; GÖZLER/KAPLAN, s.421; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.472; GÜNDAY, s.184; KALABALIK, s.420; KARAHANOGULLARI, s.212; ODYAKMAZ, s.3; ÖZAY, s.508; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.394.

³³ DURAN, İdare Hukuku, s.427.

³⁴ GÜNDAY, s.121.

³⁵ YAYLA, s.103; 163.

³⁶ DURAN, İdare Hukuku, s.427; DÜĞER, Sırrı: Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi, Yetkin Yayınları, 2019, s.83; KARAHANOGULLARI, s.212; ÖZYÖRÜK, Mükbil: İdare Hukuku Dersleri, Teksir/Daktilo/Fotokopi, 1972-1973, s.192. Ayrıca doktrinde de bir hukukî durum veya ilişki, bir Devlet yetkisi kullanılmak suretiyle ortaya çıkıyor ise bunu düzenleyen kuralların *kamu hukuku kuralları* olduğu belirtilmiştir. Bkz. ÖZYÖRÜK, s.191.

³⁷ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, 3.B, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.279.

³⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.303;462.

³⁹ YAYLA, s.184.

⁴⁰ ONAR, C.1, s.281.

⁴¹ KUTLU, s.42.

⁴² ATAY, s.552; DURAN, İdare Hukuku, s.427.

⁴³ KARAHANOGULLARI, s.209.

⁴⁴ ODYAKMAZ, s.3.

⁴⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.462; DURAN, İdare Hukuku, s.427; GÜNDAY, s.216; ODYAKMAZ, s.3; ONAR, C.3, s.1593; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.394.

⁴⁶ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1317.

⁴⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.463.

⁴⁸ ONAR, C.3, s.1593.

⁴⁹ TAN, İdari Sözleşme, s.291, 295-296.

⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.475.

⁵¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.478.

sözleşmelerinde *idarî bir denetim* mevcut olmaktadır⁵² ve herhangi bir norm bulunmasa dahi idarelerin sözleşme akdedilmesinde hiçbir kuralla bağlı bulunmadıkları şeklindeki bir hukukî sonuç ortaya çıkmamaktadır⁵³. İdarenin sözleşme iradesi, *kurallı* oluşmak zorundadır; idarenin *her türlü irade açıklamasının* hukukî geçerliliği, idarî fonksiyonun gerekleriyle belirlenmiş olan amaca uygun olmalıdır⁵⁴.

III. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNDE KAMU İHALE USULÜ VE SÖZLEŞMELERİN TEŞEKKÜLÜ

İdarenin sözleşme akdetme usulü, *idarî usuller*den biri olarak belirtilerek bu temelde ele alınmaktadır⁵⁵. Anayasa Mahkemesinin bir kararında⁵⁶ idarenin sözleşme akdetme iradesini oluştururken izlemesi gereken kuralların idarelerin iradesinden bağımsız olarak kanunlarca belirlenmesi ve *usuller* arasında seçim yapma serbestliğinin sınırlandırılmasının, Anayasal değerlerde ilkelere dönüştürüldüğü⁵⁷ görülmektedir. İlâveten, Uyuşmazlık Mahkemesinin bir kararında, idarelerin gerek yapısı gerekse idarede kanunilik ilkesi gereğince, hangi türde olursa olsun sözleşme akdetmeden önce çeşitli *usul kurallarına* uymak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda idarenin tüm sözleşmelerinde, kanunilik ilkesine idarelerce riayet edilmesi⁵⁸ ve sözleşme akdedilirken birçok *usul kuralına* uyulması gerekmektedir⁵⁹. Zira idareler, tüm işlemlerinde olduğu gibi akdedeceği sözleşmelerde de *belli yöntem ve biçim kurallarına* bağlıdır⁶⁰. Başka ifade ile idareler, tüm sözleşmelerinde, *izleyeceği usul, bağlı kalacağı yöntem ve şekil* açısından sınırsız bir takdir yetkisine sahip değildir⁶¹.

A. Kamu İhale Usulü

İdarelerin sözleşmeci kişiyi seçmek için izleyeceği *usuller*in, *kamu ihalesi* olarak ifade edildiği⁶² ve *ihale yönteminin* bir *idarî usul* olduğu⁶³ ve bu yöntem ile taraflardan biri idare olan sözleşmelerde, sözleşmenin diğer tarafının belirlenmesinin sağlandığı görülmektedir⁶⁴. Buradan hareketle, idarenin sözleşme akdedeceği genel usul kuralları, *kamu ihale usulü* olarak ifade edilmektedir⁶⁵. Ayrıca doktrinde, *kamu ihalesi usulünün*⁶⁶, idare hukukunun bir parçası olarak esasında ihalelerin hazırlık/yapılış aşamasını düzenlediği belirtilmektedir⁶⁷. Bu bağlamda idarenin sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü kısıtlayan bir husus olarak idarelerin sözleşmenin karşı tarafını *kamu ihale prosedürüne* uygun olarak seçme zorunluluğu bulunmaktadır⁶⁸. Bu noktada idareler, kamu hukuku kuralının bir tezahürü olan ihale hukuku mevzuatı (kuralları) ile bağlıdır⁶⁹.

B. Sözleşmelerin Teşekkülü

İdare hukuku ilke ve kuralları, yalnızca idarî sözleşmelere değil; imzalanıp uygulanıncaya dek idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de uygulanmaktadır⁷⁰. Bu sebeple de doktrinde, idarenin sözleşmeleri ile idarî sözleşmelerin teşekkülü birlikte ele alınarak açıklanmaktadır⁷¹.

İdarenin tüm sözleşmelerinin *hazırlık aşamasında yapılan işlemler*⁷² ile *sözleşmeden ayrılabilen kararlar*⁷³ idarî niteliği haiz olup idarenin tüm sözleşmeleri, idarî kararlardan oluşan bir sürecin sonunda akdedilmektedir⁷⁴. *Kural olarak* idarenin sözleşmelerinin tabi olduğu normal ve genel nitelikli

⁵² ONAR, C.3, s.1627.

⁵³ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.521.

⁵⁴ KARAHANOGULLARI, s.209,211-212.

⁵⁵ ONAR, C.3, s.474, 1590-1591.

⁵⁶ AYM, 09.04.1997, E.1997/35, K.1997/45.

⁵⁷ KARAHANOGULLARI, s.215.

⁵⁸ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1131.

⁵⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, 21.06.1999, E.1999/8, K.1999/17.

⁶⁰ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1317.

⁶¹ ÖZAY, s.523.

⁶² GÖZLER, C.II, s.106; GÖZLER/KAPLAN, s.438.

⁶³ BALTA, s.187; GÖZLER, C.II, s.37; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.585.

⁶⁴ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.585.

⁶⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.520-521.

⁶⁶ BALTA, s.187; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.521-522; GÖZLER, C.II, s.106.

⁶⁷ BALTA, s.187.

⁶⁸ SEZGİNER, Murat: “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI(1-2), 2007, s.1079.

⁶⁹ BUZ, Vedat: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Seçkin Yayınları, 2007, s.88.

⁷⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.462-463; GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, 34.B, Turhan Kitabevi, 2016, s.327; ÖZAY, s.509.

⁷¹ ONAR, C.3, s.1614.

⁷² GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1316; ONAR, C.3, s.1621; ÖZAY, s.509.

⁷³ KARAHANOGULLARI, s.261; KUTLU, s.102.

⁷⁴ KARAHANOGULLARI, s.261.

usul ve şekillerin dayandığı artırma, eksiltme ve ihale ilkesi sebebiyle, idarenin sözleşmelerinin teşekkülü, hazırlık, oluşum (teşekkül) ve tamamlanma (tekemmül) aşamalarından meydana gelmekte⁷⁵ olup hazırlık aşamasında uygulama alanı bulacak kurallar, genel anlamda ihale usulüdür⁷⁶.

İdarenin sözleşmelerinde, sözleşme akdedilene kadar ortaya çıkan süreç bakımından kural olarak bir farklılığın bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁷. Başka ifade ile idarenin tüm sözleşmelerinin akdedilmesi usulünün aynı kurallara bağlı olması gerektiği anlaşılmaktadır⁷⁸. İdarenin özel hukuk sözleşmeleri de sözleşmenin oluşum ve anlaşma aşamalarında idarî şekillere bağlı olup aynı durum idarenin idarî sözleşmeleri için de geçerlidir⁷⁹. Bu usuller çerçevesinde akdedilen idarenin özel hukuk sözleşmeleri de belli ölçüde idare hukuku kurallarına tabi olmakta⁸⁰ ve bu sebeple de idarenin özel hukuk sözleşmelerinin akdedilmesi süreci ile idarî sözleşmelerin akdedilme süreci⁸¹; yani sözleşmede karşı tarafın belirlenmesi ve sözleşmenin sonuçlandırılması süreçleri bakımından kural olarak idarî sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmeleri aynı olmaktadır⁸². O hâlde, idarenin sözleşmelerinde sözleşme yapma tekniği bakımından farklılık bulunmamaktadır⁸³. Bu bağlamda idarenin sözleşmesinin nitelendirilmesinde; sözleşmenin yapılmasında izlenen usulün belirleyici olmadığı ileri sürülmektedir⁸⁴. Buradan hareketle, idarenin sözleşmesinin niteliğine yönelik bir tespit, bir biçim olarak sözleşmeye ilişkin olmamakta; sözleşmeyle kurulan ve sözleşmenin düzenlediği ilişkinin niteliğine dair bir tespit olmaktadır⁸⁵.

1. Kamu İhale Sözleşmeleri

Doktrinde idarenin sözleşmeleri irdelenirken, iki kanuna yer verildiği görülmektedir⁸⁶: i. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu⁸⁷, ii. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁸⁸. Bahsi geçen Kanunlar, özel ihale usulleri⁸⁹ ya da temel kanun⁹⁰/temel ihale kanunları⁹¹ olarak ifade edilmekte olup bu Kanun hükümleri ile idare sözleşmelerinin hukuksal rejiminin (sözleşmenin yapılması) düzenlendiği⁹² belirtilmektedir. İlâveten doktrinde idarî sözleşmelerin akdedilmesi (kamu ihalesi) şeklinde bir irdelemenin yapıldığı da görülmektedir⁹³. Zira yukarıda belirtildiği üzere, idarenin sözleşmelerinde esas usul, kamu ihale usulü olup⁹⁴ bu usul, idarenin sözleşme yaparken izleyeceği usul⁹⁵ olarak ele alınmaktadır.

2886 ve 4734 sayılı Kanunlar uyarınca akdedilen kamu ihale sözleşmeleri⁹⁶, idarenin özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁹⁷. Ancak idarenin özel hukuk sözleşmeleri yapma usulleri bahsi geçen Kanunlarda düzenlenmekle birlikte; bu Kanunlar kapsamında yapılan sözleşmeler, kimi unsurları yönünden kamu hukuku kayıt ve şartlarına tabidir⁹⁸. Ayrıca, kamu ihalesi usulünün ve bu usulü düzenleyen 2886⁹⁹ ve 4734 sayılı Kanun hükümlerinin, idarenin hem idarî hem de özel hukuk sözleşmelerinde uygulanabileceğinin belirtildiği ve kamu ihalesinin sözleşmelerin akdedilmesi olarak

⁷⁵ ONAR, C.3, s.1614-1624. Eserin yazıldığı dönemde, mülga 2490 sayılı Artırma, Eksiltme ve İhale Kanunu yürürlüktedir.

⁷⁶ KUTLU, s.76.

⁷⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.463; ATAY, s.564.

⁷⁸ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1317.

⁷⁹ ONAR, C.3, s.1594-1595.

⁸⁰ ATAY, s.563-564; KALABALIK, s.438.

⁸¹ ATAY, s.563-564.

⁸² KUTLU, s.45.

⁸³ KUTLU, s.40; ONAR, C.3, s.1594-1595.

⁸⁴ TAN, İdari Sözleşme, s.297.

⁸⁵ TEKİNSOY, M. Ayhan: "İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 55(2), 2006, s.224.

⁸⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.491; ATAY, s.564; GÖZLER, C.II, s.108; GÖZLER/KAPLAN, s.440; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1318; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.522; GÜNDAY, s.195; ÖZAY, s.563.

⁸⁷ RG: 10.09.1983; 18161.

⁸⁸ RG: 22.01.2002; 24648.

⁸⁹ GÖZLER, C.II, 108; GÖZLER/KAPLAN, s.440.

⁹⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.491; SEZGİNER, İmtiyaz, s.1091.

⁹¹ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.585.

⁹² GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1318.

⁹³ GÖZLER, C.II, s.103; GÖZLER/KAPLAN, s.437.

⁹⁴ ONAR, C.3, s.1615.

⁹⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.520,524.

⁹⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.474.

⁹⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.478; ATAY, s.564; BALTA, s.98; DURAN, İdare Hukuku, s.447; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1318; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.474; GÜNDAY, s.195-196; KALABALIK, s.420; KUTLU, s.19; ÖZAY, s.510-511; SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s.81; TAN, İdari Sözleşme, s.295; YAYLA, s.165.

⁹⁸ ATAY, s.564; GÜNDAY, s.195,217.

⁹⁹ 2886 sayılı Kanun'daki usul izlenerek yapılan sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi şeklindeki nitelendirilmenin yanlış olduğu belirtilmiştir. Bkz. TAN, İdari Sözleşme, s.297. Benzer şekilde ihale süreci sonunda akdedilen bir sözleşmenin her zaman idarenin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olmadığına açık olduğu belirtilmiştir. Bkz. KUTLU, s.69.

ifade edildiği görülmektedir¹⁰⁰. Zira idarenin sözleşmelerinin oluşum aşamasında uyulması gereken kamusal kuralların; başka ifade ile idare hukuku kuralları ile ilkelerinin, aksi belirtilmediği sürece kamu ihale mevzuatında yer aldığı; bu bağlamda -4734 sayılı Kanun henüz yürürlük kazanmadığı dönemde-, kanunî bir düzenleme ile farklı usuller öngörülmedikçe idarenin taraf olduğu tüm sözleşmeler için sözleşmenin oluşum aşamasına yönelik 2886 sayılı Kanun'un genel nitelikte bir düzenleme olarak kabul edilmesi gerektiği¹⁰¹; kamu ihale mevzuatındaki düzenlemelerin¹⁰², aksi kanunî bir düzenlemede belirtilinceye kadar, idarî sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmesi ayrımı gözetilmeksizin genel nitelikli hükümler olarak uygulanacağı ileri sürülmektedir¹⁰³. Bu noktada doktrinde kamu ihale sözleşmeleri açısından var olduğu belirtilen *iki aşama teorisinin*¹⁰⁴ ilk aşaması ortaktır.

2. İmtiyaz Sözleşmeleri

İmtiyaz sözleşmeleri, idarenin *idarî* nitelikli sözleşmelerden birisidir¹⁰⁵. İdarenin sözleşmelerinde, *kural olarak* tabi olunan normal ve genel nitelikli usul ve şekillerin esas olmadığı ve bu bağlamda idarenin sözleşmelerinin teşekkülünde *istisnai usul ve şekillerden birisinin imtiyaz usulü* olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁶. Zira imtiyaz sözleşmelerinin katı şekil kurallarının mevcut olduğu *kamu ihale prosedürüne* tabi olmadığı¹⁰⁷, ihale mevzuatı dışında kaldığı¹⁰⁸; başka deyişle *ihale usulü* açısından 2886 ve 4734 sayılı Kanunlar kapsamında olmadığı¹⁰⁹ ve bu sözleşmelerin *Menafîi Umumiyeye Mütteallik İmtiyazat Hakkındaki Kanun* ile düzenlendiği belirtilmektedir¹¹⁰.

İmtiyaz sözleşmelerinde, sözleşmenin diğer tarafını seçimi hususunda idarenin serbestisinin ve ihtiyarî bir şekilde seçme yetkisinin bulunmadığına yönelik kuralın, imtiyaz sözleşmelerinde geçerli olmadığı¹¹¹; istisnai olarak idarenin sözleşmeci tarafı seçme serbestisinin tam olduğunun kural olarak kabul edildiği¹¹² ve rekabet ilkesinin uygulanmasında istisnai durumların varlığının kabul edilebileceği belirtilmektedir¹¹³.

Durum bu olmakla birlikte, Türkiye’de idarenin kamusal etkinliklerinin hukuksal rejimi, *kamu hukuku* olup idarenin işlem ve eylemleri ile kamusal etkinliklerin yürütülmesinde kanunilik ilkesi gereğince, kanunî ya da idarî düzenlemelerle önceden belirlenmiş birtakım esas ve usullere riayet edilme zorunluluğu bulunmaktadır¹¹⁴. İmtiyaz sözleşmelerinde de sözleşme akdedilmeden önce ve sözleşme akdedilme aşamasında, kanunî düzenlemelere bağlı olmak zorunda olan idarenin sözleşme yapma iradesi serbest değildir¹¹⁵ ve idareler, sözleşmenin diğer tarafının seçilmesi hususunda kamu ihale prosedüründen farklı şekilde daha geniş bir takdir yetkisini haiz olsa dahi, kamu yararı amacı bir sınır niteliğindedir¹¹⁶. Bu noktada imtiyaz sözleşmelerinde ortaya çıkan istisnanın, idarenin sözleşmelerinin *sözleşme aşamasında* mevcut olabileceği; imtiyaz sözleşmelerinin *hazırlık aşaması* açısından, idarenin tüm sözleşmeleri için geçerli olan usul ve esasların uygulanması gerektiği ve bu

¹⁰⁰ GÖZLER, C.II, s.106; GÖZLER/KAPLAN, s.458; TEKİNSOY, s.191.

¹⁰¹ KUTLU, s.45,67-69. Ayrıca idarenin hem idarî sözleşmelerinde hem de özel hukuk sözleşmelerinde sözleşme akdedilebilmesi için uyulmak zorunda olunan kuralların çeşitli mevzuatta yer almış olmakla birlikte, temel Kanun’un 2886 sayılı Kanun olduğu belirtilmektedir. Bkz. ODYAKMAZ, s.25.

¹⁰² Mülga 2490 sayılı Kanun’un idarenin sözleşmelerinin yapılmasında karşı tarafını seçmek üzere objektif usuller getirmiş olduğu ve idarelerin her türlü alım, satım ve yaptırma işlerinde akdedilecek idarî ve özel hukuk sözleşmelerini düzenlediği belirtilmiştir. Bkz. DURAN, İdare Hukuku, s.427,435. Yine doktrinde mülga 2490 sayılı Kanun’un bazı istisnalar olmak birlikte hem idarenin idarî hem de özel hukuk sözleşmelerini aynı şekilde tabi tuttuğu belirtilmiştir. Bkz. ONAR, C.3, s.1582.

¹⁰³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.463.

¹⁰⁴ BUZ, s.83-88.

¹⁰⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.474; ATAY, s.562; BALTA, s.189, 191; DURAN, İdare Hukuku, s.164, 334; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1316; GÖZLER, C.II, s.71; GÖZLER/KAPLAN, s.431; GÜNDAY, s.188; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.500; ONAR, C.1, s.15; ONAR, C.3, s.1606; ÖZYÖRÜK, s.193; SEZGİNER, İmtiyaz, s.1079; TAN, İdari Sözleşme, s.294; YAYLA, s.169; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.402.

¹⁰⁶ ONAR, C.3, s.1624.

¹⁰⁷ SEZGİNER, İmtiyaz, s.1088; KARAHANOGULLARI, s.214.

¹⁰⁸ ONAR, C.3, s.1626.

¹⁰⁹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1316; SEZGİNER, İmtiyaz, s.1087.

¹¹⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.483; ATAY, s.628; DURAN, Lütfi: “Yap-İşlet-Devret”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 46(1), 1991, s.152; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.2015: 1213; GÖZLER, C.II, s.73; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.502; GÜNDAY, s.189; ONAR, C.3, s.1626; SEZGİNER, İmtiyaz, s.2007: s.1085; TAN, İdari Sözleşme, s.302; TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 47(3), 1992, s.309; YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.402.

¹¹¹ ONAR, C.3, s.1615.

¹¹² GÖZLER/KAPLAN, s.438.

¹¹³ KUTLU, s.48-49.

¹¹⁴ DURAN, Yap-İşlet-Devret, s.150.

¹¹⁵ KARAHANOGULLARI, s.214.

¹¹⁶ SEZGİNER, İmtiyaz, s.1088.

sözleşmelerde esaslı bir şartname hazırlanması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁷. Ayrıca imtiyaz sözleşmelerinde, sözleşmenin diğer tarafının seçiminde daha fazla serbestiye sahip olan idarenin sözleşmenin oluşum aşamasında tesis ettiği idarî nitelikli işlemler, Anayasa'nın 125. maddesine göre de yargısal denetime tabidir¹¹⁸. Bu bağlamda imtiyaz sözleşmelerinde de kamu hukukundan doğan kurallara aykırı davranılmaması¹¹⁹, idarenin tüm işlemleri gibi imtiyaz sözleşmesi akdetme kararının da kamu yararı amacına yönelik olması ve sözleşmenin karşı tarafını seçme konusundaki takdir yetkisini kullanırken idarelerin kamu yararını gözetmesi ve seçimini kamu yararı bakımından haklı gerekçelere dayandırması gerekmektedir¹²⁰.

Ayrıca yapılacak bir ilan suretiyle idare ile bir idarî sözleşme akdetme talebi bulunan kişilere tam eşit muamele yapılması, ekonomideki rekabet kurallarına uyulması ve görülecek işin icaplarının da gözden uzak tutulmaması gerekmektedir¹²¹. Bu bağlamda idareler, özel hukuk kişileri gibi tam bir sözleşme özgürlüğünü haiz olmayıp kamu yararı, rekabet, açıklık gibi ilkeleri dikkate alarak müzakere ile imtiyaz sözleşmesinin diğer tarafını seçecektir¹²². Başka deyişle idare hukukunun genel ilke ve kuralları uyarınca işlem yapmak zorunda olan idareler, imtiyaz sözleşmelerinde de sözleşmenin diğer tarafını seçerken, açıklık, objektiflik, rekabet ve kamu yararına en uygun koşulları sağlayacak şekilde hareket etmelidir¹²³. Bu açıklamalardan hareketle, imtiyaz sözleşmeleri de *kurallı* olmak zorunda olup bu sözleşmelerin kamu ihale mevzuatına tabi olmamaları, bunların ihale süreci olmaksızın ortaya çıkma sonucunu doğurmamaktadır¹²⁴. Bu noktada, Anayasa'nın madde 155/2 hükmünde, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek şeklinde Danıştay'a verilmiş olan görevin önemli bir hukukî sonucunun bulunduğu; zira Anayasa ile hükme bağlanan bu görev uyarınca, imtiyaz sözleşmeleri açısından sözleşme öncesinde Danıştayca bir düşünceye varılmasına imkân sağlayacak bir şartnamenin hazırlanması gerektiğine yönelik iradenin bulunduğu düşünülmektedir. Bu anlamda imtiyaz öncesi bir şartname ve konusu olacağı sözleşme, Danıştay'a verilen bu görev suretiyle bir kanaat oluşturacak şekilde hukukî varlık kazanmış olmalıdır.

IV. İDARENİN SÖZLEŞMELERİNDE ÖNGÖRÜLEN USULÜN VARLIK SEBEPLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

İdareler, değişiklik nitelikte farklı¹²⁵ sözleşmeler yapmakta ve birden çok sebep ile ihtiyaca¹²⁶ dayalı olarak sözleşme akdetme yolunu¹²⁷ seçebilmektedir. İdarenin sözleşmelerinde, *kamu hizmeti*, *kamu yararı* ve *kamu maliyesi* şeklinde tasnif edebileceğimiz ve bu sözleşmeler için öngörülen usulün varlık sebeplerini teşkil eden üç ayrı temel boyut bulunduğu düşünülmektedir.

A. Kamu Hizmeti: Görev

“Kamu hizmeti, toplum için önem kazanmış ortak ve genel bir ihtiyacın tatminine yönelik olarak kamu tüzel kişileri veya onların denetimi altında özel kişilerce yürütülen bir faaliyet” olarak tanımlanmaktadır¹²⁸. Bu bağlamda kamu hizmeti idarenin faaliyetlerinden birisi olarak karşımıza çıkmakta¹²⁹; ancak idarenin tüm faaliyetleri, kamu hizmeti niteliğinde olmamaktadır¹³⁰.

*İdarî sözleşmelerin ölçütlerinden birisinin, sözleşmenin konusunun bir kamu hizmeti yürütülmesi, görülmesi, yerine getirilmesi olduğu*¹³¹ ve kamu ihalelerinin konusunun ise kamu hizmet ve faaliyetlerine doğrudan katılmayı içermediği belirtilmektedir¹³². Zira kamu hizmetleri ile ilgili bazı araç gerci sağlamak, bazı işleri yaptırmak üzere akdettiği sözleşmeler, sözleşmelerin diğer tarafının kamu hizmetine katılması ve sözleşmenin konusunun bir kamu hizmeti yürütülmesi, görülmesi, yerine

¹¹⁷ ONAR, C.3, s.1626.

¹¹⁸ KUTLU, s.49-50.

¹¹⁹ DURAN, Yap-İşlet-Devret, s.150.

¹²⁰ ÖZTÜRK, K. Burak: “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, Ankara Üniversitesi, SBE Kamu Hukuku ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000, s.66.

¹²¹ AZRAK, A. Ülkü: “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 29(3), 1963, s.539.

¹²² SEZGİNER, İmtiyaz, s.1088,1093.

¹²³ DURAN, Yap-İşlet-Devret, s.166.

¹²⁴ KARAHANOGULLARI, s.214.

¹²⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.462.

¹²⁶ YAYLA, s.163.

¹²⁷ KUTLU, s.16.

¹²⁸ GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 9(1-3), 1988, s.148.

¹²⁹ DURAN, İdare Hukuku, s.311; ONAR, C.1, s.13.

¹³⁰ DURAN, İdare Hukuku, s.303.

¹³¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.474; ATAY, s.627; AZRAK, s.537; BALTA, s.188; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1309; GÖZLER/KAPLAN, s.509; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.488; ONAR, C.3, s.1599; ÖZYÖRÜK, s.193; TAN, İdari Sözleşme, s.292.

¹³² YAYLA, s.164-165.

getirilmesi şartlarını taşımadığından bahisle, idarenin idarî sözleşmeleri olarak kabul edilmemektedir¹³³. Ancak idarenin sözleşmelerinde idare ile sözleşmenin diğer tarafı arasında kurulan ilişki idare hukukuna tabi olmakta ise de konusunun özel hukuk faaliyeti olabileceği ve dolayısıyla her zaman kamu hukuku faaliyeti olmadığı belirtilmektedir¹³⁴. Bu bağlamda kamu hizmetlerinin bir kısmı için medenî ve ticarî mahiyette sözleşmeler akdedilebilmektedir¹³⁵; idarenin özel hukuk sözleşmeleri ile de kamu hizmetleri görülebilmektedir¹³⁶. Buradan hareketle, kamu hizmetinin idarî ögesi, esas itibarıyla kamusal yönetim biçimi/usulü olmakla birlikte; idarenin özel hukuk hükümlerine göre yürüttüğü faaliyetler olan özel yönetim biçimleri/usulleri de kamu hizmetinin idarî ögesi olabilmektedir¹³⁷. Ayrıca idarenin sözleşmelerinde, sözleşmenin diğer tarafının kamu hizmetini görme işlevinden kamu hizmetine katılma işlevinin giderek arttığı ve katılmanın da mahiyetinin doğrudan ya da dolaylı oluşunun ölçüsü bulunmadığından dolayı; bir sözleşmenin idarî nitelikte olup olmadığını tespit edici bir unsur olmaktan çıktığı belirtilmektedir¹³⁸.

İdarelerin idarî kamu hizmetleri için, özel hukuk usullerini ifade eden özel yönetim biçimi/usulü istisna iken; günümüzde kamu hizmetlerinin çoğunluğunu oluşturan sınaî ve ticarî nitelikteki kamu hizmetleri için *genel kural* olduğu belirtilmiştir¹³⁹. İktisadî kamu hizmetleri de özel hukuka tabi olmakla beraber; hizmetin ihtiyaçlara ve teknik gereklere uygun şekilde yürütülmesi, genişletilmesi ve hizmete ihtiyaç duyanlara ihtiyacı oranında eşit şekilde dağıtılmasının sağlanması hususları bakımından ise idare hukuku kurallarına tabi olmaktadır¹⁴⁰. Bu durumda, hiçbir kamu hizmetinin mutlak nitelikte kamu hukuku ya da özel hukuka tabi olmadığı; kamu hizmetlerinin hukukî rejiminin konu ve amaçlarına göre değişik ölçüde, kamu ve özel hukuktan oluşan karma nitelikte olduğu belirtilmiştir¹⁴¹. Ancak bu durum dahi, kamu hizmetinin kurallarının *objektif hukuk kuralları* olduğu sonucunu değiştirmemektedir¹⁴². O hâlde, idarenin kamu yararı amacıyla toplumun genel ihtiyaçlarını karşılamak üzere yürüttüğü faaliyetler, hangi yol ve usulle gerçekleştirildiğine bakılmaksızın *kamu hizmeti* sayılmaktadır¹⁴³.

İdareler, *kamu hizmetlerini yürütülebilmesi* adına¹⁴⁴ ve yapacağı veya gördüreceği işlerle, alım-satım, hizmet, yapım, kira vb. işlerle ilgili isteklilerle kural olarak sözleşme akdetmektedir¹⁴⁵. Bu bağlamda kamu hizmetinin tümüyle ya da bazı safhalarının görülmesi veya bunlar için gerekli vasıtaların temin edilmesi, idarenin hem idarî hem de özel hukuk sözleşmelerinin mahiyetini oluşturmaktadır¹⁴⁶.

Doktrinde, kamu ihale usulleri ile alınan mal ve hizmetler suretiyle ihtiyacın karşılanması sırasında, sözleşmenin diğer tarafının *yabancı* durumda olduğu ve kamu hizmetinin ifa edileceğine yönelik bir borç altına girmediği belirtilmekte ise de bu mal ve hizmetlerin *kamu hizmetleri için kullanılıyor olduğu* ileri sürülmektedir¹⁴⁷. Başka deyişle, idarenin *kamu hizmeti için ihtiyaç duyduğu* bir kısım eşyanın temin edilmesi hâllerinde, kamu hizmetleri ile dolaylı bir ilgi mevcuttur¹⁴⁸.

İlaveten kamu ihalelerinin çok kez *kamu hizmetini görmek için*¹⁴⁹, *idarenin faaliyetlerinin yürütülmesindeki gereksinimleri karşılamak üzere*¹⁵⁰, *hizmetin ihtiyaç duyduğu mal ve hizmetleri sağlamak için*¹⁵¹ ve *idarenin görev alanına giren hizmetlerin yürütülmesi amacıyla yapıldığı*¹⁵² da ifade edilmektedir. Danıştay'ın bir kararında, *kamu hizmetinin en iyi biçimde yürütülebilmesi amacıyla*, idarelerin mal ve hizmet alımı için ihale yaptığı hususuna yer verilmiştir¹⁵³. O hâlde, idarenin

¹³³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.474.

¹³⁴ DURAN, İdare Hukuku, s.186.

¹³⁵ ONAR, C.3, s.1594.

¹³⁶ BALTA, s.189.

¹³⁷ DURAN, İdare Hukuku, s.305-306.

¹³⁸ ÖZYÖRÜK, s.192.

¹³⁹ DURAN, İdare Hukuku, s.306,309.

¹⁴⁰ BALTA, s.97.

¹⁴¹ DURAN, İdare Hukuku, 306,309.

¹⁴² ONAR, C.1, s.17.

¹⁴³ DURAN, İdare Hukuku, s.303,305-306,309.

¹⁴⁴ GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s.1304; KALABALIK, s.420; ONAR, C.3, s.1591.

¹⁴⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.489; ODYAKMAZ, s.23.

¹⁴⁶ ONAR, C.3, s.1627.

¹⁴⁷ ONAR, C.3, s.1610.

¹⁴⁸ ONAR, C.3, s.1599. Ayrıca bkz. BUZ, s.66.

¹⁴⁹ BALTA, s.189.

¹⁵⁰ KUTLU, s.74.

¹⁵¹ KARAHANOGULLARI, s.217.

¹⁵² KUTLU, s.76.

¹⁵³ Danıştay 10.D., 18.04.1995, E.1994/7750, K.1995/2059.

sözleşmeleri yalnızca kamu hizmetini değil, *kamu hizmetinin ihtiyacını* en iyi tatmin edilecek biçimde yapılması gerekmektedir¹⁵⁴.

Karşılaştırmalı hukukta idarî rejimi benimsemiş ülkelerde idarenin sözleşmelerinin nitelendirilmesinde farklı uygulama ve anlayışın yerleştiği görülmektedir. Türk hukukunda idarî sözleşmeler grubunda¹⁵⁵ ve idarenin sözleşmeleri içerisinde¹⁵⁶ *ihale sözleşmeleri* tasnifi bulunmamasına rağmen; Fransa’da ihale sözleşmelerinin, idarî sözleşmeler içinde en önemli sözleşme grubunu oluşturduğu belirtilmektedir¹⁵⁷. Fransız idare hukukunda ihale sözleşmelerinin idarî sözleşme niteliğinde kabul edildiği ve ihale sözleşmelerinin kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle gördürülmesi usullerinden biri olarak yer aldığı ileri sürülmektedir¹⁵⁸. Başka deyişle, konusu *kamu hizmetinin kurulabilmesi için gerekli eşyanın temini-teslimi*, kamu hizmetinin mütemmim cüzü mahiyetindeki gayrimenkullerin inşası olan sözleşmeler, Fransız hukukunda idarî niteliklidir¹⁵⁹. Bu bağlamda Fransız Kamu İhale Kanunu uyarınca yürütülen ve konusunun bayındırlık işlerinin yapımı, malzeme ve hizmet alımı olduğu sözleşmeler ile kamu malının işgaline ilişkin sözleşmeler, taşıma sözleşmeleri, idareye ait gayrimenkullerin satışına ilişkin sözleşmeler, kamu borçlanma sözleşmeleri¹⁶⁰ idarî nitelikli olarak kabul edilmektedir. İlâveten Alman hukukunda da konusu yol inşası olan sözleşmeler, idarî nitelikli olarak kabul edilmektedir¹⁶¹. İngiliz hukukunda ise idarenin sözleşmelerinin, iki açıdan önem arz ettiği belirtilmektedir. İlk olarak sözleşmeler, idare açısından *bir değişim aracıdır (medium of exchange)*. İkinci olarak ise sözleşmeler, bir yönetim/yönetişim (*governance*) ve regülasyon tekniğidir. Bir yönetim tekniği olarak sözleşme ile kastedilen kamu hizmetlerinin sözleşme ile özel hukuk kişilerine gördürülmesidir¹⁶².

Bu açıklamalar ışığında kanaatimize göre, idarenin sözleşmelerinin konusuna hâkim olan doğrudan ya da dolaylı kamu hizmeti ilişkisi, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden farklı özellik göstermesinin ve idarenin sözleşme akdetmesindeki usulün varlık kazanmasının sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. Kamu Yararı: Amaç

İdarî sözleşmeler, *kamu yararı amacı taşıyan sözleşmelerdir*¹⁶³. Kamu hizmetlerinin amacı da kamu yararadır¹⁶⁴; İdarî sözleşmeler, *kamu yararı amacı taşıyan sözleşmelerdir*¹⁶⁵. Kamu hizmetlerinin amacı da kamu yararadır¹⁶⁶; kamu yararı da kamu hizmetinin bir unsuru olmaktan ziyade, bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁷. Diğer taraftan, malî bir menfaat amacıyla, Devlet’in bir taşınmazını kiraya vermesinde, genel ve ortaklaşa ihtiyaçların tatmini ile kamu yararının sağlanması amacı bulunmasa da sonuç itibarıyla, kamuya aidiyetten dolayı dolaylı olarak yine *kamunun yararlanacağı* ve *kamu yararının sağlanmış olacağı* belirtilmiştir¹⁶⁸. Zira *kamu yararı* amacının güdüldüğü Devlet’in iktisadî, sosyal ve kültürel faaliyetlerinde genel olarak uygulama alanı bulan özel hukuk usullerini ifade eden özel yönetim biçimi/usulü geçerli olmakla birlikte; kamu hukuku ilke ve hükümlerine de kısmen tabi olunmaktadır¹⁶⁹.

İdarenin tüm sözleşmeleri idarî fonksiyona tabi olmaktadır. İdarî fonksiyonu, özel hukuk kişilerinin faaliyetlerinden ayıran en önemli kriterin kamu yararı olduğu; idarî fonksiyonun amacının kamu yararını gerçekleştirmek olduğu belirtilmiştir¹⁷⁰. Başka deyişle, kamu tüzel kişilerinin faaliyetlerinde *kamu yararına* uygun davranma zorunluluğu bulunmaktadır¹⁷¹. Danıştay’ın bir kararında da kamu hizmetinin gerektirdiği işlerin *kamu yararı gözetilerek* gerektiğinde üçüncü kişilere

¹⁵⁴ KARAHANOGULLARI, s.213.

¹⁵⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.478.

¹⁵⁶ KUTLU, s.65.

¹⁵⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.479; BALTA, s.153; KUTLU, s.63.

¹⁵⁸ KUTLU, s.63,71.

¹⁵⁹ AZRAK, s.522,524.

¹⁶⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.477-479.

¹⁶¹ AZRAK, s.526,532. Ayrıca Türk hukukunda da bayındırlık ihalelerinin idarî sözleşme kategorisinde olmasının gerektiğini ileri süren görüşler de mevcuttur. Bkz. BALTA, s.153.

¹⁶² CANE, Peter: Administrative Law, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011, s.26-27.

¹⁶³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.474.

¹⁶⁴ DURAN, İdare Hukuku, s.304,311.

¹⁶⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.474.

¹⁶⁶ DURAN, İdare Hukuku, s.304,311.

¹⁶⁷ GÜLAN, s.149.

¹⁶⁸ ONAR, C.1, s.16-17.

¹⁶⁹ DURAN, İdare Hukuku, s.306.

¹⁷⁰ KALABALIK, s.10,12,16.

¹⁷¹ ATAY, s.552.

gönderilmesi hususunun tartışma dışı olduğu belirtilmiştir¹⁷².

İdarenin özel hukuk sözleşmelerinde de kamu yararı amacıyla hareket edilmelidir¹⁷³. Bu bağlamda idarenin kamu yararı amacını içeren bir faaliyeti, bir yönden kamu hukuku kurallarına bağlı olmaktadır¹⁷⁴.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında kanaatimize göre, idarenin sözleşmelerine hâkim kamu yararı amacı, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden farklı özellik göstermesinin ve idarenin sözleşme akdetmesindeki usulün varlık kazanmasının sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Kamu Maliyesi: Kaynak

Kamu ihaleleri ile kamusal kaynaklar üzerinde yaratılan etki sebebiyle *kamu ihale usulüne* bağlı kamu ihalelerinin *kamu maliyesi usulüne* göre yürütüldüğü belirtilmektedir. Zira *malî usul* ile düzenlenen konulardan biri de kamu ihaleleri olmaktadır¹⁷⁵. Ayrıca kamu ihalelerinin idarenin sözleşmelerinin oluşumu açısından var olan hukukî boyutunun yanı sıra *ekonomik bir işlem* olduğu ileri sürülmektedir¹⁷⁶. Bu noktada, kamu ihaleleri hukuk biliminin (kamu ihale hukuku, idare hukuku, rekabet hukuku, özel hukuk, borçlar hukuku) yanı sıra, doğasında yer alan yüksek rakamlı kamusal kaynaklar sebebiyle, Devlet'in ekonomiye bir aktör olarak dâhil olduğu, iktisadî ve malî dengeler üzerinde önemli tesirleri bulunduğu ve bu bağlamda da iktisat ve maliye bilimlerinin de bazen çakışarak bazen çatışarak yer aldığı bir olgudur¹⁷⁷.

Kamu gelir ve giderleri ile kamu bütçesine ilişkin kurallar bütünü oluşturulan *maliye hukuku/malî hukukun* bu bütünü temsil etmek üzere, gelir hukuku, gider hukuku (harcama hukuku) ve bütçe hukuku olmak üzere üç alt dalı bulunmaktadır¹⁷⁸. İdarenin sözleşme konusu iş için yapacağı harcama, kamu parasından yapılmakta; elde edilen gelir de kamu geliri olmaktadır¹⁷⁹. O hâlde idarenin akdettiği her bir sözleşme ile bir veya daha fazla özel hukuk kişisi ile *malî bir ilişki* kuracağı açıktır. Zira idarenin sözleşmeleri suretiyle, *kural olarak* kamusal bir harcama ya da kamusal bir gelir ortaya çıkmaktadır¹⁸⁰. *Kamu hizmetlerinin gerektirdiği gider ve bunları karşılayacak gelirlerin tahmini ile bunları toplama ve sarf etme yetkisi veren bütçe*¹⁸¹ açısından idarenin sözleşmeleriyle ortaya çıkan bu hukukî sonuç, oldukça elzemdir.

Kamu kuruluşlarının kasalarından belirli hizmetler için para çıkması, kamu giderlerinin bütçe açısından anlamını oluşturmaktadır¹⁸². Bu bağlamda da kişilerle Devlet (idare) arasındaki malî ilişkileri düzenleyen usul ve kuralların konusunu oluşturduğu malî olayları *hukukî açıdan*¹⁸³/*hukukî yönden*¹⁸⁴ irdeleyen *maliye hukuku/malî hukuk* disiplini araştırmalarının idarenin sözleşmelerinde ve bu sözleşmelerin akdedilme usulünde önemli bir yeri bulunmaktadır.

Kamu hizmetlerinin karşılanması için, Devlet'in malî araçlara, iktisadî değerlere ihtiyacı bulunmaktadır¹⁸⁵. Maliye biliminin konusunu oluşturan malî olaylar da¹⁸⁶ kamusal ihtiyaçların karşılanması amacıyla Devlet ve diğer kamu kuruluşlarının ekonomik değerler elde etmesi ve bunların kamu hizmeti için harcanmasını ifade etmektedir¹⁸⁷. Devlet'in görevlerini yerine getirebilmesi için gerek duyulan malî vasıtaların/iktisadî değerlerin elde edilmesi ve bunların kullanılması/harcanması, malî olayları oluşturmaktadır¹⁸⁸. Bu bağlamda maliye biliminin konusu, kamu ihtiyaçlarından doğan kamu hizmetlerini görmek üzere gelir elde etmek ve bunları kamu hizmetlerine harcamak yoluyla ortaya çıkan *ekonomik işlemler*¹⁸⁹. O hâlde *kamu maliyesi* ile kamu hizmetleri ve bu hizmetler için *elde edilecek* ya da *harcanacak ekonomik değerler* arasında doğrudan bir ilişki mevcuttur.

¹⁷² Danıştay 13.D., 20.10.2015, E.2015/1814, K.2015/3507.

¹⁷³ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1318.

¹⁷⁴ DURAN, İdare Hukuku, s.306.

¹⁷⁵ BALTA, s.187,197.

¹⁷⁶ KUTLU, s.77.

¹⁷⁷ BUZ, s.36.

¹⁷⁸ OKTAR, S. Ateş: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 14.B, Türkmen Kitabevi, 2019, s.21.

¹⁷⁹ KARAHANOGULLARI, s.213.

¹⁸⁰ AKEL, Yeliz Neslihan: "Kamu İhalelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", Vergi Sorunları Dergisi, (350), Kasım 2017, s.131-152.

¹⁸¹ FEYZİOĞLU, Bedi Necmeddin: Nazari, Tatbiki, Mukayeseli Bütçe, 7.B, Filiz Kitabevi, 1984, s.4-5.

¹⁸² ERGİNAY, Akif: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve İşlenmiş 15.B, Savaş Yayınları, 1994, s.131.

¹⁸³ AKSOY, Şerafettin: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve İlâveli 4.B, Filiz Kitabevi, 2011, s.16.

¹⁸⁴ ERGİNAY, s.13.

¹⁸⁵ AKSOY, s.2,9.

¹⁸⁶ AKSOY, s.9; ERGİNAY, s.7.

¹⁸⁷ ERGİNAY, s.7.

¹⁸⁸ AKSOY, s.10.

¹⁸⁹ ERGİNAY, s.7.

İdarenin sözleşmelerinde de *kamu parası* söz konusu olmakta¹⁹⁰ ve bu suretle idarî sözleşmeler gibi idarenin özel hukuk sözleşmelerinde de *kamusal (malî-parasal) kaynaklar*¹⁹¹ üzerinde tesir eden hukukî sonuçlar yaratılmaktadır. Bu bağlamda idarenin sözleşmelerinde *kamu parasının* ve de kamu yararının söz konusu olması sebebiyle, idarenin özel hukuk sözleşmelerinde dâhi, belli ölçüde kamu hukuku (idare hukuku)¹⁹² kurallarının uygulanması gerekmekte¹⁹³ ve idarenin sözleşmelerinde ayrı kurallara ihtiyaç duyulmaktadır¹⁹⁴.

İdarelerce yürütülen ihaleler suretiyle akdedilen sözleşmelerin değerinin oluşturduğu toplam miktarın hacmi de dikkate alındığında, idarenin sözleşme akdedeceği kişiyi seçerken izleyeceği usulün ne kadar önemli olduğu anlaşılabilir¹⁹⁵. Bu bağlamda idarenin akdedeceği sözleşme bedelinin pazarlıkla¹⁹⁶ ya da serbestçe¹⁹⁷ belirlenmesi de mümkün olmamaktadır.

1. Kamu Harcaması Gerektirmeyen İdarenin Sözleşmeleri

Mevzuatımızda temel ihale kanunlarının dışında, ihaleleri düzenleyen başka kanunlar da yürürlükte ve ihale usullerini düzenleyen bu kanunların amacı, *Devlet'in piyasa ile alışveriş ilişkilerini düzenlemektir*¹⁹⁸. Temel ihale kanunlarından biri olan 2886 sayılı Kanun kapsamında, kural olarak *satım, trampa ve mülkiyetten gayri aynî hak tesisi işlerine* ve kamu bütçesinden ayrılan ödeneklerde -hesaplarda- bulunan paranın, kamusal harcama yapılmak suretiyle kamusal gider oluşturmayan *kira ve yapım işlerine* yönelik ihaleler yürütülmektedir. Bu bağlamda, 2886 sayılı Kanun uyarınca, kamu harcaması gerektirmeyen ya da kamusal kaynak oluşturan ihale işleri gerçekleştirilmektedir¹⁹⁹. İdarenin akdettiği sözleşme sonucunda kamu geliri elde edildiği hâllerde de *kurallılık* geçerli olup sıkı sorumluluk ve denetim geçerli olacaktır²⁰⁰.

Maliye biliminin ele aldığı konulardan birisi de kamu ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla harcanacak olan gelirlerin elde ediliş usulüdür. Özel hukuk kurallarına göre yönetilen mülk ve teşebbüs gelirleri de Devlet'in ihtiyaç duyduğu ekonomik değerleri elde ettiği kamu gelirleri türünden birisini oluşturmakta olup yapılan idarî tasnif açısından *devlet patrimuanın gelirleri* olarak *vergi dışı normal gelirler*; bilimsel tasnif açısından *olağan gelirler* içerisinde yer almaktadır²⁰¹. O hâlde, 2886 sayılı Kanun kapsamında yürütülecek ihaleler suretiyle akdedilecek sözleşmeler ile bu sözleşmenin akdedilişindeki usulün, kamu maliyesi ile ilişkisi *doğrudan*dır. Ayrıca 2886 sayılı Kanun kapsamındaki ihaleler, öncelikle kamu bütçesine *gelir* etkisi yaratmakta olup bunların da 4734 sayılı Kanun uyarınca yürütülecek ihaleler²⁰² ile kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılacağı açıktır. Diğer taraftan, kamu bütçesi üzerinde *gelir* ve ayrıca *gider* etkisi bulunmamakla birlikte, yapım işlerinde de parasal olmayan diğer kamu kaynaklarını kullanmak suretiyle ihaleler yürütülmekte²⁰³ ve en nihayetinde *parasal* ya da *parasal olmayan kamusal kaynaklar* edinilmektedir. Bu kaynakların da kamu hizmetlerinin finansmanı işlevi bulunmaktadır.

2. Kamu Harcaması Gerektiren İdarenin Sözleşmeleri

Temel ihale kanunlarından bir diğeri olan 4734 sayılı Kanun kapsamında, her türlü kamusal kaynaktan karşılanarak hesaplarda (ödenekte) bulunan paranın kamusal harcama yapılmak suretiyle gider oluşturan ihale işleri yürütülmektedir²⁰⁴. Bu bağlamda her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri ile 4734 sayılı Kanun'un madde 22/e hükmünde de takdire bağlı olarak idarelerin ihtiyacına uygun taşınmaz kiralınmasına yönelik ihale işlemleri, bu Kanun hükümleri uyarınca yapılacaktır²⁰⁵.

¹⁹⁰ ATAY, s.563-564; DURAN, İdare Hukuku, s.447; GÜNDAY, s.195-196; KALABALIK, s.438.

¹⁹¹ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1317-1318.

¹⁹² KALABALIK, s.438; ÖZAY, s.509.

¹⁹³ ATAY, s.563; GÜNDAY, s.195.

¹⁹⁴ DURAN, İdare Hukuku, s.447.

¹⁹⁵ KUTLU, s.46.

¹⁹⁶ YILDIRIM/YASİN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/OKAY TEKİNSOY, s.394.

¹⁹⁷ GÜNDAY, s.216.

¹⁹⁸ BULUTOĞLU, Kenan: Kamu Bütçesi, Kamu Harcamaları, Kamu Borçları, Batı Türkeli Yayıncılık, 2004, s.203.

¹⁹⁹ AKEL, Kamu Bütçesi, s.135-136; AKIN, Yeliz Neslihan: "İlga Hükümler Çerçevesinde 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nun Düzenleme Alanı Hakkında Bir Değerlendirme", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6(12), Aralık 2018, s.54; AKIN, Yeliz Neslihan: 4743 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nda İdarî Başvuru Yolları ve Başvuru Ehliyeti, 1.B. On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.173-174.

²⁰⁰ KARAHANOGULLARI, s.213.

²⁰¹ ERGİNAY, s.14,18,25-26.

²⁰² AKEL, Yeliz Neslihan: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda Yasaklama Kararları, 1.B. On İki Levha Yayıncılık, 2018, s.VII.

²⁰³ AKEL, Kamu Bütçesi, s.135-136; AKIN, İlga, s.41.

²⁰⁴ AKIN, İlga, s.30.

²⁰⁵ AKEL, Kamu Bütçesi, s.135-136.

Maliye biliminin ele aldığı konulardan bir diğeri de kamusal ihtiyaçların karşılanması amacıyla harcanacak olan gelirlerin kamu hizmetlerine harcanması usulüdür²⁰⁶. İdarenin akdettiği sözleşme sonucunda kamu parasının harcadığı hâllerde de *kurallılık*, sıkı sorumluluk ve denetim geçerli olacaktır²⁰⁷. Kamu ihaleleri de piyasa ekonomisinin belli bir gelişme düzeyine ulaşması hâlinde, inşaat, satın alma ve hizmet işlerinde rekabetin tesis edilme suretiyle, *kamu giderlerinde tasarruf sağlayan bir usul* olarak karşımıza çıkmaktadır²⁰⁸. O hâlde, 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülecek ihaleler suretiyle akdedilecek sözleşmeler ile bu sözleşmenin akdedilişindeki usulün, kamu maliyesi ile ilişkisi *doğrudandır*. Ayrıca 4734 sayılı Kanun kapsamında yürütülen ihaleler suretiyle temin edilecek mal ve hizmetler ile yapım işleri ve idarelerce kiralanacak taşınmazların, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde kullanılabileceği açıktır.

Kamu hizmetlerinin kamuya arz edilmiş olmaları dolayısıyla, kişiler açısından, *kural olarak* meccanilik, parasız, bedelsiz olma ilkesi geçerlidir²⁰⁹. Ancak en nihayetinde meccanen, parasız, bedelsiz ifa edilen kamu hizmetlerinin malî *araçları vergilerle* karşılanmaktadır. İlâveten, birtakım kamu hizmetlerinde kişilerden bir karşılık alındığı görülmekte ise de burada da ödenen karşılık, iktisadî ve hukukî olarak bir *vergi niteliğindedir*²¹⁰. Zira kamu hizmeti karşılığında bir para alınacak ise bunun *mahiyyeti ve niteliği vergidir*²¹¹.

Devlet'in varlık sebebi ve görevi olan kamu hizmetlerinin bazı hâllerde kurulması ve işletilmesi için malî kaynaklar/para/kamusal kaynaklar yeterli olmamakta²¹² ya da bu faaliyetler için gereken uzmanlık bulunmamaktadır. Bu durumda da Devlet'in (idarenin) gözetim ve denetimi altında, özel bir kişi tarafından bu faaliyetler gerçekleştirilmektedir²¹³. Bu bağlamda imtiyaz, bazı kamu hizmetlerinin idare adına kurulup yürütülmesini ifade etmekte olup²¹⁴ imtiyaz sözleşmeleri, özel bir kuruluşun bir kamu hizmetini, idarenin yerine geçerek işletmesi²¹⁵ ya da kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin işletilmesi konusunda akdedilmektedir²¹⁶.

İmtiyaz sözleşmesi ile sözleşmenin tarafı hâline gelen özel kişilerin, kâr amacı bulunmaktadır; ancak burada kişilerden alınacak karşılık, *vergi esasına* dayanmaktadır. Zira burada, özel hukuk kişinin görülmesine katıldığı kamu hizmetinden faydalananların bu faydalanması, kâr elde edilemesi dahi engellenememekte ve faydalanan kişilerin ödeyeceği karşılıkların da vergi bakımından malî güçlerinin üstüne çıkarılması imkânı bulunmamaktadır²¹⁷. Bu sebeptir ki, imtiyaz sözleşmelerinde sözleşmenin diğer tarafının kamu hizmetinden faydalananlardan alınacak karşılığı/parayı, serbestçe tayin etmesi mümkün değildir²¹⁸; faydalanmanın karşılığı, idarenin onayı ile belirlenen²¹⁹ ve *vergi esaslarına göre tespit edilen bir formül dairesinde hazırlanacak tarifeler* ile tespit edilecektir²²⁰. Bu bağlamda imtiyaz sözleşmesi akdeden özel hukuk kişinin hizmetin karşılığı olarak öngörülen resim, harç niteliğindeki *malî yetkileri*²²¹ sınırlıdır.

Kamu hizmetinin doğrudan Devlet (idare) tarafından ya da gözetim ve denetimi altında bir özel kişi tarafından yürütülmesi/yürütülmesine katılma hâllerinde, kamu hizmetinden yararlanan kişilerce bir malî karşılık ödenmesi esas ve kişiler üzerinde tasarrufta bulunma hakkını veren malî yetki değişmemektedir. Zira kişiler her halükârda, doğrudan vergi ve benzeri nitelikteki bir malî yükümlülük ya da vergi esasına dayalı bir karşılık ödemektedir. Bu olasılıklarda değişen husus, malî usul olup ilk olasılıkta kamu bütçesinden kamu harcaması yapan, kamu kaynağı kullanan Devlet (idare), bunları kişilerden topladığı vergi ve benzeri nitelikteki karşılıklarla finanse etmektedir. İkinci olasılıkta ise akdedilen idare sözleşmesi çerçevesinde, Devlet (idare) tarafından vergi esasına dayalı olarak belirlenen kamu hizmetinin malî karşılığı, doğrudan bu hizmeti yürütmek/bu hizmete katılmak hususunda sözleşmenin tarafı olan özel kişilerce yararlananlardan tahsil edilmektedir.

Doktrinde, kamu hizmetinin tamamının özel bir girişimciye gördürülmesi ile kamu hizmetinin

²⁰⁶ ERGİNAY, s.14.

²⁰⁷ KARAHANOGULLARI, s.213.

²⁰⁸ BULUTOĞLU, s.214.

²⁰⁹ ONAR, C.1, s.18; YAYLA, s.79.

²¹⁰ ONAR, C.1, s.18-19.

²¹¹ SARICA, s.38.

²¹² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.481; ONAR, C.1, s.13-15; YAYLA, s.170.

²¹³ ONAR, C.1, s.13-15.

²¹⁴ GÜNDAY, s.188; ÖZYÖRÜK, s.164.

²¹⁵ GÜNDAY, s.188; ÖZYÖRÜK, s.80; YAYLA, s.169.

²¹⁶ GÜNDAY, s.188.

²¹⁷ ONAR, C.1, s.20.

²¹⁸ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.480; ONAR, C.1, s.20, SEZGİNER, İmtiyaz, s.1083.

²¹⁹ GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s.1213.

²²⁰ ONAR, C.1, s.20.

²²¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.483.

ihtiyaç duyduğu mal ve hizmet alımları arasındaki ayrımın ortadan kaldırılmasında oldukça işlevsel olduğu kanaatinde olduğumuz, *kamu alımları* ifadesine yer verilmiş olup ifadenin kapsamında idarî nitelikli imtiyaz sözleşmeleri²²² ve kamu ihale sözleşmeleri de bulunmaktadır. Mali karşılık esasına yönelik yukarıdaki açıklamalarla birlikte düşünüldüğünde, bu kapsayıcı ifadenin oldukça yerinde olduğu görülmektedir.

Kamu hizmetinden yararlanmanın malî karşılığının, doğrudan Devlet tarafından tahsil edilen vergi ve benzeri nitelikteki malî yükümlülükler olduğu ve malî yetkilinin doğrudan Devlet olduğu görülmektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde ise kamu hizmetinden yararlanılmasının karşılığı olarak herhangi bir vergi ya da malî yükümlülüğün doğrudan Devlet tarafından tahsil edilmesi söz konusu olmamaktadır. Ancak bu sözleşmelerde, malî yetkinin yer değiştirmesi suretiyle, kamu hizmetini gören/hizmete katılan kişinin hizmetten yararlananlar nezdinde malî yetkili hâline gelmesi, başta belirttiğimiz malî usulün esasına etki etmemektedir. Zira kişiler, hizmetten yararlanmanın karşılığında, vergi esasına dayanan bir malî karşılık ödemekte ve bu bağlamda son kertede imtiyaz sözleşmelerinin de vergi ve benzeri nitelikteki bir malî yükümlülük ile finanse edilen kamu hizmeti görülme usulü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sebeplerdir ki, geniş bir yorumla²²³ aşağıda yapılan açıklamalarda da belirtilecek olan kamu alımlarında geçerli olan tüm özellikler ve gözetilmesi lüzumlu tüm hususlar, kamu ihale usulünün esas olarak uygulandığı idare sözleşmeleri için geçerli olduğu kadar, imtiyaz sözleşmeleri için de geçerlidir.

Kamu alımlarının kamu maliyesi, bütçe, maliye politikası ve vergi politikasını ilgilendiren yönlerinin bulunduğu belirtilmektedir²²⁴. Yer verilen vergi politikası hususu da oldukça önemli niteliktedir. Zira kamu hizmetlerinin ifası için gereken giderlerin toplumdaki kişilerce karşılanması gerekmekte olup kamu maliyesinin konusu da oluşan bu kamu yüklerinin dağıtımıdır²²⁵ ve Devlet'in alışverişinde ortaya çıkan kayıplar da vergi ödeyenlere ve kötüleşen hizmeti kullanan kişilere yüklenmektedir²²⁶. Bu bağlamda kamu alımlarında rekabet ilkesiyle birlikte diğer temel ilkelerin uygulanması suretiyle, kamu harcamalarının kaynağı olan vergiler daha verimli ve yerinde kullanılacaktır²²⁷.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, idarenin sözleşmelerine hâkim olan kamu maliyesi usulü ile her bir idare sözleşmesinin kamu bütçesi üzerindeki etkisi, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden farklı özellik göstermesinin ve idarenin sözleşme akdetmesindeki usulün varlık kazanmasının sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

V. İDARENİN SÖZLEŞME AKDETME USULÜNDE GEÇERLİ OLAN İLKE VE ESASLAR: İHALE İLKELERİ

İdarenin sözleşmelerinin idare hukuku alanında birçok ilkenin doğumuna sebep olmuş önemli konulardan biri olduğu ve sözleşme akdedilirken idarelerce uyulması gereken bazı ilkelerin mevcut olduğu belirtilmektedir²²⁸. Zira idarenin sözleşmelerinde sözleşme akdedilirken idareler, özel hukuk kişilerinden farklı olarak birtakım sınırlamalara tabi olmaktadır²²⁹. İdarenin sözleşmelerinin akdedilmesinde öngörülen usuller de idarelerin hareket serbestisini kısıtlayan hususlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁰.

Karşılaştırmalı hukukta da bir kamu hizmetinin gördürülmesi için özel hukuk kişisi ile sözleşme akdedilmesi, kamu hizmetini görmekle görevlendirilen özel hukuk kişisinin kamusal değerlere/kamu hukuku ilkelerine uymak ve/veya bunları uygulamak zorunda olması anlamına gelmektedir. Bu noktada idarenin sözleşmeleri, kamusal ilkelerin özel hukuk kişilerince uygulanmasını sağlamak üzere, bir regülasyon aracı olarak da kullanılmaktadır. Zira kamusal değerlere/kamu hukuku ilkelerine uyulması, sözleşmelerde yükümlülük olarak öngörülmektedir²³¹.

²²² KARAHANOĞULLARI, s.213-214.

²²³ İmtiyaz ile birlikte kamu ihale usulünün uygulandığı tüm alımların *kamu alımları* çatısı altında toplanması sonucunda, Devlet'in (idare) *geniş anlamda kamu harcamaları* kapsamına da ulaşılmaktadır. Bkz. YILMAZ, Binhan Elif: Maliye, Güncellenmiş 4.B, Der Yayınları, 2020, s.68-69. Zira Devlet'in egemenlik gücüne dayanmaksızın (cebrî olmayan) elde ettiği gelirlerden biri olan *teşebbür gelirlerinin* kapsamında imtiyazlardan sağladığı gelirler de bulunmaktadır. Bkz.: SUSAM, Nazan: Kamu Maliyesi, 4.B., Beta Yayınları, 2020, s.235-236.

²²⁴ UZ, Abdullah: Kamu İhale Hukuku, Turhan Kitabevi, 2005, s.11,13.

²²⁵ ERGİNAY, s.11.

²²⁶ BULUTOĞLU, s.202.

²²⁷ UZ, s.14.

²²⁸ ODYAKMAZ, s.3,25.

²²⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.489.

²³⁰ GÜNDAY, s.195.

²³¹ AUBY, Jean-Bernard: "Contracting Out and 'Public Values': A Theoretical and Comparative Approach", in Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing, 2017, s.555.

Doktrinde, idarenin sözleşmelerinin teşekkülünde “aleniyet”, “serbest rekabet” ve “en ehven fiyatın bulunması” şeklindeki üç ilkenin hâkim olduğu belirtilmektedir²³². İdarenin sözleşmeciyi seçerken uymak zorunda olduğu başlıca, “aleniyet”, “rekabet” ve “sözleşmeyi yapmak isteyen kişide belli bir yeteneğin aranması” şeklindeki temel ilkeler bulunmaktadır²³³. Benzer şekilde idare, sözleşme akdedeceği kişiyi, “rekabet kurallarına uygun olarak”, “tarafsızlık” ve “aleniyet (açıklık)” ilkelerine uygun koşullarda seçmek zorundadır²³⁴. Ayrıca idarenin sözleşmelerinin, “rekabet”, “yarışma”, “açıklık/saydamlık” ve “nesnellik” esasları uygulanmak suretiyle ortaya çıkan kişi ile akdedilmesi gerekmektedir²³⁵. İdarenin sözleşmeleri, ortak olarak “açıklık” ve “rekabet” gibi belirli ilkelere uygun bir usul izlenerek gerçekleştirilmektedir²³⁶. İlâveten kamu ihalelerinde, “aleniyet”, “rekabet ve tarafsızlık” ve “ihale konusu sözleşmeyi yapacak olanlarda belli özelliklerin aranması” şeklinde belirtilen temel ilkeler bulunmaktadır²³⁷.

Karşılaştırmalı hukuk açısından da İngiliz hukukunda ve AB hukukunda “açıklık-saydamlık” ve ihaleye davet ve ihalenin neticelendirilmesinde “objektif kıstaslar” uygulanması, sözleşme akdederken uyulması gereken ilkeler olarak ifade edilmektedir. Ayrıca ihale usulünün *adil olması, keyfi ve ayrımcı olmaması* gerektiği belirtilmektedir²³⁸.

İdarenin sözleşme akdetme usulünde geçerli olan ilke ve esaslar, *kamu yararı* açısından varlık kazanmaktadır. Danıştay’ın bir kararında, uyuşmazlığa konu ihalede tesis edilen işlemin iptal gerekçesinde, işlemde, *açıklık, rekabet ilkeleri ve kamu yararına uygunluk* bulunmadığı belirtilmiştir²³⁹. Danıştay’ın bir başka kararına göre, *dürüstlük, açıklık, rekabeti temin yoluyla kamu yararı sağlanmaktadır*²⁴⁰. Danıştay’ın diğer bir kararında da *kamu yararı ilkesinin ihalede açıklık ve rekabet sağlanması şartları ile ifade edildiği ve rekabetin ve tercihe layık bedelin kamu yararına uygun biçimde oluşması* gerekliliğinin ifade edildiği görülmektedir²⁴¹. Danıştay’ın başka bir kararında, teknik şartnamede bulunması gereken bu *açıklık ve belirginliğin, rekabet koşullarının tam olarak oluşması ve kamu yararının bir gereği olduğu* belirtilmiştir²⁴².

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, idarenin sözleşme akdetme usulünde geçerli olan ilke ve esaslar, *açıklık, rekabet, en uygun bedel ve yeterlik ilkesi* olarak belirtilebilir. Bahsi geçen bu ilkeler, idare hukuku doktrininde *idare sözleşmelerinin teşekkülüne hâkim umumî prensipler*²⁴³, *kamu ihalelerine egemen ilkeler/egemen olan temel ilkeler*²⁴⁴, *ihale sürecinde egemen olan ilkeler*²⁴⁵, *kamu ihalelerinde uygulanan temel ilkeler*²⁴⁶, *idarenin sözleşmeyi yaparken uyacağı ilkeler*²⁴⁷ ve *kamu ihalelerine hâkim olan ilkeler/kamu ihalesi ilkeleri*²⁴⁸ şeklinde ifade edilerek ele alınmaktadır.

İdarenin sözleşmelerinde, yukarıda yer verilen ilke ve esaslara uygun bir usulün izlenmesi gerekmektedir²⁴⁹. İdarenin sözleşmesinin hukukî niteliği, bu (*kamu*) *ihale ilkesinin*²⁵⁰, idarenin idarî ya da özel hukuk sözleşmelerinin oluşum aşamasında farklı olarak uygulanacağı anlamına gelmemektedir²⁵¹.

Yer verilen bu ilke ve esasların, idarenin tüm sözleşmelerinde asgarî olarak uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu bağlamda kamu ihale usulü kanunlarında düzenlenen ve ayrıca doktrin görüşleri ile yargısal kararlarda yer verilen *diğer ihale ilke ve esaslarının*, bahsi geçen bu ilke ve esasları gerçekleştirilmeye²⁵² ve geliştirmeye yönelik olduğu düşünülmektedir.

²³² ONAR, C.3, s.1617.

²³³ GÜNDAY, s.199-201.

²³⁴ KUTLU, s.46,48.

²³⁵ Eserde, önemli olan hususun bu esaslara uygunluğun sağlanmasının olduğu; zira mevzuat ve ayrıntıların değişebileceği belirtilmiştir. Bkz. YAYLA, s.164-164.

²³⁶ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.520.

²³⁷ ATAY, s.567-568.

²³⁸ CANE, s.227,228.

²³⁹ Danıştay 13.D., 20.10.2015, E.2015/1814, K.2015/3507.

²⁴⁰ Danıştay 13.D., 06.11.2007, E.2007/1218, K.2007/6840.

²⁴¹ Danıştay 10.D., 13.03.1997, E.1996/10055, K.1997/903.

²⁴² Danıştay 10.D., 18.04.1995, E.1994/7750, K.1995/2059.

²⁴³ ONAR, C.3, s.1593.

²⁴⁴ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.524; GÜNDAY, s.199; KALABALIK, s.442.

²⁴⁵ KUTLU, s.169.

²⁴⁶ ATAY, s.567.

²⁴⁷ ODYAKMAZ, s.26.

²⁴⁸ GÖZLER, C.II, s.115; GÖZLER/KAPLAN, s.444.

²⁴⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.520.

²⁵⁰ AKEL, Yasaklama, s.2,44; AKEL, Yeliz Neslihan: “İdarî Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6(11), Haziran 2018, s.6.

²⁵¹ KUTLU, s.48.

²⁵² GİRİTLİ/BİLGİN/AKGÜNER/BERK, s.1322.

A. Açıklık İlkesi

*Şeffaflık*²⁵³, *aleniye*²⁵⁴, *saydamlık*²⁵⁵ şeklinde de ifade edilebilen *açıklık*²⁵⁶ ilkesinin, idarenin sözleşmelerinde ya da kamu ihalelerinde mecburî olduğu ve ilk aracının ilan; ikinci aracının ise ihalelerin açık şekilde gerçekleştirilmesi olduğu belirtilmiştir²⁵⁷. Kamu ihalelerinde açıklığın sağlandığı bir diğer araç ise ihale sürecinde alınan kararların ilgililere bildirilmesidir²⁵⁸.

Açıklık ilkesi, ihale öncesi işlemler gibi ihale sonrası işlemleri de kapsamaktadır²⁵⁹. Bu bağlamda kamu ihalelerinde açıklık ilkesi ile genel olarak ihalenin tüm süreçlerinde ihaleye katılımcılar açısından, ihale ile ilgili bilgi veya belgelere *ulaşabilme*, bunları *öğrenebilme* ve hatta *izleyebilme* ve *görebilmeyi* içermektedir²⁶⁰.

B. Rekabet İlkesi

*Yarışma*²⁶¹, *serbest rekabet*²⁶², *rekabet serbestisi*²⁶³ ve *rekabet özgürlüğü*²⁶⁴ olarak da ifade edilen *rekabet ilkesi*²⁶⁵ ile ihaleye katılımcılar açısından olumsuz etki ve baskının bertaraf edilmesi²⁶⁶ ve bu suretle yarışma ortamı içerisinde²⁶⁷, ihaleye mümkün olduğu kadar çok kişinin katılması²⁶⁸ amaçlanmaktadır. Rekabet ilkesiyle sağlanan kamu ihalelerine giriş serbestisi, özellikle *vergide eşitliğin bir sonucu olarak* açıklanabilmektedir²⁶⁹.

C. Yeterlik İlkesi

*Yeterlilik ilkesi*²⁷⁰, *sözleşmeyi yapmak isteyen kişide belli bir yeteneğin aranması*²⁷¹, *ihale konusu sözleşmeyi yapacak olanlarda belli özelliklerin aranması*²⁷² şeklinde de ifade edilmektedir. Açıklık ilkesinin doğal bir uzantısı olarak sözleşme akdedilecek kişilerde birtakım özellikler ve yetenekler aranmaktadır²⁷³. İdareler, tüm sözleşmelerinde kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi için, *en uygun kişiyi*²⁷⁴/*uygun nitelikli kişiyi*²⁷⁵/*yetenekli firmaları/isteklileri*²⁷⁶ sözleşmeci taraf olarak seçmek zorundadır. Bu bağlamda herkesin kamu ihalelerine teklif vermek suretiyle katılımı değil, *sözleşmecide sınırlılık ilkesi* olarak ifade edilen ve belirli koşul ve nitelikleri haiz kişilerin katılabilmesi öngörülmektedir²⁷⁷.

D. En Uygun Bedel İlkesi

En uygun bedel ilkesi ile *en az veya en çok fiyatın bulunması* amaçlanmaktadır²⁷⁸. Buradaki ilke ile şartlara uygun teklifi, en iyi fiyatla elde etme amacı güdülmektedir²⁷⁹. Zira idarenin sözleşmelerinde, *sözleşme konusunun maliyetine uygun olarak malî kaynakların yönetilmesi ve kullanılması* gerekmektedir²⁸⁰.

²⁵³ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.491.

²⁵⁴ ATAY, s.567; GÖZLER, C.II, s.117; GÖZLER/KAPLAN, s.444; GÖZÜBÜYÜK, s.277; GÜNDAY, s.199; ONAR, C.3, s.1618; ÖZAY, s.510.

²⁵⁵ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.491; ATAY, s.567; BULUTOĞLU, s.201; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1321; GÖZLER, C.II, s.117; GÖZLER/KAPLAN, s.444; GÖZÜBÜYÜK, s.280; GÜNDAY, s.199; YAYLA, s.165.

²⁵⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.491; ATAY, s.567; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1321; GÖZLER, C.II, s.117; GÖZLER/KAPLAN, s.444; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.520; GÜNDAY, s.199; KALABALIK, s.443.

²⁵⁷ ONAR, C.3, s.1617-1618.

²⁵⁸ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1321.

²⁵⁹ ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 7.B, Adalet Yayınevi, 2019, s.450.

²⁶⁰ ÖZKAN, Gürsel: Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayınları, 2014, s.174.

²⁶¹ GÖZÜBÜYÜK, s.277; 280; KALABALIK, s.443.

²⁶² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.473; BULUTOĞLU, s.201; KALABALIK, s.443; ONAR, C.3, s.1617; SEZGİNER, İdarenin Sözleşmeleri, s.808.

²⁶³ ONAR, C.3, s.1618.

²⁶⁴ ÖZAY, s.510.

²⁶⁵ ATAY, s.567; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1321; GÖZLER, C.II, s.117; GÖZLER/KAPLAN, s.445; GÖZÜBÜYÜK/TAN, s.520; GÜNDAY, s.200; YAYLA, s.165.

²⁶⁶ ATAY, s.568; GÜNDAY, s.200; KALABALIK, s.443.

²⁶⁷ GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER/BERK, s.1321; YAYLA, s.165.

²⁶⁸ KALABALIK, s.443.

²⁶⁹ KUTLU, s.192.

²⁷⁰ GÖZLER, C.II, s.118; GÖZLER/KAPLAN, s.445.

²⁷¹ GÜNDAY, s.199-201.

²⁷² ATAY, s.567-568.

²⁷³ KALABALIK, s.568.

²⁷⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.489.

²⁷⁵ ODYAKMAZ, s.25-26.

²⁷⁶ BULUTOĞLU, s.201,217.

²⁷⁷ ALTUĞ, Figen: Kamu Bütçesi, Beta Yayınları, 2019, s.93.

²⁷⁸ ONAR, C. 3, s.1619.

²⁷⁹ BULUTOĞLU, s.201.

²⁸⁰ ATAY, s.552.

2886 sayılı Kanun hükümleri açısından en uygun bedel ilkesi, “uygun bedel” şeklinde yer almakta olup *artırmalarda, tahmin edilen bedelden aşağı olmamak üzere, teklif edilen bedellerin en yüksekini* ifade etmektedir. 4734 sayılı Kanun hükümleri açısından ise en uygun bedel ilkesi, “ekonomik açıdan en avantajlı teklif” şeklinde yer almakta olup iki tür anlam ihtiva etmektedir. Sadece fiyat esasına göre belirleme yapılan ihaleler açısından ekonomik açıdan en avantajlı teklif, *-kural olarak- teklif edilen bedellerin en düşük teklifi*; fiyat esasına göre belirleme yapılmayan ihaleler açısından ekonomik açıdan en avantajlı teklif, *fiyat ile birlikte işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar da dikkate alınarak belirlenen teklifi* ifade etmektedir.

VI. SONUÇ

İdarenin sözleşme akdetme usulünün önemli iki işlevi bulunduğu tespit edilmiştir. Bu işlevlerden ilki, bu usulün idarenin hem idarî nitelikli hem de özel hukuk sözleşmelerinin kesişim noktasını oluşturmasıdır. İkincisi de bu usulün, idarenin sözleşmelerinin özel hukuk kişileri arasında akdedilen özel hukuk sözleşmelerinden de farklı olmasının dayanağını oluşturmasıdır. Bu bağlamda idarenin tüm sözleşmelerinin akdetme usulünün ortak olduğu ve bu usul temelinde kategorik ayırım yapabileme imkânının olmadığı düşünülmektedir. Başka bir deyişle, idarenin sözleşmelerinde, sözleşme yapma tekniğini düzenleyen ve uyulması zarurî asgarî kuralları (ilke ve esaslar) içeren tek bir sözleşme akdetme usulü bulunmaktadır.

Devlet’in (idare), görev (kamu hizmeti), amaç (kamu yararı) ve kaynak (kamu maliyesi) şeklindeki üç boyutunun birleştiği alanlardan birisinin idarenin sözleşmeleri olduğu görülmektedir. İdarenin sözleşmelerinin bu boyutlardan dışlanamayacağı anlaşılmaktadır. İmtiyaz sözleşmeleri de dâhil olmak üzere idarî sözleşmeler ile idarenin özel hukuk sözleşmelerinin kamu hizmeti, kamu yararı ve kamu maliyesi boyutları açısından ortaya çıkan bu ilişki, idarenin tüm sözleşmelerinin kesişim noktasını oluşturmaktadır. Bu hukukî sonuç, idarenin sözleşme akdetme usulünün varlık kazanmasına ve idarenin sözleşmelerinin akdedilmesinde tek bir usulün geçerli olmasına gerekçe oluşturmaktadır. Ayrıca idarenin sözleşmelerinin konusuna hâkim olan kamu hizmeti, kamu yararı ve kamu maliyesi ilişkisi, bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmelerinden farklı özellik göstermesinin de dayanağıdır. Bu bağlamda kamu harcamaları, kamu gelirleri, bütçe şeklindeki maliye politikası araçları üzerinde yükselen üst yapı da idarenin sözleşmeleri olmaktadır. Zira bir adım daha ileri gidildiğinde, son kerede üst yapıyı, idarenin sözleşme akdetme usulü ve bu usulde geçerli olan ilke ve esaslar oluşturmaktadır.

İdarenin sözleşmelerinde, konusu veya sonucu itibariyle dolaylı ya da doğrudan ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlananların hak ve menfaatlerini güvence altına alma amacı bulunmaktadır. Zira hizmetten yararlanma açısından hizmete ilişkin tüm hususların değerlendirildiği vergi esasına dayanan doğrudan bir karşılık ortaya çıkarmaktadır. Ayrıca amacı kamu yararı olan idarî fonksiyon/faaliyet aracı olarak idarenin sözleşmelerinin kamu yararına uygun olması gerekmektedir. İdarenin sözleşmelerinin konusunun mutlak etki gösterdiği kamu bütçesi etkisi de vergi esasına dayanan dolaylı bir karşılık ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki her bir idare sözleşmesi, kamusal kaynakların kullanılmasına sebep olmaktadır ve bu kaynakların etkin ve verimli kullanılmadığı hâllerde kamusal malî yüklerinin dağıtımını da vergi esasına göre kişilere yüklenecektir. O hâlde, genel idarî usul ilkelerinin iki taraflı işlemlerin mahiyetine uyduğu ölçüde, idarenin sözleşme akdetme usulü için de geçerli olduğu ve ayrıca bu usul açısından tesis edilen işlemin iki taraflı bir işlem niteliğinde olmasından kaynaklanan farklı ilke ve esasların da bulunduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda ihale ilkeleri olarak ifade edilen ve idare hukuku ile malî hukukun bir kesişimi olan idarenin sözleşme akdetme usulünde uygulanması zorunluluk arz eden asgarî nitelikteki açıklık, rekabet, en uygun bedel ve yeterlik ilkesi şeklinde ilke ve esasların geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

KAYNAKÇA

- AKEL, Yeliz Neslihan: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda Yasaklama Kararları, 1.B, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- AKEL, Yeliz Neslihan: “İdarî Usul ve İhale İlkeleri Temelinde Pazarlık Usulü Hakkında Bir Değerlendirme”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6(11), Haziran 2018.
- AKEL, Yeliz Neslihan: “Kamu İhalelerinin Kamu Bütçesine Yansıyan Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme”, Vergi Sorunları Dergisi, (350), Kasım 2017.
- AKIN, Yeliz Neslihan: 4743 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda İdarî Başvuru Yolları ve Başvuru Ehliyeti, 1.B, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- AKIN, Yeliz Neslihan: “İlga Hükümler Çerçevesinde 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nun Düzenleme Alanı Hakkında Bir Değerlendirme”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6(12), Aralık 2018.
- AKSOY, Şerafettin: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve İlâveli 4.B, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 11.B, Savaş Yayınevi, 2019.
- ALTUĞ, Figen: Kamu Bütçesi, İstanbul, Beta Yayınları, 2019.
- ATAY, Ender Ethem: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5.B, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- AUBY, Jean-Bernard: “Contracting Out and ‘Public Values’: A Theoretical and Comparative Approach”, in Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing, 2017.
- AZRAK, A. Ülkü: “İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 29(3), 1963.
- BALTA, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş I, Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Âmme İdaresi Enstitüsü Yayınları No: 117, 1968/1970.
- BULUTOĞLU, Kenan: Kamu Bütçesi, Kamu Harcamaları, Kamu Borçları, Batı Türkeli Yayıncılık, 2004.
- BUZ, Vedat: Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.
- CANE, Peter: Administrative Law, 5th Edition, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdare Hukuku Dersleri, 7.B, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- DURAN, Lütfi: “Yap-İşlet-Devret”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 46(1), 1991.
- DURAN, Lütfi: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.
- DÜĞER, Sırrı: Anglosakson Hukuk Sisteminde İdarenin Yargısal Denetimi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- ERGİNAY, Akif: Kamu Maliyesi, Gözden Geçirilmiş ve İşlenmiş 15.B, Ankara, Savaş Yayınları, 1994.
- FEYZİOĞLU, Bedi Necmeddin: Nazarî, Tatbikî, Mukayeseli Bütçe, 7.B, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1984.
- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK, Kahraman: İdare Hukuku, Altıncı Basımdan Yedinci Tıpkı Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2015.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. I, Güncellenmiş 3.B, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. II, Güncellenmiş 3.B, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: İdare Hukuku, Güncellenmiş 20.B, Bursa, Ekin Yayınevi, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, 34.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2016.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku: Genel Esaslar, C.I, 11.Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- GÜLAN, Aydın: “Kamu Hizmeti Kavramı”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 9(1-3), 1988.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10.B, Ankara, İmaj Yayınevi, 2015.
- KALABALIK, Halil: İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5.B, Konya, Sayram Yayınları, 2014.
- KARAHANOGULLARI, Onur: İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler, Güncelleştirilmiş 3.B, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015.
- KUTLU, Meltem: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 75, 1997.
- ODYAKMAZ, Zehra: “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2(2), 1998.
- OKTAR, S. Ateş, Vergi Hukuku, 14.B, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2019.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, 3.B, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- ÖZAY, İl Han: Günışığında Yönetim, 2004 Tarihli 3. Tıpkı Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- ÖZKAN, Gürsel: Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.
- ÖZTÜRK, K. Burak: “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri”, Ankara Üniversitesi, SBE Kamu Hukuku ABD, Ankara, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2000.
- ÖZYÖRÜK, Mükbil: İdare Hukuku Dersleri, Ankara, Teksir/Daktilo/Fotokopi, 1972-1973.
- SARICA, Ragıp: İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, Kömen Teksir Bürosu, Daktilo, Fotokopi, 1972.
- SEZGİNER, Murat: “İdarenin Müdahale Ettiği Özel Hukuk Sözleşmeleri (Birleşik İradeli “Birleşme” Sözleşmeler)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, XVII(1-2), 2013.
- SEZGİNER, Murat: “İmtiyaz Sözleşmelerinde İhale Süreci”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XI(1-2), 2007.
- SEZGİNER, Murat: İdarenin Sözleşmeleri ve Kamu İhalelerine İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- SUSAM, Nazan: Kamu Maliyesi, 4.B, Beta Yayınları, 2020.
- TAN, Turgut: “İdari Sözleşme Kuramına İlişkin Gözlemler”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 50(3), 1995.
- TAN, Turgut: “Kamu Hizmeti İmtiyazından ‘Yap-İşlet-Devret’ Modeline”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 47(3), 1992.
- TEKİNSOY, M. Ayhan: “İdari Sözleşmelerde Ölçüt Sorunu”, AÜHFD, 55(2), 2006.
- UZ, Abdullah: Kamu İhale Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005.
- YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, Tıpkı 2. Basım, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/OKAY TEKİNSOY, Özge: Editör: Turan Yıldırım, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- YILMAZ, Binhan Elif: Maliye, Güncellenmiş 4. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2020.

Makale metninde yer verilen mahkeme kararları, <https://www.lexpera.com.tr/>'den aktarılmıştır.

PAYLI MÜLKİYET VE MİRAS ORTAKLIĞININ SONA ERMESİNDE TAHKİMİN VEYA ARABULUCULUĞUN CAİZ OLUP OLMADIĞI

WHETHER ARBITRATION OR MEDIATION IS LAWFULL UPON
TERMINATION OF COMMON OWNERSHIP AND COMMUNITY OF HEIRS

Önder TOPAL* 

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.814262> 

Makale Bilgi

Gönderi: 21/10/2020
Kabul : 02/04/2021

Anahtar Kelimeler

Paylı Mülkiyet,
Miras Ortaklığı,
Ortaklığın
Giderilmesi,
Arabuluculuk,
Tahkim.

Article Info

Received: 21/10/2020
Accepted: 02/04/2021

Keywords

Common Ownership,
Community of Heirs,
Elimination of Joint
Ownership,
Arbitrage,
Mediation.

Özet

Paylı mülkiyet ve miras ortaklığı çeşitli şekillerde sona ermektedir; ancak esas olan söz konusu birlikte mülkiyet çeşitlerinin taraf iradelerine dayalı olarak sona ermesidir. Paylı mülkiyet ve miras ortaklığının taraf iradelerine dayalı olarak sona erme mümkün olmazsa, taraflar anılan ortaklıkları dava açarak sona erdirebilirler. Bir başka ifadeyle, paydaş veya mirasçılar kendi aralarında anlaşarak paylı mülkiyeti ve miras ortaklığını sona erdiremez ise, paydaş veya mirasçılardan her biri ortaklığın giderilmesi davası açarak, paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının sona erdirilmesini talep edebilir. Paylı mülkiyet ve miras ortaklığının tarafların anlaşması ile sona ermesinin mümkün olması durumunda, arabuluculuğun ve tahkimin bu hususların sona erdirilmesinde işlerlik kazanıp kazanmayacağı irdelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının sona ermesinde tahkim ve arabuluculuğun işlerlik kazanabileceği söylenebilir. Zira arabuluculuk ve tahkimin işlerlik kazanmasında tümüyle uyumsuzluğun taraflarının iradeleri egemendir. Dolayısıyla taraf iradelerine dayalı olarak sona erdirilebilen bu tarz birlikte mülkiyet çeşitlerinin arabuluculuk ve tahkimle de sona erdirilmesinde bir engelin bulunmaması gerekir. Çalışmamızda esas olarak tahkim ve arabuluculuğun caiz olup olmadığı incelenecektir.

Abstract

Common ownership and community of heirs come to an end diversely; nevertheless what is essential is that the varieties of co-ownership in question should come to the conclusion on the basis of party wills. If it is not possible that common ownership and community of heirs come to an end on the basis of party wills; the parties may end the aforesaid partnerships by bringing an action. In other words, if stakeholders and heirs cannot end common ownership and community of heirs between each other compromisingly, each of the stakeholders and heirs may claim the common ownership and community of heirs to come to an end by bringing an action of elimination of joint ownership. In the case of the possibility of ending the common ownership and the community of heirs by common consent, arbitrage and mediation may become effective in ending those cases should be studied. It can be said that within this framework in ending common ownership and community of heirs mediation and arbitrage may become effective. Likewise, discrepancy parties wills are entirely ascendant in mediation and arbitration's becoming effective. Therefore, such kind of co-ownership varieties that can be bring to an end based on parties wills require to have no obstacles in ending with mediation and arbitration. Fundamentally in our study whether mediation and arbitrage is lawful will be studied.

I. GİRİŞ

Paylı mülkiyet ve miras ortaklığı çeşitli sebeplerin ortaya çıkmasıyla birlikte sona ermektedir. Ancak bu birlikte mülkiyet ortaklıklarının sona ermesinde asıl sebep ortaklığın giderilmesidir. Ortaklığın giderilmesi ise iki şekilde gerçekleşmektedir: Tarafların anlaşması veya mahkemede ortaklığın giderilmesi dava açması. Paylı mülkiyetin veya miras ortaklığının sona ermesinde aslolan tarafların anlaşmasıdır. Zaten Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerine de bakıldığında (TMK m.642, m.676, m.698-699) tarafların anlaşmasının esas alındığı görülmektedir. Ancak tarafların kendi araların anlaşma sağlayamaması halinde, söz konusu birlikte mülkiyet ortaklıklarının sona ermesi Devlet mahkemelerinde açılacak olan ortaklığın giderilmesi davası ile mümkün olacaktır. Bu sebeple, paydaş veya mirasçıların paylı mülkiyeti veya miras ortaklığı sona erdirirken Devlet mahkemelerinde ortaklığın giderilmesi davası açmak yerine başvurabilecekleri farklı imkanların olup olmadığının araştırılması düşüncesi hasıl olmuştur. Bu kapsamda da son zamanlarda yaygınlaşan arabuluculuğunu ve tahkimin bu tip uyuşmazlıklarda işlerlik kazanıp kazanmayacağı irderlenip değerlendirilecektir.

Çalışmamızda öncelikle, genel olarak hem paylı mülkiyetin hem de miras ortaklığının sona ermesi hususları üzerinde durulacaktır. Bundan sonrasında ise, sırasıyla ortaklığın giderilmesi davasının açılabilme imkanı olan hallerde tahkimin ve arabuluculuk caiz olup olmadığı hususları incelenecektir.

II. GENEL OLARAK PAYLI MÜLKİYETİN SONA ERMESİ

Paylı mülkiyet, bir eşya üzerindeki mülkiyet hakkının tasarrufu kabil paylara ayrılmış olarak birden fazla kişiye ait olması halidir¹. Paylı mülkiyetin sona ermesi, sadece bir veya birkaç paydaş açısından gerçekleşebileceği gibi²; bütün paydaşlar açısından gerçekleşebilir. Ancak konumuz açısından paylı mülkiyetin bütün paydaşlar açısından sona ermesi hususu önem ifade etmektedir.

Paylı mülkiyetin bütün paydaşlar açısından kesin olarak sona ermesine yol açan sebepler, paylı mülkiyet konusu eşyanın paydaşlardan birine veya üçüncü kişilere devredilmesi, terk edilmesi, cebri icra yoluyla satılması, kamulaştırılması, iyiniyetli üçüncü bir kişinin mülkiyet kazanması (TMK m.712, m.777, m.988, m.1023), olağanüstü zamanaşımının gerçekleşmesi (TMK m.713), eşyanın tamamen yok olması gibi durumlardır³. Ancak bu haller istisna olup bütün paydaşlar açısından paylı

¹ AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku -II- Mülkiyet (Mülkiyet), Güncelleştirilmiş 9. Baskı, Ankara 2016, s.57; KURŞAT, Zekeriya: Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 2008,s.13; AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İkinci Kitap Mülkiyet, 2. Bası, Ankara 1973, s.21; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Mülkiyet ve Kat Mülkiyeti Hukuku, İstanbul 1999, s.92; SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku (Eşya Hukuku), 4. Baskı, Ankara 2016, s.273; OĞUZMAN, Kemal: Eşya Hukuku Dersleri (Eşya Hukuku), İstanbul 1965, s.133; KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Cilt II, Ankara 1977, s.36; FEYZİOĞLU, Feyzi N./DOĞANAY, Ümit/AYBAY, Aydın: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1968, s.89; ESENER, Turhan: Eşya Hukuku, Ankara 1985, s.88; SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2014, s.235; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2015, s.183; ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 12. Baskı, İzmir 2015, s.230; EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet Kitabı), Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2016, s.85-86; SAYMEN, Fer'it H./ELBİR, Halid K.: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İstanbul 1954, s.257-258; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s.389; BERTAN, Suad: Ayni Haklar (Medeni Kanun'un 618-764'üncü Maddelerinin Şerhi), Cilt I, Ankara 1976, s.367; ÇELENK, Sami: "Müşterek Mülkiyet, İştirak Halinde Mülkiyet ve Farkları", Ankara Barosu Dergisi, 7(90-91), 1951, s.14; AYBAY, Aydın: "Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi" (Sona Erme), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 32, 1966, s.122; AYBAY, Aydın: "Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Giderilmesi Hakkının Sınırlandırılması" (Sınırlandırma), Adalet Dergisi, 56(10), s.1206; COŞAR, Ahsen: "Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri", Ankara Barosu Dergisi, (3), 1985, s.509; ÖZCAN, Zeynep: Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Ankara 2013, s.37; TOPUZ, Gökçen: Hisse Hacı ve Satışı, Ankara, Ankara 2009, s.161; KESER, Yıldırım: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim, Ankara 2006, s.4; ÖZTAŞ, İlker: Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul 2011, s.36; ÖZGÜR, Yılmaz: Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 1995, s.8; KAYAOĞLU, Ahmet Ziya: Medeni Hukukta Müşterek Mülkiyet İştirak Halinde Mülkiyet Nazariyatı-Tatbikatı ve Yargıtay İçtihatları, Ankara 1946, s.18; ERDOĞAN, Celal: Topluluk Mülkiyeti ile Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şuyuu) Dava ve İlkeleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1975, s.5; KÜLEY, Muin M.: Toplu Mülkiyet (Müşterek Mülkiyet, İştirak Halinde Mülkiyet, İzale Şuyuu), İstanbul 1959, s.19; OKURER, Nihat/ÜNÜR, Sabri: Tahliye, Taksim ve Şuyuu İzalesi Davaları, Ankara 1958, s.146; BOZCALI, Ömer Lütfi: Taksim Şuyuu'nun Giderilmesi ve Miras Sebebiyle İstihkak Davaları, İstanbul 1946, s.7-8; KISAGÜN, Adli: İştirak Halinde ve Müşterek Mülkiyet Davaları, Ankara 1960, s.147; ARSLAN, İlknur/KIRMIZI, Mustafa: Paydaşlığın ve Ortaklığın (Birlikte Mülkiyetin) Giderilmesi, Ankara 2012, s.24; SİRMEN, Lale: "Paylı Mülkiyette Pay Üzerinde Kurulmuş Olan İntifa ve Rehin Haklarının Paylaşmaya Etkisi", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu - 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, 17-18-19-20 Şubat 2016, Cilt II, Ankara 2017, s.857.

² Paylı mülkiyetin bir veya birkaç paydaş açısından sona ermesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGÜR, s.15-19; ÖZMEN, Ethem Sabâ: Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992, s.45 vd.; AYAN, Mülkiyet, s.95-98; SİRMEN, Eşya Hukuku, s.291-293; GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s.449. Paylı mülkiyetin bir veya bir kaç paydaş açısından sona ermesini sağlayan en önemli sebep paydaşın mahkeme kararıyla paydaşlıktan çıkarılması ve bu kapsamda açılacak olan "paydaşlıktan çıkarma davası"dır.

³ OĞUZMAN, Eşya Hukuku, s.144; AYAN, Mülkiyet, s.98; AKİPEK, Mülkiyet, s.37; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s.449-450; SİRMEN, Eşya Hukuku, s.293; AYİTER, Eşya Hukuku, s.93; ESENER/GÜVEN, s.192. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi

mülkiyeti/paylı mülkiyet ortaklığını sona erdiren asıl sebep ortaklığın giderilmesidir^{4 5}.

Ortaklığın giderilmesi de paylı mülkiyet açısından iki şekilde gerçekleşmektedir. İlki paylı mülkiyetin taraf iradelerine dayalı olarak (rızaî) sona ermesi; diğer sona erme türü ise paylı mülkiyetin mahkeme kararıyla (kazai)⁶ (ortaklığın giderilmesi/izale-î şüyu davası sonucu) sona ermesidir. Sonuç olarak paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi için asılan tarafların anlaşmasıdır; fakat anlaşma olmaz ise paydaşlardan her biri Devlet mahkemelerinde ortaklığın giderilmesi davası açarak paylı mülkiyeti sona erdirmeye hakkına sahiptir.

III. GENEL OLARAK MİRAS ORTAKLIĞININ SONA ERMESİ

Miras ortaklığı, miras bırakanın, birden fazla mirasçısına intikal eden tereke üzerinde, ölüm olayının gerçekleşmesinden terekenin tasfiyesine kadar, kanundan dolayı kendiliğinden oluşan ve tüzel kişiliği olmayan zorunlu bir elbirliği ortaklığıdır⁷. Miras bırakanın ölümü ile onun malvarlığını teşkil eden haklar ve borçlar (tereke) bir kül halinde mirasçılara geçer. Mirasçılar birden fazla⁸ ise tereke, mirasçılar arasında paylaşılana veya paylı mülkiyete geçene kadar bütünlüğünü korur. Miras bırakanın ölümü ile terekenin mirasçılar arasında paylaşılmasına veya paylı mülkiyete geçene kadarki süre

için bkz. KURŞAT, s.69-157; ERTAŞ, s.247-248; EREN, Mülkiyet Kitabı, s.118; TEKİNAY, Selahattin S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Eşya Hukuku, İstanbul 1989, s.603; AYBAY, Sona Erme, s.155-158; AKİPEK/AKINTÜRK, s.402; COŞAR, s.519; ÖZGÜR, s.19-20; ÖĞÜZ, Tufan: Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri, İstanbul 1995, s.3; KARAHASAN, İkinci Cilt, s.65-66; KARAHASAN, Kat Mülkiyeti, s.158-161; HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s.138; ESMER, Galip: Mevzuatımızda Gayri Menkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1998, s.184.

⁴ Doktrinde, paylı mülkiyetin sona ermesi açısından en önemli sebebin “paylaşma/taksim” olduğu ifade edilmekte ve genel olarak “paylaşma/taksim” kavramı ile “ortaklığın giderilmesi” kavramı eş anlamlı olarak kullanılmaktadır (OĞUZMAN, Eşya Hukuku, s.144; SİRMEN, Eşya Hukuku, s.293; AYAN, Mülkiyet, s.98; OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. Baskı., İstanbul 2015, s.329; AYİTER, Eşya Hukuku, s.93; SAYMEN/ELBİR, s.270; ESENER/GÜVEN, s.192; ESENER, s.93; COŞAR, s.519; ÖZGÜR, s.20; KAYAOĞLU, s.63-64; KARAHACIOĞLU, s.1; BOZCALI, s.32; KISAGÜN, s.176; SİRMEN, İntifa, s.858). Doktrinde bir görüş, paylı mülkiyette taksimin, bütün paydaşlar için paylı mülkiyeti sona erdiren özel bir sebep olduğu ve fakat “paylı mülkiyetin sona ermesi” teriminin dar anlamıyla, paylı mülkiyetin taksimi için kullanılacağını ileri sürmektedir (AYBAY, Aydın: Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi (Tez), İstanbul 1964, s.17; ÖĞÜZ, s.4). Biz ise geniş anlamda ortaklığın giderilmesi kavramını kullanmayı tercih ettik. Zira, paylaşma kavramı geniş anlamda ortaklığın giderilmesi kavramının sadece bir kısmını ifade etmektedir.

⁵ Doktrinde bir görüş, paylı mülkiyetin sona ermesi için TMK’da öngörülmuş özel sona erme sebebinin “paylaşma” olduğunu ifade etmiştir, ancak Kanun’un 698’inci maddesinin başlığında ve metni içerisinde “paylaşma” teriminin kullanılmasının uygun olmadığını; yani, “paylaşma” terimi yerine “paylı halin giderilmesi” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağını ifade etmiştir. Zira, paylı mülkiyetin bütün paydaşlar açısından sona ermesi, malın daha çok maddeden bölünmesi anlamına gelen “paylaşma” ile gerçekleşmeyeceği ileri sürülmüştür; örneğin müşterek malın satılması, malın tamamının paydaşlardan birine özgülenmesi gibi durumlarda da paylı mülkiyetin tüm paydaşlar açısından sona ereceğini ifade edilmiştir (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.136). Bu çerçevede paylı mülkiyetin sona ermesi için “paylaşma” terimi yerine “ortaklığın giderilmesi” teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı savunulmuştur (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.136-137; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.603, dn. 33).

⁶ Eğer taraflar anlaşamaz ise, bir veya birden fazla tarafın (paydaşın) talebi, yani dava açması ile mahkemenin vereceği karar ile birlikte mülkiyet sona erecektir (BRUNNER, Christoph/WICHTERMAN, Jürg (Herausgeber: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, Basel 2015, s.1006).

⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Ankara 2015, s.300; EREN, Fikret: Mirasın Paylaşılması (Paylaşma), Medeni Kanunu’nun ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, I. Cilt, Ankara 2017, s.495,496; DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2016, s.450; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2015, s.529-530; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay: Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s.472; İMRE, s.663-664; AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1993, s.260; OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku (Miras), Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1984, s.391; GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, Ankara 2008, s.629; İMRE/ERMAN, s.429,431; AYAN, Mehmet: Miras Hukuku (Miras), Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Ankara 2016, s.295; ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 7. Bası, Ankara 2016, s.465; SÖZEN, Mustafa: "Miras Şirketinin Sona Ermesi", Adalet Dergisi, 65(4-5), s.290-291; EMİNKAHYAGİL, Cem: "Elbirliği Ortaklığı", Yargıtay Dergisi, 16(1-2), 1990, s.77-93, s.80; ÖZDEMİR, Hayrunisa: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, Ankara 2019, s.25-26; ROTH, Dominik: Die Erbauseinandersetzungsklage, 1. Auflage, Baden-Baden 2016, s.33-34,66-80; WOLF, Stephan/BRAZEROL, Riccardo: Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch Gericht, AJP 2016, s.1430-1443, s.1431; WOLF, Stephan: Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft (mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten) (Erbengemeinschaft), Stämpfli Verlag, Bern 2004, s.20 vd.; WOLF, Stephan: Berner Kommentar (BK), Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014, Art. 602, s.10,12; WOLF, Stephan/HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 1. Auflage, Bern 2017, s.424; JOST, Arthur: Der Erbteilungsprozess im Schweizerischen Recht, Einleitfaden Für Die Praxis, Bern 1960, s.2; STOKAR, David: Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches, Zürich 1954, s.9.

⁸ Miras bırakanın terekesi üzerinde mirasçı sıfatından dolayı hak sahibi olarak birden fazla kişi varsa, miras şirketi söz konusu olur ve fakat yalnızca bir kişi varsa miras şirketi söz konusu olmayıp, TMK m. 599 gereği, mirasçı miras bırakanın hak ve borçlarına halef olur (AYİTER, Elbirliği Mülkiyeti, s.70).

içerisinde de miras ortaklığının (Erbengemeinschaft) var olduğu kabul edilir ve mirasçılar terekeyi oluşturan malvarlığı unsurları üzerinde elbirliği ile hak sahibi olurlar⁹. Bu bağlamda, elbirliği hak sahipliği/mülkiyeti¹⁰, miras ortaklığında miras bırakanın ölümü (hukuki olay) ile birlikte ortaya çıkar ve terekenin mirasçılar arasında paylaşılmasına veya paylı mülkiyete geçilmesine kadar devam eder.

Miras ortaklığı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan elbirliği mülkiyeti aynı anda ve iki şekilde sona ermektedir. Bunlardan biri, elbirliği mülkiyetinin oy birliğiyle veya bir mirasçının talebi ile mahkeme kararıyla paylı mülkiyete dönüştürülmesi; diğeri ise ortaklığın giderilmesi neticesinde gerçekleşecek paylaşmadır. Miras ortaklığı, tüm mirasçılar bakımından bu sebeplerle sona ermektedir. Ancak miras ortaklığının sona erme sebepleri sadece bunlarla sınırlı değildir. Miras ortaklığının başka bir ortaklığa dönüştürülmesi, mirasçılarının mirasın paylaşılmasından önce mirası reddetmeleri, mirasçılarının mirastan yoksunluklarının saptanması, tüm terekenin tek bir mirasçıda toplanması hallerinde, miras ortaklığı ve dolayısıyla söz konusu durumlar şahsında gerçekleşen kişiler açısından elbirliği mülkiyetleri de sona ermiş olur¹¹. Ancak bu gibi sebepler istisnaidir. Miras ortaklığının ve buna bağlı olarak ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin, asıl sona erme sebebi, ortaklığın giderilmesi ve buna bağlı olarak gerçekleşen paylaşma (tasfiye)dır¹². Miras ortaklığı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan elbirliği mülkiyeti ya ortakların anlaşması ile¹³ ya da mahkeme kararıyla¹⁴ son bulmaktadır¹⁵. Bir başka ifadeyle miras ortaklığında ortaklığın giderilmesi için asolan tarafların anlaşmasıdır; fakat anlaşma olmaz ise mirasçılardan her biri Devlet mahkemelerinde ortaklığın giderilmesi davası açarak miras ortaklığını sona erdirmeye hakkına sahiptir.

IV. ORTAKLIĞIN GİDERİLMESİNDE TAHKİM ve ARABULUCULUĞUN CAİZLİĞİ SORUNU

A. Genel Olarak

Bazı haller vardır ki, paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının sona erdirilmesi ile bunlara konu eşyanın paylaşılması, Devlet mahkemeleri aracılığıyla değil de başka kişi veya kurumlar tarafından sağlanabilir. Bu hallerde de ortaklığın giderilmesi davası açılmayabilir. Bir başka ifadeyle paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının sona erdirilmesi açısından Devlet mahkemelerinde dava açmak yerine

⁹ SAYMEN/ELBİR, s.283; EREN, Mülkiyet Kitabı, s.133; AYAN, Mülkiyet, s.125; AYİTER-Eşya Hukuku, s.97; AVCI, Mehmet Özgür: Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, İstanbul 2014, s.3-22; FİDAN, Özlem Sarı: Miras Ortaklığı, Ankara 2016, s.6-7; ARAL, Fahrettin: Türk Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979, s.20-23; KISAGÜN, s.59-60; BOZCALI, s.45; EREN, Paylaşma, s.496-498; KILIÇOĞLU, Miras, s.301-305; SÖZEN, s.290-291; OZANEMRE YAYLA, Tolunay: Mirasın Paylaşılması, Ankara 2011, s.7-14; DURAL/ÖZ, Miras, s.450-451; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.530; GÖNENSAY, Samim/BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1963, s.305; ÖZTAN, Miras, s.466-467; OĞUZMAN, Miras, s.391; ROTH, s.41-57; WOLF/BRAZEROL, s.1431.

¹⁰ Aslında miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan, sadece eşya üzerinde elbirliği mülkiyeti değil, haklar üzerinde de elbirliği ile hak sahipliğidir. Yani miras ortaklığı terekeye elbirliği ile sahip olurlar (TMK m.640/2). Tereke hak ve borçlardan oluştuğu için onun aktifinde mal, alacak hakkı, fikri ve sınıfi haklar gibi haklar, pasifinde ise borçlar yer almaktadır. Birden fazla kişinin, yani mirasçılarının sadece “eşya” üzerindeki “mülkiyeti” halinde elbirliği mülkiyeti söz konusu olurken, eşya üzerindeki mülkiyet hakkı dışındaki alacak hakkı gibi, haklar üzerinde “hak sahipliği” söz konusu olduğu için burada elbirliği mülkiyetinin hükümlerinin de uygulanacağını göz önünde tutarak “elbirliği ile hak sahipliğinin” söz konusu olacağını belirtmekte fayda vardır (DURAL/ÖZ, Miras, s.450, dn. 1161; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.530; SEROZAN/ENGİN, s.472; İMRE, s.660-662; AYİTER/KILIÇOĞLU, s.261-262; İMRE/ERMAN, s.429-430; AYAN, Miras, s.295; ARAL, s.23). Ancak, konuyu anlatırken elbirliği mülkiyeti ibaresini kullanacağız ve fakat yeri geldiği zaman mülkiyet hakkı dışındaki haklara ilişkin olarak “elbirliği ile hak sahipliği” kavramına yer vereceğiz. Örneğin, miras ortaklığında alacak hakkı söz konusu olursa, bu hak için elbirliği mülkiyeti hükümlerinin uygulandığı “elbirliği hak sahipliği” kavramı kullanılacaktır.

¹¹ KILIÇOĞLU, Miras, s.329-330; DURAL/ÖZ, Miras, s.467-468; OZANEMRE YAYLA, s.16; KOCA YUSUF PAŞAOĞLU, s.679; ARIK, Fikret: “Miras Şirketleri Hakkında Bir İnceleme”, Adalet Dergisi, 37(10), 1946, s.1044.

¹² Miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona ermesi, ortaklığın sona ermesiyle gerçekleşeceği ve bunun da paylı mülkiyette olduğu gibi “ortaklığın giderilmesi” ve “paylaşma” olmak üzere iki aşamadan oluşacağı, tasfiye devam ettiği sürece de, elbirliği mülkiyetinin sona ermeyeceği yönünde bkz. AKİPEK, Mülkiyet, s.54; AKİPEK/AKINTÜRK, s.415.

¹³ SEEBERGER, Lionel Harald: Die richterliche Erbteilung, Üniverstätsverlag Freiburg Schweiz 1993, s.19, 108 vd.; SCHAUFELBERGER, Peter C./LÜSCHER, Katrin Keller: Basler Kommentar Honsell-Vogt-Geiser Hrsrg.), Zivilgesetzbuch II (Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB) 5. Auflage, Basel 2015, s.761; BRUNNER/WICHTERMANN, s.1006; GRİEDER, Alain: Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Basel 2016, s.73.

¹⁴ Eğer taraflar anlaşamaz ise bir veya birden fazla tarafın (paydaşın) talebi, yani dava açması ile mahkemenin vereceği karar ile birlikte mülkiyet sona erecektir (SEEBERGER, s.49; WEIBEL, Thomas: Praxiskommentar (Hrsrg. Thomas Weibel/Daniel Abt), Erbrecht, 3. Auflage, Basel 2015, s.1458; SCHAUFELBERGER/LÜSCHER, s.747).

¹⁵ AYAN, Miras, s.317; ARIK, s.1044. Aslında mirasın paylaşılması, “miras bırakanın bazı yasal mirasçıları yararına miras paylarına mahsuben (paydan düşülmek üzere) sağlığında gerçekleştirdiği karşılıksız kazandırmaların denkleştirilmesinden”, “mirasçıların anlaşarak veya hâkim kararına dayanarak, aralarındaki elbirliği ortaklığını sona erdirmelerinden (tasfiye etmelerinden)” ve “terekedeki değerleri aralarında bölüşmelerinden (taksim etmelerinden) oluşan bir süreçtir (SEROZAN/ENGİN, s.494). Bu süreçte, kısaca mirasçıların anlaşması ile ve esas olarak ortaklığın giderilmesi davası ile miras ortaklığı ve buna bağlı olarak ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona ermesi üzerinde duracağız. Sürecin diğer kısımları ise konumuzla bağlantısı olduğu ölçüde ele alınacaktır.

başka kişi veya kurumlar aracılığıyla paydaş veya mirasçılar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık sona erdirilebilir; yani paylı mülkiyet ve miras ortaklığına son verilip, bunlara konu olan eşya paylaşılabilir. Bu bağlamda, paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının sona ermesinin arabuluculuğa veya tahkime elverişli olması halinde sona erme, ortaklığın giderilmesi davası ile değil de arabuluculuk veya tahkim vasıtasıyla gerçekleşecektir. Bu yüzden, arabuluculuk ve tahkim sürecinin başlamasının sonucu olarak ortaklığın giderilmesi davasının açılmasına veya açılmış olan davanın devam ettirilmesine gerek kalmayacaktır. Bu durum aslında dava hakkının engellenmesi anlamına asla gelmeyecektir. Bir başka ifadeyle arabuluculuk ve tahkimin caiz olması ve işlerlik kazanması, ortaklığın giderilmesi davasının açılmasına ilişkin dava hakkına bir engel teşkil etmez. Esasında vurgulanmak istenen husus, arabuluculuk veya tahkimin işlerlik kazanması halinde paydaş veya mirasçıların anılan kurumlara başvurabilme imkânlarının da olduğudur. Tahkim veya arabuluculuğun caiz olması ve paydaş veya mirasçıların, bunlara işlerlik kazandırmasıyla ortaklığın giderilmesi davasına gerek kalmayacağı için anılan kurumlara bu başlık altında yer vermeye çalışacağız. Bu çerçevede tahkim ve arabuluculuk aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B. Ortaklığın Giderilmesinde Tahkimin Caiz Olup Olmadığı

Kavramsal olarak tahkim, tarafların, kendi arasındaki hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, kanuni bir zorunluluk nedeniyle veya aralarında anlaşmak suretiyle, Devlet mahkemeleri yerine, hakem olarak nitelendirilen kişi veya kişilere ya da kurullara bırakmalarına denir¹⁶.

Tahkim çeşitli ölçütler baz alınarak tasnif edilmiştir. Bu tasniflerden birisini de mecburi tahkim-ihiyarî tahkim ayrımı oluşturmaktadır. Eğer taraflar, aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, kendi iradeleri hilafına, kanuni bir zorunluluk nedeniyle, hakem olarak nitelendirilen kişi ya da kişilere veya kurullara bırakıyorsa mecburi tahkimden; fakat taraflar, aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, kendi aralarında anlaşmak suretiyle hakem olarak nitelendirilen kişi ya da kişilere veya kurullara bırakıyorsa ihtiyarî tahkimden söz edilir¹⁷. Tahkimle asıl kastedilen ihtiyarî tahkimdir.

İhtiyarî tahkim, tarafların, *üzerlerinde serbestçe tasarruf edebileceği işlerde*, aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanmış ya da kaynaklanabilecek olan uyuşmazlıkların çözümünü anlaşmak suretiyle devlet mahkemeleri yerine hakem olarak nitelendirilen kişiye ya da kişilere veya kurullara

¹⁶ KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, s.5875; ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi (Tahkim), İstanbul 1973, s.4; KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Usul), İstanbul 2016, s.928; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'ya Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara 2013, s.779; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018, s.780; KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakame Hukuku, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012, s.905; YEŞİLİRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Müzakere, Arabuluculuk ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri İstanbul 2011, s.58; DEREN YILDIRIM, Nevhis, "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", Ankara Barosu Dergisi, (4), 2002, s.37; AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık., İstanbul 2016, s.3; ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kamil/DEREN YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usul hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, s.595; POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.783; KALPSÜZ, Turgut: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010, s.1-3; BİLGE, Necip: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, İkinci Basım, Ankara 1967, s.643; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s.1064; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018, s.721; PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLİRMAK, Ali: Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, Cilt III, 15. Bası, İstanbul 2017, s.2593; KALPSÜZ, Turgut: İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Ankara 1996, s.341; ÖZTEK, Selçuk: "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, (2), 2009, s.221; ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku (Yargılama), Cilt I-II, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000, s.933; ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku (Yargılama), Ankara 1979, s.349; BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 1711 Sayılı Kanuna göre Yeniden Yazılmış 3. Bası, Ankara 1978, s.742-743; TAŞKIN, Alim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000, s.8; YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 3 (225-452), 3. Bası, Ankara 2017, s.3619; SELÇUK, Seyran: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 218, s.6; YEĞENİLİ, Rasih: Tahkim, İstanbul 1974, s.94; KODAKOĞLU, Mehmet: FIDIC Standart Kuralları'na Göre Hazırlanan Milletlerarası İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s.47.

¹⁷ KURU, Cilt VI, s.5876,5918; KURU, Usul, s.929-930; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.779; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.780; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, s.2613; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.722; ÖZTEK, s.222-223; BİLGE, s.643; ÖNEN, Yargılama, s.350-351; BİLGE/ÖNEN, s.743.

bırakmalarına ihtiyarî tahkim (iradî tahkim) denir¹⁸ ¹⁹. İhtiyarî tahkimde taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünün Devlet mahkemeleri yerine hakem olarak nitelendirilen kişi veya kurullara bırakılmasında tamamen taraf iradeleri ön plandadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda, hakkında özel hükümler sevk edilmiş olan tahkim türünü de ihtiyarî tahkim oluşturmaktadır. Bundan sonraki açıklamalarımız ihtiyarî tahkime ilişkin olacağı için "tahkim" ibaresinden sadece ihtiyarî tahkim anlaşılmalıdır.

Tahkime konu olabilecek uyuşmazlıkların tespiti konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408'inci maddesinde özel bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan²⁰ veya iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından tahkime başvurulamaz. Bu düzenlemeyle, açıkça taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ve genel çerçevede iki tarafın arzusuna tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli bir nitelik taşımadığı ifade edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408'inci maddesindeki düzenleme dikkate alınarak tahkime elverişliliğin tayininde esas alınması gereken ölçütün, "uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin iki tarafın iradelerine tabi olmayan işler arasında yer alıp almadığı" olduğu ortadadır. İki tarafın iradesine tabi olmayan işlerle anlatılmak istenen aslında tarafların sulh (veya kabul) suretiyle sona erdiremeyeceği, bir başka ifadeyle, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı, kamu düzeninden sayılan uyuşmazlıklardır²¹. Bu çerçevede taşınmaz üzerindeki aynî haklar dışında, tarafların üzerinde anlaşmak suretiyle serbestçe tasarruf etme imkânının olmadığı, şahsın hukukuna, evlenmenin geçerliliğine ve varlığına, boşanmaya, soybağına, velayete, vesayete ilişkin uyuşmazlık ve işlerle sair aile hukuku uyuşmazlık ve işlerinde, rekabet hukukuna, iflâsa, konkordatoya, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırmaya ve çekişmesiz yargıya ilişkin işlerde tahkime müracaat edilemez²². Sonuç itibarıyla, tahkime elverişli olan hukuki uyuşmazlıklar tarafların sulh olmak suretiyle üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri kamu düzeninden sayılmayan uyuşmazlıklardır.

Paylı mülkiyet ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona ermesinin tahkime konu olup olmayacağı hususu açısından tahkime elverişliliğin tespiti büyük önem ifade etmektedir. Az önce tespiti yapılan ölçüt, ortaklığın giderilmesi davasına konu olan hukuki

¹⁸ KURU, Cilt VI, s.5918; KURU, Usul, s.930; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.779; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ/HANAĞASI, s.780; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usul, s.2613; ÖZTEK, s.222; BİLGE, s.643; ÖNEN, Yargılama, s.350; BİLGE/ÖNEN, s.743.

¹⁹ İradî tahkimin anayasal dayanağını Anayasa'nın 36'ncı maddesi oluşturmaktadır. Buna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YEŞİLOVA, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s.221 vd.

²⁰ HMK'nın (tahkime elverişliliğe ilişkin 408'inci maddesinin) yürürlüğe girmesinden önce, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndeydi. Yani, kanun koyucu anılan madde ile Yargıtayın yerleşmiş görüşüne paralel bir düzenleme getirmişti. Ancak, Yargıtay'ın bu yöndeki görüşü, doktrinde eleştirilmiş ve taşınmazların aynına ilişkin olan uyuşmazlıklarda, tarafların sulh olabilecekleri ve tahkime gidebilecekleri savunulmuştur (ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri (Yargılama), 7. Bası, Ankara 1960, s.186; ANSAY, Sabri Şakir: "Sulh" (Sulh), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 1944, s.206-207; BİLGE, s.314-315; BİLGE/ÖNEN, s.357,748; ÜSTÜNDAĞ, Saim: Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959, s.128, dn. 7; ÜSTÜNDAĞ, Yargılama, s.943, dn.62; ÖNEN, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh (Sulh), Ankara 1972, s.48-49; KURU-Cilt VI, s.5947; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s.599, dn.10; UMAR, Bilge: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara/8-9 Eylül 2006, s.122-123; YEĞENGİL, s.94; ALANGOYA, Tahkim, s.84; KALPSÜZ, Tahkimin Genel Esasları, s.358. Ancak, aksi görüşe göre taşınmazların devrine ilişkin anlaşmalar resmi şekilde yapılmadıkça muteber olmadıklarından, taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir (POSTACIOĞLU, s.787-788)

²¹ YILMAZ, Cilt III, s.3621; KURU, Cilt VI, s.5946; BİLGE/ÖNEN, s.747; BİLGE, s.647; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.724; KARSLI, s.97; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.783; KURU, Usul, s.934; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ/HANAĞASI, s.783; PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usul, s.2631-2632; YILMAZ, Ejder: "Tahkimde İhtiyarî Tahkim ve Tahkime Elverişlilik Kuralı" (Tahkim), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı), İzmir 2015, s.546; KALPSÜZ, Tahkimin Genel Esasları, s.356 vd.. Doktrinde bir görüşe göre ise, HMK m. 308/II'de (kabul) ve m. 313/II'de (sulh) ifade edilen "tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işler" ile HMK m. 408/I'de (tahkim) ifade edilen "iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler" birbirlerinden farklı kavramlardır. Yani, bu görüşe göre, "İki tarafın iradelerine tâbi olmayan işler" ile anlatılmak istenen "bir işlemin geçerliliği için kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hâller"dir; "Yemine konu olamayacak vakıfları" düzenleyen HMK m. 226/I'in (a) ve (b) bentlerinde kanun koyucunun bu iki kavrama ayrı ayrı yer vermesinden de söz konusu iki kavramın ayrı kavramlar olduğu anlaşılmalıdır (BULUR, Alper: "6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulanması Hakkında Değerlendirmeler", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1, Ankara 2015, s.503). Doktrinde bir başka görüş ise, HMK m. 408/I'de yapılan taşınır taşınmaz ayrımının yerinde olmadığını, bu nedenle de, taşınmazlar açısından tahkimin caiz olmaması hususunu eleştirmektedir (YILMAZ, Tahkim, s.546-548.).

²² PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usul, s.2636 vd.; KALPSÜZ, Tahkimin Genel Esasları, s.356-357; POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s.1034; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.783; KURU, Usul, s.934; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ/HANAĞASI, s.783; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.725; KARSLI, s.907; KURU, Cilt VI, s.5951; BİLGE/ÖNEN, s.747; BİLGE, s.647; YILMAZ, Cilt III, s.3621.

uyuşmazlıklar açısından da geçerlidir. Dolayısıyla ortaklığın giderilmesi davasına konu edilen, paylı mülkiyetin veya miras ortaklığın sona erdirilmesi hususları açısından da “uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin iki tarafın iradelerine tabi olmayan işler arasında yer alıp almadığı” ölçütü esas alınacaktır. Bu çerçevede ortaklığın giderilmesi davasına konu kılınan hususlar taraf iradelerine tabi ise tahkime de elverişlidir ve taraflar kendi aralarında anlaşarak uyuşmazlığın çözümünü Devlet mahkemeleri yerine, hakem olarak nitelendirilen kişi(ler) veya kurul(lar)a bırakabilirler. Bu çerçevede paylı mülkiyetin ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona erdirilmesi açısından tahkimin caiz olup olmadığı ortaya koymak için söz konusu süreçte paydaş ve mirasçı iradelerinin egemen olup olmadığına tespiti gerekir. Paylı mülkiyetin ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona ermesi açısından paydaş ve mirasçı iradelerinin ne derece önem ifade ettiği de yukarıda anlatıldı. Buna göre paydaş veya mirasçılar kendi aralarında anlaşılırsa paylı mülkiyet ve miras ortaklığı onların iradelerine dayalı olarak sona erer. Bu çerçevede, ortaklığın giderilmesi davası açılmadan önce paydaşlar ve mirasçılar söz konusu birlikte mülkiyet tiplerine kendi iradeleri çerçevesinde son verebilirler. Bu sebeple, paydaşların ve mirasçıların ortaklığın giderilmesi davası açmadan kendi aralarında anlaşmaları suretiyle paylı mülkiyete ve miras ortaklığına son verme iradelerine sahip oldukları bir durumda, yine kendi aralarında anlaşarak aralarında uyuşmazlıkları Devlet mahkemeleri yerine, hakem olarak nitelendirdikleri kişi(ler) veya kurul(lar)a götürmelerinde herhangi bir engel bulunmamaktadır²³. Dolayısıyla, paylı mülkiyeti ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetini sona erdirmek için Devlet mahkemelerinde ortaklığın giderilmesi davası açmak yerine paydaş ve mirasçılar aralarında anlaşarak söz konusu uyuşmazlığın çözümünü hakem veya hakemlere bırakabilirler. Ancak burada şu hususa da dikkat çekmekte fayda vardır: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 408’inci maddesi ayrıca ve özellikle taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını vurgulamaktadır. Bu hükmü lâfzî olarak yorumlarsak paylı mülkiyetin veya miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin konusunun bir taşınmaz olması halinde söz konusu birlikte mülkiyet türlerine son vermek için paydaş ve mirasçıların tahkim yoluna gidemeyeceğini; bunun için sadece Devlet mahkemelerinde ortaklığın giderilmesi davası açılacağını söyleyebiliriz. Fakat söz konusu hükümde taşınmaz mallar üzerindeki aynı hakların ayrıca vurgulanmasının²⁴ taşınmazlar üzerindeki paylı mülkiyetin ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona erdirilmesi için paydaş ve mirasçıların tahkime başvurusunu engelleyici bir durum olmadığı kanaatindeyiz. Bunun yanında üzerinde paylı mülkiyet kurulan taşınmazlar ile miras ortaklığı nedeniyle elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazların, tahkime elverişlilik açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 408’inci maddesine bir istisna teşkil ettiği kanaatindeyiz. Zira Türk Medeni Kanunu’nun miras ortaklığı için 642’nci ve 676’ncı maddesi ile paylı mülkiyet için 698’inci ve 699’uncu maddeleri birlikte mülkiyetin konusunun ne olduğuna bakmaksızın tarafların kendi aralarında anlaşmak suretiyle söz konusu birlikte mülkiyet ortaklıklarına son verebileceği düzenlemiştir. Dolayısıyla, birlikte mülkiyetin (paylı mülkiyet-elbirliği mülkiyetinin) konusu ister taşınmaz olsun ister olmasın taraflar söz konusu birlikteliğe kendi iradeleri çerçevesinde son vererek ferdi mülkiyete geçebilirler. Bu sebeple tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunduğu bir konudan söz edebiliriz. Taraflar kendi aralarında ortaklığı giderebilirler ancak ortaklığın giderilmesi konusunda aralarında ihtilaf çıkarsa bu ihtilafa da her zaman kendi aralarında anlaşarak (sulh olmak suretiyle) son verebilirler²⁵. İşte taraflar kendi iradeleri ile ortaklığı gideremez ve bu hususta ortaya bir uyuşmazlık çıkarsa söz konusu uyuşmazlığın konusu ne olursa olsun (ister taşınmaz olsun ister olmasın) bu uyuşmazlığın çözümü için Devlet mahkemelerine başvurabilecekleri gibi tahkime de başvurabilirler. Zira uyuşmazlığın konusu taşınmaz olsa bile tarafların üzerinde serbestçe tasarruf

²³ Bu yönde bkz. ESSER, Albert: Rechtspropleme der Gemeinschaftsteilung, Detmond/Köln/Berlin 1951, s.63 vd.; WOLF, Berner Kommentar, s.131-132; SCHMIDT, Karsten: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Herausgeben: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oether, Hartmut/Oetker, Limperg), Band 6, 7. Auflage 2017, <https://beck-online.com>, Erişim Tarihi: 06.03.2018, Kn. 40; SCHAUFELBERGER/LÜSCHER, s.752-753; WOLF, BK, s.130-131; WEIBEL, s.1464; KURU, Cilt VI, s.5950,6264; AYBAY, Aydın: Müşterek Mülkiyette Taksim (Taksim), İstanbul 1966, s.53; COŞAR-Mülkiyet I, s.521; MALATYALIOĞLU, Kutsi/ERTAŞ, Hami: Paylaşım ve Kat Mülkiyeti Kurulması Davaları, Ankara 1972, s.84-85; KURŞAT, s.309; İMRE: Zahit, Türk Miras Hukuku, (Son Mevzuata, Türk-İsviçre mahkeme içtihatlarına ve İlimi Esaslara göre) Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1978, s.706, dn.6. Ancak, Yargıtay’ın farklı kararları bulunmaktadır. Aynı yönde bkz. 6.HD., 31.12.1956, 7848/7425; MALATYALIOĞLU/ERTAŞ, s.85-86. Aksi yönde bkz. 4. HD., 14.05.1974, 2094/2496; KURU, Cilt VI, s.5948-5949. Murisin, ortaklığın giderilmesine ilişkin olarak, ölüme bağlı tasarrufla tahkim şartı getirip getiremeyeceği konusu tartışmalıdır (Bu tartışma için bkz. WOLF, BK, s.131-132; SCHAUFELBERGER/LÜSCHER, s.753; WEIBEL, s.1464-1465).

²⁴ Bu tarz bir belirlemeye gerek yoktu; zira taşınmazlara ilişkin sorunlar da kamu düzeninden sayıldığı için iki tarafın iradesine tabi olmayan işler arasında yer almaktadır.

²⁵ Bkz. aşa. Üçüncü Bölüm, §12,D.

edebilecekleri bir durum söz konusudur. Normal şartlar altında taşınmazlar üzerindeki aynı haklar tarafların iradesine tabi olmayan işler arasında sayılmaktadır. Ancak ortaklığın giderilmesi açısından Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri bu duruma açık bir istisna getirmektedir. Sonuç olarak, her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408'inci maddesine uygun düşme de Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan (konumuz açısından mülkiyet hakkı) uyuşmazlıklar ortaklığın giderilmesi açısından tahkime elverişlidir ve bu husus taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar açısından bir istisnadır.

Ortaklığın giderilmesi davasına konu kılınabilecek hususların tahkime de elverişli olduğunun tespitinden sonra paydaş ve mirasçıların tahkime nasıl başvurabileceği üzerinde durmakta fayda vardır. Bu halde de genel tahkim kuralları geçerlidir. Tahkime elverişli olan diğer hukuki uyuşmazlıklarda, taraflar hangi şartlar altında tahkime başvurabiliyorsa ortaklığın giderilmesi için de aynı şartlar geçerlidir. Burada ihtiyarî tahkim söz konusu olduğu için tarafların aralarındaki hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünü, kendi aralarında anlaşmak suretiyle hakem olarak nitelendirilen kişi ya da kişilere veya kurullara bırakıyor olması gerekir. İşte paydaş ve mirasçıların kendi aralarında, ortaklığın giderilmesi hususunun hakemler vasıtasıyla çözüme kavuşturulması konusundan yapacakları sözleşmeye tahkim sözleşmesi denir. Genel olarak tahkim sözleşmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 412'inci maddesinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre tahkim sözleşmesinden maksat, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır. Aslında tahkim sözleşmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 408'inci maddesinde tahkime elverişlilik ile ilgili olarak yapılmış bulunan belirleme de dikkate alınarak şu şekilde tanımlanabilir: Tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği işlerden kaynaklanmış ya da kaynaklanabilecek olan hukuki uyuşmazlıkların bir kısmının veya tamamının çözümünün, devlet mahkemeleri yerine hakem olarak nitelendirilen kişi ya da kişilere bırakılmasını öngören sözleşmedir. Ortaklığın giderilmesi için paydaş ve mirasçılar, bu konuya ilişkin olarak usûlüne uygun ve geçerli bir tahkim sözleşmesi yaparsa, tahkim yoluna başvurabilirler.

Paydaş ve mirasçıların ortaklığın giderilmesi hususunda geçerli bir tahkim sözleşmesi yapmasıyla birlikte taraflar artık tahkime başvurabilirler. Paydaş ve mirasçıların aralarında yaptıkları ve medeni yargılama hukukunda etki doğuran söz konusu tahkim sözleşmesinin biri müspet, diğeri menfi olmak üzere iki aslî etkisi mevcuttur. Tahkim sözleşmesinin menfi etkisiyle kastedilen dava konusu kılınacak olan uyuşmazlığın çözümü bağlamında tarafların devlet mahkemelerine başvuru imkânını ortadan kaldırmasıdır²⁶. Paydaş veya mirasçılardan biri tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen devlet mahkemesinde ortaklığın giderilmesi davası açmışsa diğer paydaş veya mirasçı(lar) tahkim ilk itirazında bulunabilir (HMK m.413/I). Bu çerçevede ortaklığın giderilmesi davasının açıldığı Devlet mahkemesi tahkim sözleşmesinin varlığını resen gözetemez; zira ortaklığın giderilmesi davasının açıldığı devlet mahkemesinde cereyan edecek yargılama bağlamında davalı taraf(lar)ın dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki haftalık süre içerisinde vereceği cevap dilekçesinde tahkim ilk itirazında bulunması gerekir. Eğer paydaş veya mirasçılar kanunda ifade edilen süre ve şekillerde tahkim ilk itirazında bulunmazsa, dava devlet mahkemelerinde görülmeye devam eder. Tahkim itirazının ileri sürülmesi tahkim yargılamasına engel değildir (HMK m.413/II). Tahkim sözleşmesine rağmen paydaş veya mirasçılardan biri Devlet mahkemesinde ortaklığın giderilmesi davası açarsa ve davalı taraf da tahkim ilk itirazında bulunursa mahkemenin tahkim itirazı hakkında karar vermeden önce mutlaka tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz ve uygulanması imkânsız olup olmadığını araştırması gerekir²⁷. Ortaklığın giderilmesi davasının açıldığı mahkeme, tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz ve uygulanması imkânsız olmadığı sonucuna ulaşırsa tahkim itirazını kabul eder ve davanın usûlden reddine karar verir; fakat mahkeme, tahkim itirazının reddine karar verecek olursa, ortaklığın giderilmesi davasına bakmaya devam eder.

Tahkim sözleşmesinin müspet etkisinden maksat ise sözleşmenin taraflarının uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözüme yükümlülüğü; bu çerçevede, hakemlerin atanması için tarafların iş birliği yapması, hakem kararlarının yerine getirilmesi ve yargılama sırasında iyiniyetle hareket etme gibi yükümlülükler altına sokulması; hakemlere yargılama yapma ve hüküm verme yetkisinin

²⁶ PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usul, s.2663; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.783; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.784; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.729; KURU, Cilt VI, s.5968; ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukuku Esasları II, Kanun Yolları-Kesin Hüküm-Tahkim (2001), İstanbul 2001, s.131.

²⁷ EKŞİ, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2019, s.96-97. Tahkim sözleşmesinin hükümsüz, tesirsiz veya uygulanmasının imkânsız olup olmadığı hususlarının tespitinin devlet mahkemesince değil, hakemler tarafından yapılması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. PEKCANITEZ/YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usul, s.2665.

verilmesidir²⁸. Bunun doğal sonucu olarak, hakem kararları, Devlet mahkemesi kararlarının sürrogatı olarak kabul edilmiş ve hakem kararlarının tıpkı devlet mahkemesi kararları gibi cebrî icra yoluyla yerine getirilmesine olanak tanınmıştır²⁹. Ortaklığın giderilmesi konusunda hakemlerin vermiş oldukları kararlar, ortaklığın giderilmesi davasında mahkemenin vermiş olduğu kararların sürrogatıdır ve fakat anılan kararlar inşai nitelikte olduğu için kural olarak icrası söz konusu değildir.

C. Ortaklığın Giderilmesinde Arabuluculuğun Caiz Olup Olmadığı

Gerçek anlamda arabuluculuk, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilecek iş veya işlerden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıklarında işlerlik kazanan, tamamen tarafsız, bağımsız ve uzmanlık eğitimi almış üçüncü bir kişinin (arabulucunun) aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları bir araya getirerek birbirlerini anlamalarına, ilişkilerinin koparılmadan gelecekte de devam etmesi için gerekli diyaloga ve söz konusu uyuşmazlığın taraflarca kazan-kazan şeklinde menfaat temelli olarak çözülmesine, tarafların kendi çözümlerini kendilerinin bulmasına imkân sağladığı gönüllü bir usûl, dostane biçimde uyuşmazlık çözüm yoludur³⁰. 6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde arabuluculuk ise “*sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi*”dir (12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17’nci

²⁸ PECANITEZ/YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usul s.2662; YEŞİLİRMAK, Ali: Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 1. Bası, İstanbul 2011, s.79; ALANGOYA, 2001, s.131.

²⁹ PEKANITEZ, Hakan: "Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, s.570 vd.

³⁰ TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (Kitap), Ankara 2020, s.39; TANRIVER, Süha: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk" (Özellikle Arabuluculuk), (Türkiye Barolar Birliği, (64), 2006, s.151-177), Makalelerim II, Ankara 2011, s.18; TANRIVER, Süha: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış (Hukuki ve Sosyolojik Bakış), (Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.821-842), Makalelerim II, Ankara 2011, s.75; TANRIVER, Süha: "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençleri Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi" (Değerlendirme), (Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara 2010, s.2025-2036), Makalelerim II, Ankara 2011, s.243; ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003, s.88; KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Bası, Ankara 2014, s.23; YEŞİLİRMAK, s.18; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s.27; ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Genişletilmiş (Alternatif), 3. Baskı, Ankara 2013, s.555; CEYLAN, Şule Şahin: Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Baskı, İstanbul 2009, s.298; KILKIŞ, İlknur/BAĞDOĞAN, Selver Yıldız/BAŞTÜRK, Şenol: "Türkiye’de Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk ve Uzlaştırma Sisteminin Evrimi ve Sistemin Etkinliğini Arttırıcı Öneriler", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 16(1), 2014, s.56; ERGİN, İsmail: "Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk", s.154, <http://www.muhammedbalci.com>; ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi" (Öneri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 56(1), 2007, s.189; ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi" (Noter), <http://www.arabulucu.com>; ÖZBAY, İbrahim: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri" Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X(3-4), 2006, s.465; BULUR, Alper: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", Ankara Barosu Dergisi, 65(4), s.42; YILDIRIM, M. Kamil: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi" (Tasarı), (Arabuluculuk Yasa Tasarısı, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s.44; YILDIRIM, Kamil: "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında" (Armağan), Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, İstanbul 2007, s.340-341,347,349; SUGURTEKİN ÖZKAN, Meral: "Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, (2), 2005, s.358; BİÇKİN, İnci: "Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü" Hukuki Perspektif Dergisi, (7), 2006, s.37; İBRİŞİM, İbrahim Güvenç: "Hukuk Reformu ve A.B.D. Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, (122), 2004, s.79; PEKANITEZ, Hakan: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri", Hukuki Perspektif Dergisi, (5), 2005, s.16; KAPLAN, Yavuz: "Arabuluculuk ve Türk Hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 28(1-2), s.118; YAZGAÇ, Refika: "Akran Arabuluculuğu", <http://www.altis.gen.tr/makale.aspx?Makale=akran-arabuluculuğu &MakaleId=11>; PRÜTTING, Hanns: Arabuluculuk ve Hukuk Devleti, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – IX, (Çeviren: Arş. Gör. Pınar Çiftçi), s.238; MOORE, Christopher W.: The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, Fourth Edition, Jossey-Bass A Wiley Brand, San Francisco 2014, s.8; HOPT, Klaus J./STEFFEK, Felix: Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective (Edited by: Hopt, Klaus J./Steffek, Felix), Oxford University Press 2013, s.11; ULUKAPI, Ömer/KIYAK, Emre: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu İle Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi", Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan Cilt 2, Ankara 2015, s.1656; AKİL, Cenk: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı", Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan Cilt I, Ankara 2014, s.75-76; CAN POLAT, Ayşegül: Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2017, s.4.

maddesiyle değişik, HUAK m.2/I-b).

Dostane biçimde uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan arabuluculuk, uyuşmazlıkların çözümünde gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır. Uyuşmazlık içerisine düşmüş olan taraflar artık sadece mahkemelere başvurmamakta kendi çözümlerini kendilerinin üretebilecekleri bir sürece işlerlik kazandırmaktadır. İşte, paylı mülkiyette ve miras ortaklığı nedeniyle ortaya çıkan elbirliği mülkiyetinin sona erdirilmesi ve mülkiyet konusu eşyanın veya hakkın paydaşlar/ortaklar arasında paylaştırılmasının arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde mümkün olup olmayacağının üzerinde durulması gerekir. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun çeşitli hükümlerinde hâkime, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik ödevi yüklemiştir (HMK m.137, m.140, m.320). Bu bağlamda ortaklığın giderilmesi davasına konu teşkil edecek olan hususlarda arabuluculuğun caiz olup olmadığı sorunu, üzerinde düşünülmesi gereken bir konudur.

Bir konunun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını tespitinde öncelikli olarak 6235 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun yapmış olduğu düzenlemeler dikkate alınmalıdır. Arabuluculuğa elverişliliğin tespitine ilişkin olarak, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında bir hüküm yer almaktadır. Bu göre "*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir*". Bu kapsamda arabuluculuk, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden kaynaklanan özel hukuk uyuşmazlıklarında işlerlik kazanabilecektir. Anılan maddenin gerekçesinde de arabuluculuğun her türlü hukuk uyuşmazlıklarında değil sadece tarafların üzerinde sulh olmak suretiyle sona erdirebilecekleri hukuk uyuşmazlıkları bağlamında işlerlik kazanacağı ifade edilmektedir³¹.

Eğer taraflar bir konuda mahkeme kararına gerek duymaksızın kendi özgür iradeleri ile hareket ederek hukuki sonuç elde edebiliyorsa o konu arabuluculuğa elverişlidir, demek yanlış olmaz³². Zaten arabuluculuk faaliyeti, aralarında hukuki uyuşmazlık bulunan tarafların, kendi aralarında müzakerelerde bulunarak hukuki bir sonuca ulaşamaması halinde işlerlik kazanır. Zira arabuluculuk faaliyetinde yer alan tümüyle bağımsız tarafsız üçüncü kişi konumundaki arabulucu, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak üzere bir araya getirmekte, birbirlerini anlamaları ve bu çerçevede kendi çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştırmaktadır³³. Ancak 12/10/2017 tarihli ve 7036 sayılı Kanunun 17'nci maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 2'nci maddesinin birinci fıkrasının b bendinde yapılan değişiklikle ve aynı kanunun 22'nci maddesiyle Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 15'inci maddesine yeni eklenen 7'nci fıkra ile arabulucular, artık, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde, bir çözüm önerisinde bulunabilecektir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda yapılan bu değişikliklerle klasik anlamda arabuluculuk modelinden kısmen ayrılmıştır. Bu yeni hüküm dışında kural olarak arabulucu, tarafların arasındaki hukuki uyuşmazlıklar hakkında karar veren, delil değerlendirmesinde bulunan, haklılık temelli inceleme ve irdeleme yapan, taraflara çözüm önerileri sunan ve sunulan bu çözüm önerileri üzerine müzakere edip biri üzerinde mutabakata varmalarını hedefleyen bir kişi değildir; bu tarz faaliyette bulunan kişinin yapmış olduğu faaliyet arabuluculuk faaliyeti de değildir. Bu sebeple, arabuluculuk sürecinde, hukuki sonuca ulaşmada, kural olarak, sadece taraf iradeleri egemendir.

Arabuluculuğa elverişlilik konusunda, kamu düzenine ilişkin olan ve tarafların kendi aralarında anlaşmak suretiyle üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasına olanak vermeyen hukuki ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında arabuluculuk kurumu işlerlik kazanamayacaktır³⁴.

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde ortaklığın giderilmesi davasına konu teşkil edebilecek hususlar göz önüne alındığında, bu hususların arabuluculuğa elverişli olduğu sonucuna varabiliriz. Zira birlikte mülkiyetin sona ermesi için mutlaka ortaklığın giderilmesi davasının açılması gerekmediği, söz konusu birlikte mülkiyet türlerinin sona ermesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, yani, kendi aralarında sözleşme yapmaları yeterlidir. Bu sebeple, arabuluculuğa elverişlilik bağlamında, tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta edebilecekleri bir konu bulunmaktadır. O halde,

³¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 1'in Hükümet Gereğesi bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>.

³² BULUR, Armağan, s.499.

³³ TANRIVER, Özellikle Arabuluculuk, s.19; TANRIVER, Hukuki ve Sosyolojik Bakış, s.75-77; ULUKAPI/KIYAK, s.1657-1661.

³⁴ TANRIVER, Değerlendirme, s.186; AKİL, Arabuluculuk, s.78-82.

ortaklığın giderilmesi davasının konusu teşkil edebilecek hususlar arabuluculuğa elverişlidir. Burada, üzerinde ayrıca durulması gereken husus, taşınmazların arabuluculuğa elverişli olup olmayacağıdır. Tahkimde olduğu gibi³⁵ ortaklığın giderilmesi davasına konu olabilen taşınmazların arabuluculuğa da konu olabileceği kanaatindeyiz³⁶. Zira taraflar mutlaka ortaklığın giderilmesi davası ile değil, aralarında anlaşarak taşınmazın paylaşılması hususunda bir sonuca varabilirler. Bu bağlamda, taraflar serbest iradeleri ile taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunabildiğine göre, söz konusu taşınmazlar, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre arabuluculuk faaliyetine de konu teşkil ederler.

V. SONUÇ

Tahkime ve arabuluculuğa elverişlilik çerçevesinde, paylı mülkiyet ve miras ortaklığının sona erdirilmesinde tahkim ve arabuluculuğun caizdir. Zira, elverişlilik açısından paralel düzenlemeleri içeren tahkim ve arabuluculuk kurumları, tarafların üzerinde sulh olmak suretiyle serbestçe tasarrufta bulunabileceği hukuki konulardan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde işlerlik kazanır. Paylı mülkiyetin ve miras ortaklığında da esas olan taraf iradelerine dayalı sona erme olduğu için, bu konuda tahkim ve arabuluculuk işlerlik kazanacaktır.

Paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının konusunu bir taşınmazın oluşturması halinde, anılan birlikte mülkiyet ortaklıklarının sona ermesinde tahkim veya arabuluculuğun işlerlik kazanıp kazanmayacağı tartışmalı bir husustur. Ancak paylı mülkiyetin ve miras ortaklığının konusunu taşınmazın oluşturması durumunda paydaş veya mirasçılar aralarında anlaşarak söz konusu mülkiyet ortaklıklarına son verip taşınmazı paylaşabilmektedir. Bu sebeple (tahkimde olduğu gibi arabuluculuğa ilişkin pozitif düzenleme olmasa da) tahkime ilişkin HMK m.408'de yer alan hükme rağmen, taşınmazı konu alan paylı mülkiyet ve miras ortaklığının sona erdirilmesinde, hem tahkimin hem de arabuluculuğun caiz olacağı kanaatindeyiz. Hatta, bu hususun HMK m.408 hükmüne bir istisna teşkil ettiğini söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul 2016.
- AKİL, Cenk: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan Cilt 1, Ankara 2014, s.75-137.
- AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İkinci Kitap Mülkiyet, 2. Bası, Ankara 1973.
- AKİPEK, Jale G./Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukuku Esasları II, Kanun Yolları-Kesin Hüküm-Tahkim, (2001), İstanbul 2001, s.131.
- ALANGOYA, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi (Tahkim), İstanbul 1973.
- ALANGOYA, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri (Yargılama), 7. Bası, Ankara 1960.
- ANSAY, Sabri Şakir: "Sulh" (Sulh), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 1944, s.200-209.
- ARAL, Fahrettin: Türk Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.
- ARIK, Fikret: "Miras Şirketleri Hakkında Bir İnceleme", Adalet Dergisi, 37(10), 1946, s.1043-1059.
- ARSLAN, İlknur/Kırmızı, Mustafa: Paydaşlığın ve Ortaklığın (Birlikte Mülkiyetin) Giderilmesi, Ankara 2012.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2018.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2018.
- AVCI, Mehmet Özgür: Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması, İstanbul 2014.
- AYAN, Mehmet: Eşya Hukuku -II- Mülkiyet (Mülkiyet), Güncelleştirilmiş 9. Bası, Ankara 2016.
- AYAN, Mehmet: Miras Hukuku (Miras), Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Ankara 2016.
- AYBAY, Aydın: Müşterek Mülkiyette Taksim (Taksim), İstanbul 1966.
- AYBAY, Aydın: "Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Giderilmesi Hakkının Sınırlandırılması" (Sınırlandırma), Adalet Dergisi, 56(10), s.1206-1224.
- AYBAY, Aydın: "Müşterek Mülkiyette Paylı Halin Sona Ermesi" (Sona Erme), İstanbul Üniversitesi Hukuk

³⁵ Bkz. yuk. IV.B.


³⁶ Bu yönde bkz. AKİL, Arabuluculuk, s.86-87; BULUR, Armağan, s.503; ÖZBEK, Alternatif, s.1021. Doktrinde ileri sürülen bir görüş ise, HMK m. 408/1 taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan doğan uyuşmazlıkları açıkça tahkim dışı bıraktığını, fakat HUKAK m. 1/2'de böyle bir sınırlandırma açıkça yapılmadığı için taşınmazın aynından doğan bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluna çözümlenebileceği düşünülebilir de söz konusu uyuşmazlıklar tapu kaydının düzeltilmesi, *taksim gibi* eğer kamu düzenine ilişkinse, arabuluculukla çözümlenemeyeceğini ileri sürmektedir. Ancak, bu görüş, taşınmazın aynından doğmakla birlikte, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardaki uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesine bir engel olunmaması gerektiğini de ifade etmektedir (ULUKAPI/KIYAK, s.1665). Sonuç itibarıyla bu görüş, taşınmazların taksimini kamu düzenine ilişkin görmekte ve bu nedenle, taksimin arabuluculuk sonucu ile yapılamayacağını ileri sürmektedir. Fakat, yukarıda açıkladığımız nedenlerle bu görüşe katılmamaktayız.

Fakültesi Mecmuası, 32, 1966, s.122-159.

- AYBAY, Aydın: Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi (Tez), İstanbul 1964.
- AYİTER, Nuşin/KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 1993.
- BERTAN, Suad: Aynı Haklar (Medeni Kanun'un 618-764'üncü Maddelerinin Şerhi), Cilt 1, Ankara 1976.
- BİÇKİN, İnci: "Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Hukuki Perspektif Dergisi (7), 2006, s.34-39.
- BİLGE, Necip: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, İkinci Basım, Ankara 1967.
- BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 1711 Sayılı Kanuna göre Yeniden Yazılmış 3. Baskı, Ankara 1978.
- BOZCALI, Ömer Lütfi: Taksim Şuyu'nun Giderilmesi ve Miras Sebebiyle İstihkak Davaları, İstanbul 1946.
- BRUNNER, Christoph/WICHTERMAN, Jürg: (Herausgeber: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 5. Auflage, Basel 2015.
- BULUR, Alper: "6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler" (Armağan), Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt 1, Ankara 2015, s.499-514.
- BULUR, Alper, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", Ankara Barosu Dergisi, 65(4), s.30-46.
- CAN POLAT, Ayşegül, Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2017.
- CEYLAN, Şule Şahin, Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- COŞAR, Ahsen: "Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri", Ankara Barosu Dergisi, (3), 1985,s.504-522.
- ÇELENK, Sami: "Müşterek Mülkiyet, İştirak Halinde Mülkiyet ve Farkları", Ankara Barosu Dergisi,7(90-91), 1951, s.14-32.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis: "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", Ankara Barosu Dergisi, (4), 2002, s.37-42.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, İstanbul 2016.
- EKŞİ, Nuray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, 2. Bası, İstanbul 2019.
- EMİNKAHYAGİL, Cem: "Elbirliği Ortaklığı", Yargıtay Dergisi, 16(1-2), 1990, s.77-93.
- ERDOĞAN, Celal: Topluluk Mülkiyeti ile Ortaklığın Giderilmesi (İzaleyi Şuyuu) Dava ve İlkeleri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 1975.
- EREN, Fikret: Mirasın Paylaşılması (Paylaşma), Medeni Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, I. Cilt, Ankara 2017, s.495-523.
- EREN, Fikret: Mülkiyet Hukuku (Mülkiyet Kitabı), Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara 2016.
- ERGİN, İsmail: "Alternatif Çözüm Yöntemleri ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk", s.149-159, <http://www.muhammedbalci.com>, Erişim: 01.12.2014.
- ERTAŞ, Şeref: Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş, 12. Baskı, İzmir 2015.
- ESENER, Turhan: Eşya Hukuku, Ankara 1985.
- ESENER, Turhan/Güven: Kudret, Eşya Hukuku, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2015.
- ESMER, Galip: Mevzuatımızda Gayri Menkul Hükümleri ve Tapu Sicili, Ankara 1998.
- ESSER, Albert, Rechtspropleme der Gemeinschaftsteilung, Detmond/Köln/Berlin 1951.
- FEYZİOĞLU, Feyzi N./DOĞANAY, Ümit/AYBAY, Aydın: Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1968.
- FİDAN, Özlem Sarı: Miras Ortaklığı, Ankara 2016.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Miras Hukuku, Ankara 2008.
- GÖNENSAY, Samim/BİRSEN, Kemaleddin: Miras Hukuku, İkinci Bası, İstanbul 1963.
- GRIEDER, Alain: Die Widerklage nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Basel 2016.
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HOPT, Klaus J./STEFFEK, Felix: Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues, Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective (Edited by: Hopt, Klaus J./Steffek, Felix), Oxford University Press 2013.
- ILDIR, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Ankara 2003.
- İBRİŞİM, İbrahim Güvenç: "Hukuk Reformu ve A.B.D. Hukuk Sisteminde Anlaşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, (122), 2004, s.74-84.
- İMRE, Zahit: Türk Miras Hukuku, (Son Mevzuata, Türk-İsviçre mahkeme İçtihatlarına ve İlmi Esaslara göre) Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1978.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan: Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş 9. Baskı Ankara 2015.
- JOST, Arthur: Der Erbteilungsprozess im Schweizerischen Recht, Einleitfaden Für Die Praxis, Bern 1960.
- KALPSÜZ, Turgut: İnşaat Sözleşmelerinde Tahkimin Genel Esasları, Ankara 1996. (Tahkimin Genel Esasları).
- KALPSÜZ, Turgut: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2010.
- KAPLAN, Yavuz: "Arabuluculuk ve Türk Hukuk uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısına Eleştirel Bir Bakış", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 28(1-2),s.115-146.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Mülkiyet ve Kat mülkiyeti Hukuku, İstanbul 1999. (Kat Mülkiyeti).

- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Cilt II, Ankara 1977. (İkinci Cilt).
- KARSLI, Abdurrahim: Medeni Muhakame Hukuku, 6100 sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012.
- KAYAOĞLU, Ahmet Ziya: Medeni Hukukta Müşterek Mülkiyet İştirak Halinde Mülkiyet Nazariyatı-Tatbikatı ve Yargıtay İçtihatları, Ankara 1946.
- KEKEÇ, Elif Kısmet: Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler, 2. Baskı, Ankara 2014.
- KESER, Yıldırım: Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Paylı Mülkiyette Yönetim, Ankara 2006.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Miras Hukuku, Ankara 2015.
- KILKIŞ, İlknur/BAĞDOĞAN, Selver Yıldız/BAŞTÜRK, Şenol: "Türkiye'de Toplu İş Uyuşmazlıklarının Çözümünde Arabuluculuk ve Uzlaştırma Sisteminin Evrimi ve Sistemin Etkinliğini Arttırıcı Öneriler", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 16(1), 2014, s.53-81.
- KISAGÜN, Adli: İştirak Halinde ve Müşterek Mülkiyet Davaları, Ankara 1960.
- KODAKOĞLU, Mehmet, Fidic Standart Kuralları'na Göre Hazırlanan Milletlerarası İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- YEŞİLOVA, Bilgehan, Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.
- KURŞAT, Zekeriya: Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 2008.
- KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü (Cilt VI), Cilt VI, Altıncı Baskı, İstanbul 2001.
- KURU, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku (Usul), İstanbul 2016.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6100 sayılı HMK'ya Göre Yeniden Yazılmış 24. Baskı, Ankara 2013.
- KÜLEY, Muin M.: Toplu Mülkiyet (Müşterek Mülkiyet, İştirak Halinde Mülkiyet, İzale Şüyu), İstanbul 1959.
- MALATYALIOĞLU, Kutsi/ERTAŞ, Hami: Paylaştırma ve Kat Mülkiyeti Kurulması Davaları, Ankara 1972.
- MOORE, Christopher W.: The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict, Fourth Edition, Jossey-Bass A Wiley Brand, San Francisco 2014.
- OĞUZMAN, Kemal: Eşya Hukuku Dersleri (Eşya Hukuku), İstanbul 1965.
- OĞUZMAN, M. Kemal: Miras Hukuku (Miras), Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1984.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 18. Baskı, İstanbul 2015.
- OKURER, Nihat/ÜNÜR, Sabri: Tahliye, Taksim ve Şuyuun İzalesi Davaları, Ankara 1958.
- OZANEMRE YAYLA, Tolunay: Mirasın Paylaşılması, Ankara 2011.
- ÖĞÜZ, Tufan: Müşterek Mülkiyette Taksim Engelleri, İstanbul 1995.
- ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku (Yargılama), Ankara 1979.
- ÖNEN, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh (Sulh), Ankara 1972.
- ÖZBAY, İbrahim: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10(3-4), 2006, s.459-475.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Noterlerin Uyuşmazlık Çözümündeki Yeni İşlevi" (Noter). <http://www.arabulucu.com>, (Erişim Tarihi: 15.05.2018).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, Genişletilmiş (Alternatif), 3. Baskı, Ankara 2013.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Avrupa Konseyi Arabuluculuk Yönergesi Önerisi" (Öneri), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 56(1), 2007, s.183-231.
- ÖZCAN, Zeynep: Paylı Mülkiyette Paydaşların Yetkileri ve Yükümlülükleri, Ankara 2013.
- ÖZDEMİR, Hayrunisa: Türk Medeni Kanununa Göre Mirasın Paylaşılması Şerhi, Ankara 2019.
- ÖZGÜR, Yılmaz: Müşterek Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul 1995.
- ÖZMEN, Ethem Sabâ: Türk Hukukunda Paydaşlıktan Çıkarma Davası, Ankara 1992.
- ÖZTAN, Bilge: Miras Hukuku, 7. Bası, Ankara 2016.
- ÖZTAŞ, İlker: Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, İstanbul 2011.
- ÖZTEK, Selçuk: "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Yönünden Sigortacılıkta Tahkime Bakış", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, (2), 2009, s.221-282.
- PEKCANITEZ, Hakan: "Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri" (HPD), Hukuki Perspektif Dergisi, (5), 2005, s.12-16.
- PEKCANITEZ, Hakan: "Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s.569-587.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLIRMAK, Ali: Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, C.II, 15.B., İstanbul 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./Altay, Sümer: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- PRUTTING, Hanns: Arabuluculuk ve Hukuk Devleti, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – IX, s.34-251, (Çeviren: Pmar Çiftçi).
- ROTH, Dominik: Die Erbauseinandersetzungsklage, 1. Auflage, Baden-Baden 2016.
- SAYMEN, Fer'it H./ELBİR, Halid K.: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İstanbul 1954.
- SCHAUFELBERGER, Peter C./LÜSCHER, Katrin Keller: Basler Kommentar Honsell-Vogt-Geiser Hrsrg.),

- Zivilgesetzbuch II (Art 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchIT ZGB) 5. Auflage, Basel 2015.
- SCHMIDT, Karsten: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Herausgeber: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oether, Hartmut/Oetker, Limperg), Band 6, 7. Auflage 2017, <https://beck-online>, Erişim Tarihi: 06.03.2018.
- SEEBERGER, Lionel Harald: Die richterliche Erbteilung, Üniverstätsverlag Freiburg Schweiz 1993.
- SELÇUK, Seyran: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Hakem Kararlarının İptali, Ankara 218.
- SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, İstanbul 2014.
- SEROZAN, Rona/Engin, Baki İlkay: Miras Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012.
- SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku (Eşya Hukuku), 4. Baskı, Ankara 2016.
- SİRMEN, Lale: "Paylı Mülkiyette Pay Üzerinde Kurulmuş Olan İntifa ve Rehin Haklarının Paylaşmaya Etkisi", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu -1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, 17-20.02.2016, Cilt II, Ankara 2017, s.857-866.
- SÖZEN, Mustafa: "Miras Şirketinin Sona Ermesi", Adalet Dergisi, 65(4-5), s.288-309.
- STOKAR, David: Die Gerichtliche Durchsetzung des Erbteilungsanspruches, Zürich 1954.
- SUGURTEKİN ÖZKAN, Meral: "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesi Çerçevesinde Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, (2), 2005, s. 353-369.
- TANRIVER, Süha: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış" (Hukuki ve Sosyolojik Bakış), (Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.821-842), Makalelerim II, Ankara 2011.
- TANRIVER, Süha: "Arabuluculuk ve Uzlaştırma Kavramları, Aralarındaki Temel Farklılıklar ve Arabuluculuk Kurumuna Duyulan Tepkiler ya da Oluşturulan Dirençleri Sosyolojik Açından İrdelenmesi ve Değerlendirilmesi" (Değerlendirme), (Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, s.2025-2036, Makalelerim II, Ankara 2011.
- TANRIVER, Süha: "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk" (Özellikle Arabuluculuk),(Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (64), 2006, s.151-177), Makalelerim II, Ankara 2011.
- TANRIVER, Süha: Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk (Kitap), Ankara 2020.
- TAŞKIN, Alim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2000.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- TEKİNAY, Selahattin S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Eşya Hukuku, İstanbul 1989.
- TOPUZ, Gökçen: Hisse Haczi ve Satışı, Ankara, Ankara 2009.
- ULUKAPI, Ömer/KIYAK, Emre: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu İle Model Etik ve Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi", Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan Cilt 2, Ankara 2015, s.1645-1698.
- UMAR, Bilge: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı", Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara/8-9 Eylül 2006, s.87-129.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku (Yargılama), Cilt I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959.
- WEIBEL, Thomas: Praxiskommentar (Hrsg. Thomas Weibel/Daniel Abt), Erbrecht, 3. Auflage, Basel 2015.
- WOLF, Stephan: Berner Kommentar (BK), Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602-619 ZGB, Bern 2014.
- WOLF, Stephan: Grundfragen der Auflösung der Erbengemeinschaft (mit besonderer Berücksichtigung der rechtsgeschäftlichen Aufhebungsmöglichkeiten) (Erbengemeinschaft), Stämpfli Verlag, Bern 2004.
- WOLF, Stephan/BRAZEROL, Riccardo: Grundsätze für die Vornahme der Erbteilung durch Gericht, AJP 2016, s.1430-1443.
- WOLF, Stephan/HRUBESCH-MİLLAUER, Stephanie: Grundriss des schweizerischen Erbrechts, 1. Auflage, Bern 2017.
- YAZGAÇ, Refika: "Akran Arabuluculuğu", <http://www.altis.gen.tr/makale.aspx?Makale=akran-arabuluculuğu&MakaleId=11>, (Erişim: 06.12.2014).
- YEĞENGİL, Rasih: Tahkim, İstanbul 1974.
- YEŞİLIRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi için Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde, Müzakere, Arabuluculuk ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri,2011.
- YEŞİLIRMAK, Ali: Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- YILDIRIM, Kamil: "İhtilafların Mahkeme Dışı Usullerle Çözülmesi Hakkında" (Armağan), Prof. Dr. Yavuz ALANGOYA İçin Armağan, İstanbul 2007, s.337-360.
- YILDIRIM, M. Kamil: "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi" (Tasarı), Arabuluculuk Yasa Tasarısı, İstanbul Barosu Yayınları 2008, s.35-80.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 3. Cilt, s.225-452, 3. Baskı, Ankara 2017.
- YILMAZ, Ejder: "Tahkimde İtirazın İptali Davası ve Tahkime Elverişlilik Kuralı" (Tahkim), Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Özel Sayı), 2015, İzmir 2015, s.531-554, (Erişim Tarihi:01.06.2020).

**ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA
ÜÇÜNCÜ DÜNYA YAKLAŞIMLARI****THIRD WAY APPROACHES TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW**H. Gökçe ZABUNOĞLU*  & Esmâ Yağmur SÖNMEZ** <https://doi.org/10.21492/inuhfd.831025> **Makale Bilgi**Gönderi: 25/11/2020
Kabul : 12/04/2021**Anahtar Kelimeler***Üçüncü Dünya Yaklaşımları,
Avrupa Merkezçilik,
Emperyalizm,
İmsan Hakları.***Article Info**Received: 25/11/2020
Accepted: 12/04/2021**Keywords***Third World Approaches
to International Law,
European Centrist,
Imperialism,
Human Rights.***Özet**

Uluslararası Hukukta Üçüncü Dünya Yaklaşımları (TWAIL), politik ve entelektüel bir hareket olarak eleştirel uluslararası hukuk literatüründe öne çıkmaktadır. Bu yaklaşıma göre Avrupa merkezli uluslararası hukuk kurallarının Avrupalı olmayan milletlere dikte edilmesi ile bu kurallar, Avrupalı devletlerin emperyalist ideallerini gerçekleştirmelerinin aracı haline gelmektedir. Uluslararası hukukun tarihini, yapısını ve sürecini Üçüncü Dünya devletleri açısından anlama çabasını temsil ettiği ileri sürülen TWAIL, çok sayıda perspektife sahip olan politik ve entelektüel bir hareket olarak dikkat çekmektedir. Sömürgeci ve egemen birinci dünya ile uluslararası hukukun mevcut yapısı arasındaki ilişkiye meydan okumak TWAIL'in belkemiğini oluşturmaktadır. TWAIL düşüncesine göre insan hakları tek bir kültürün ya da insanın ayrıcalığı değildir. Bu nedenle Avrupa merkezci yaklaşıma ciddi eleştiriler getirir. Evrensellik düşüncesine karşı çıkmayan TWAIL'in itirazı, bu evrenselliğin Avrupa merkezli olmasındadır. Bu çalışmada, TWAIL'i tanımlayarak onun temel prensiplerini ortaya koymak amacı güdülmüş, uluslararası insan hakları hukuku TWAIL prensipleri dikkate alınarak yeniden kurgulanmaya çalışılmış, yaklaşımın insan haklarını ele alış biçimi ile uluslararası insan hakları hukukunun nasıl yeniden üretilebileceği incelenmiş ve birbirleriyle ilişkili olan üç çözüm listelenmiştir. Bu çözümlerin insan hakları hukukunun kapsayıcılığının artırılması, iktidar mantığı ile hareket etmenin dışlanması ve insan hakları alanında tepeden inmeçi yaklaşımların değiştirilmesi olduğu belirlenmiştir.

Abstract

Third World Approaches in International Law (TWAIL) stands out in the critical international legal literature as a political and intellectual movement. As a result of dictating European-based international law rules to non-European nations, these rules become a means for European states to realize their imperialist ideals. TWAIL, which is claimed to represent an effort to understand the history, structure and process of international law in terms of Third World states, draws attention as a political and intellectual movement with many perspectives. Challenging the relationship between the colonialist and the dominant first world and the existing structure of international law is the backbone of TWAIL. According to TWAIL's thought, human rights are not the privilege of a single culture or a person. Therefore, it brings serious criticism to the Eurocentric approach. The objection of TWAIL, which does not oppose the idea of universality, is that this universality is European-centered. In this study, it is aimed to reveal the basic principles by defining TWAIL and it was tried to reconstruct the international human rights law by considering TWAIL principles and the human rights assessment of this approach has been examined and how international human rights law can be reproduced accordingly and three related solutions are listed. These solutions have been identified as increasing the inclusiveness of human rights law, ceasing to act with the logic of power and abandoning top-down approaches in the field of human rights.

I. GİRİŞ

1980'lerde yaşanan gelişme ve değişimler uluslararası ilişkiler disiplinindeki baskın pozitivist anlayışın sorgulanmaya başlaması sonucu doğururken, Soğuk Savaş'ın bitmesi ile bu eleştirel bakış açılarının disiplin içerisindeki yeri ve önemi giderek artmıştır. O zamana kadar hem uluslararası ilişkilere hem de teorik anlamda doğrudan etkilediği uluslararası hukuka mutlak hakim olan pozitivist anlayış, 1980'lerden sonra birçok farklı açıdan eleştirilmiş ve bu alternatif bakış açıları tarafından yeni meta-teorik anlayışlar ortaya konulmaya başlamıştır.

Bu alternatif bakış açılarından biri olan uluslararası hukukun tarihini, yapısını ve sürecini Üçüncü Dünya¹ devletleri açısından anlama çabasını temsil ettiği ileri sürülen² Uluslararası Hukukta Üçüncü Dünya Yaklaşımları (Third Way Approaches to International Law-TWAIL), çok sayıda perspektife sahip olan politik ve entelektüel bir hareket³ olarak eleştirel uluslararası hukuk literatüründe öne çıkmaktadır. TWAIL kapsamında gerçekleştirilen ilk akademik konferans 1997 yılına tekabül etmekteyse de bu yaklaşımın temel esasları uzun bir geçmişe sahip olan uluslararası enternasyonalizmin bir parçasıdır.

Bu çalışmada, küreselleşmenin az gelişmiş ülkeler ve bu ülkelerin insanları üzerinde yarattığı olumsuz sonuçlara bir tepki olarak ortaya çıkan⁴ uluslararası hukuktaki eleştirel bakış açılarından biri olan TWAIL'i tanımlamak ve bu yaklaşımın temel prensiplerini ortaya koymak amacı güdülmektedir. Bu amaca hizmet etmesi açısından ise, söz konusu yaklaşımın insan haklarını ele alış biçimi ile TWAIL bakış açısı kapsamında uluslararası insan hakları hukukun nasıl yeniden üretilebileceği örnek olay olarak incelenecektir.

Başka bir deyişle bu çalışmada uluslararası insan hakları hukuku, TWAIL prensipleri dikkate alınarak yeniden inşa edilmeye çalışılacaktır. Bu bağlamda üç temel kısımdan oluşan çalışmanın ilk bölümünde TWAIL yaklaşımının temelleri ortaya konulacak ve ayrıntılandırılmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde ise, günümüzde geçerliliğini sürdüren uluslararası insan hakları hukukunun TWAIL tarafından nasıl eleştirildiği ifade edilecek ve son bölümde ise TWAIL ilkeleri dikkate alınarak yeni uluslararası insan hakları hukukunun anlayışı önerisi sunulacaktır.

II. ULUSLARARASI HUKUKTA ÜÇÜNCÜ DÜNYA YAKLAŞIMLARI (TWAIL) NEDİR?

Önde gelen tarihçilerden biri olan Verzij tarafından da ifade edildiği gibi, uluslararası hukuk yalnızca Avrupa'nın bilinçli faaliyetinin bir ürünü değil, aynı zamanda hayatı özünü Batı Avrupa medeniyetinin inanç ve değer sistemlerinin oluşturduğu bir yapıdır⁵. Bir başka ifade ile uluslararası hukukun kuruluşu ve gelişiminin incelenmesi sonucunda görülecektir ki Avrupa merkezilik bu hukukun hem temelini hem de ayrılmaz bir bütünü oluşturmaktadır. Bu gerçeğin bir sonucu olarak ise Avrupa dışındaki medeniyetlerin uluslararası hukukun oluşumunda ve gelişiminde dışlanması ortaya çıkmaktadır. Avrupa ürünü olan ve Avrupa sorunlarıyla ilgilenen bir dizi doktrin ve prensipten oluşan uluslararası hukuk, Angie'ye göre emperyalizm ve uluslararası hukuk ilişkisinin bir göstergesi olarak da okunabilir⁶. Bu yönüyle mevcut uluslararası hukuk sistemi, Avrupa'nın emperyalist amaçlarla Üçüncü Dünya'yı yağmalamasını ve kendi kontrolü altında tutmasını yasallaştıran bir sistemdir. Dolayısıyla medeniyetsiz ve geri kalmış Avrupalı olmayan insanları uluslararası hukuk bağlamında medenileştirme projesi emperyalizmin farklı bir yansımasıdır. Avrupa düşüncesinin temelinde bulunan ve Avrupalıyı kimseye benzemez yapmanın bir yolu olarak belirtilen ve kökeni ötekileştirmeye dayanan bir kimlik yaratımı mevcuttur. Bu yaratımın oluşumu ise Avrupa'nın

¹ Üçüncü Dünya kavramı, genel olarak ilk kez Alfred Sauvy'nin L'Observateur gazetesinde 14 Ağustos 1952'de yayımlanan Üç Dünya, Bir Gezegen (Trois mondes, une plante) makalesinde kullanıldığı kabul edilir. Ancak kavramın kökeni hakkında tartışma mevcuttur. Kimi yazarlara göre terimin ilk kez Charles de Gaulle tarafından kullanıldığı iddia edilmektedir. Ancak genel olarak halen terimin Sauvy'nin icadı olduğu kabul edilmektedir. Sauvy bu kelimeyi "tiers état" teriminden uyarlamıştır (SUNTER, Andrew F.: "Twail as naturalized epistemological inquiry", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 20(2), 2007, s.482).

² CHIMNI, Bhupinder S.: "The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach" Melbourne Journal of International Law, (8), 2007, s.499.

³ MUTUA, Makau/ANGHIE, Antony: "What is TWAIL?", Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law, (94), 2000, s.36.

⁴ ÖZDEMİR, Ali M./UĞURLU, Göksu/AYKUT, Ebubekir: "Üçüncü Dünyacılık Küreselleşirken?: Uluslararası Düzenlemenin Değişen Eleştirisi," Amme İdaresi Dergisi, 45(1), 2012, s.21.

⁵ VERZIJ, Jan H. W.: International Law in Historical Perspective, Volume 1. Leiden, AW Sijthof, 1968, s.435-436.

⁶ ANGHIE, Antony: "The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities", Third World Quarterly, 27(5), s.740-741.

diğerleriyle yaptığı savaşlardaki bozgunlardır⁷.

Bu görüşü savunan Fitzpatrick ve Smith gibi yazarlar, uluslararası hukukun gelişmesiyle emperyalizmin yalnızca görünüş değiştirdiğini ancak özünü korumaya devam ettiğini savunmaktadır⁸. Avrupa merkezli uluslararası hukuk kurallarının Avrupalı olmayan milletlere hukuk adı altında kural olarak dikte edilmesi ile mevcut uluslararası hukuk kuralları, Avrupalı devletlerin emperyalist ideallerini gerçekleştirmelerinin bir aracı haline gelmektedir.

Bu şekilde sömürgeci ve egemen bir birinci dünya ile uluslararası hukukun mevcut yapısı arasındaki ilişkiye meydan okumak TWAIL'in bel kemiğini oluşturmaktadır. Böyle tanımlanan TWAIL her ne kadar bütüncül bir varlık oluşturmaya da tarihe duyarlı araştırma yöntemleri ve Avrupa medeniyetinden aşağıda görülen diğer medeniyetler anlayışına karşı çıkılması geniş, heterojen ve çok merkezli bir dağınık ağ olan TWAIL perspektifini birleştiren iki temel noktadır⁹. Buna ek olarak, eşitliksiz, adaletsiz ve haksız küresel düzeni açığa çıkarma, reform yapma ve hatta geri alma fikri, Üçüncü Dünya Yaklaşımcıları arasındaki bir diğer ortak paydadır¹⁰. Buna paralel olarak, uluslararası hukukun genel teorisinin yeniden gözden geçirilmesi; uluslararası düzenin işleyişinin sorgulanması; devlet teorisi ve anayasal düzen, güvenlik gibi kavramların gözden geçirilerek alternatifler üretilmesi; uluslararası insan hakları hukuku, ekonomi hukuku, çevre hukuku gibi farklı hukuk alanlarının çapraz incelemeye tabi tutulması gibi çalışmalar, TWAIL ile ilgilenen akademisyenlerin son yıllarda en çok gündeme aldığı konulardandır.

Tam da bu noktada, Üçüncü Dünya Yaklaşımlarının, üzerine çeşitli tartışmalar yaşanan, kökeninden kısaca bahsedilmesi yerinde olacaktır. Mutua tarafından temsil edilen bir görüşe göre, TWAIL yeni bir olgu değildir ve kökenleri II. Dünya Savaşı'ndan sonra dünyayı sarsan dekolonizasyon hareketine kadar uzanmaktadır. 1955 Bandung Konferansı ise, TWAIL'in sembolik doğum yeri olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, sömürgecilik sonrası dönem, dekolonizasyona bir cevap olarak ve Avrupalı olmayanlar üzerindeki Avrupa sömürgeci yönetiminin sona ermesi olan TWAIL'in başlangıcına işaret etmektedir¹¹. Gathii tarafından temsil edilen bir başka bakış açısına göre ise, TWAIL'in kökenlerine ulaşmak için 1990'lara kadar gitmek ve özellikle yakın dönemdeki Kuzey Amerika'yı incelemek yeterlidir¹². Özdemir ve diğerlerinin yorumuna göre ise TWAIL'in getirmiş olduğu yorum, 1950-1970 arasında etkin olan sosyalist, bağımsızlık yanlısı yazarların bağımsızlıklarının ışığında ve var olan küreselleşme koşullarında özgün bir yeniden değerlendirilmesini içerir¹³.

Chimni tarafından önerilen diğer bir görüş ise yukarıdaki iki farklı görüşten daha çok kabul görmektedir. Buna göre, TWAIL'in zaman içerisinde geçirmiş olduğu değişim ve gelişimi incelemek için süreci TWAIL I ve TWAIL II olarak ayırmak gereklidir¹⁴. TWAIL I olarak ifade edilen dönem 1950-1980 yılları arasını kapsarken; 1990'lardan günümüze kadar olarak süreç TWAIL II olarak adlandırılmaktadır. Bu iki dönemin Üçüncü Dünyacı düşüncesi arasında iddia ve varsayımlar yönünden ciddi farklılıklar bulunmaktadır¹⁵. Abi-Saab, Syatauw ve Weeramantry gibi düşünürler TWAIL I'i; Antony Anghie, Bhupinder S. Chimni, James Gathii, Karin Mickelson, Vasuki Nesiha, Obiora Okafor ve Balakrishnan Rajagopal gibi düşünürler ise TWAIL II'yi temsil eden en önemli isimlerdir¹⁶. Bu iki kuşak ayrımının yanı sıra kimi yazarlar 11 Eylül saldırıları sonrası küresel güvenlik ve terörizmle ilgili konuların uluslararası gündemdeki merkeziliğine dikkat çekerek bireylerden odağını tekrardan devletlere geri döndüren bir TWAIL III tanımlamasını öngörmüş¹⁷ olmakla birlikte

⁷ SAYGILI, Abdurrahman: İnsan Haklarının Evrenselliği Masalı: Bir Omfalos Olarak Avrupa. Ankara, İmaj, 2018, s.73-74.

⁸ FITZPATRICK, Peter/DARIAN-SMITH, Eve: Laws of the Postcolonial, University of Michigan Press, 1999, s.4.

⁹ GATHII, James T.: "TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography". Trade Law and Development, 3(1), 2011, s.34.

¹⁰ OKAFOR, Obiora C.: "Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective", Osgoode Hall Law Journal, 43(1-2), 2005, s.177.

¹¹ MUTUA, Makau/ANGHIE, Antony: "Proceedings of the Annual Meeting", American Society of International Law, 94, 2000, s.31

¹² GATHII, s.46.

¹³ ÖZDEMİR/UGURLU/AYKUT, s.23.

¹⁴ ANGHIE, Antony/CHIMNI, Bhupinder S.: "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts". Chinese Journal of International Law, (2), 2003, s.79.

¹⁵ ÖZDEMİR/UGURLU/AYKUT, s.23.

¹⁶ CHIMNI, Bhupinder S.: International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches, New York, Cambridge University Press, 2017, s.15.

¹⁷ KHOSLA, Madhav: "The TWAIL Discourse: The Emergence of a New Phase", International Community Law Review, (9), 2007, s.291-304.

bu yaklaşım TWAIL literatüründe çoğunluk tarafından kabul görmemiştir¹⁸.

Chimni ve Anghie tarafından yazılan ve TWAIL literatürünü derinden etkileyen makalede TWAIL I'in beş ayırt edici özelliği listelenmiştir. Bu listeye göre; uluslararası hukukun varlığı, Üçüncü Dünya halklarının Avrupa medeniyeti tarafından zapt edilmesini ve kendi çıkarları doğrultusunda baskı altında tutulmasını meşrulaştırma amacına yöneliktir. Ayrıca Üçüncü Dünya devletleri Avrupalılar tarafından vurgulandığı gibi uluslararası hukuk fikrine hiç de yabancı değillerdir. TWAIL I'in bir başka ayırt edici özelliği ise; Birinci ve Üçüncü Dünyayı olduğu kadar Kuzey ve Güney'i birbirine bağlayan ekonomik yapıların Üçüncü Dünyanın ve Güney'in dezavantajlı konumunun devamında etkili olduğu ve yalnızca politik bağımsızlığın arzu edilen adil düzenin oluşumu için yeterli olmadığı fikridir. Bu nedenledir ki "Yeni bir Uluslararası Ekonomik Düzen" kurulması TWAIL I bakış açısı için kritiktir¹⁹.

Bu noktada TWAIL'in kendi öncesinden ayıran iki husus olduğunu da belirtmek gereklidir. Bunlardan ilki TWAIL'in geliştiği yapının etkisidir ki bir dönem politik bir hareket içerisinde bulunan post-kolonyal ülkelerin, bugünün dünya sistemi içerisindeki konumlarını değerlendirme dışı bırakmaktadırlar. İkincisi ise kapsayıcı bir teori ve pratik inşa etmedeki gönülsüzlüktür²⁰.

Bununla birlikte, bu çalışmanın odak noktası, TWAIL I'in devlet merkezli yaklaşımını daha insan merkezli bakış açısıyla yeniden ele alan ve uluslararası hukuk ile sömürgecilik arasındaki problemleri ortaya çıkarmayı hedefleyen TWAIL II veya diğer bir adıyla çağdaş TWAIL olacaktır. Bu kapsamda Üçüncü Dünya üzerinde uluslararası hukuk kisvesi altında meşrulaştırılan, yeniden üretilen ve sürdürülen Batı hakimiyeti TWAIL'in temel eleştiri noktasıdır. Bu eleştiri; uluslararası hukuku bir baskı ve itaat rejimi olarak ele alan reaktif bakış açısı ile içsel bir dönüşüm, değişim, karşı koyma ve özgürleşme olarak ele alan proaktif yaklaşımın birleşimidir²¹.

Bu birleşimin bir sonucu olarak, birbiriyle ilişkili bir reaktif ve iki proaktif amaç TWAIL'in tanımlanması açısından önemlidir. Bunlardan ilki olan reaktif amaç kapsamında; TWAIL Avrupalı olmayanları Avrupalılara tabi kılan ırkçılaştırılmış uluslararası normlar ve kurumlar hiyerarşisini sorunsallaştırarak, uluslararası hukukun kullanım amaçlarını anlamayı, ortaya dökmeyi ve yeniden yapılandırmayı hedeflemektedir. Proaktif amaçlarından biri ise, mevcut hukuki düzene alternatif bir yapı inşa ederek, bu yeni düzeni uluslararası yönetişimin normatif bir yolu olarak sunmaktır. Yine bununla ilgili olarak TWAIL, Üçüncü Dünya'daki az gelişmişlik koşullarını burs ve politika yoluyla ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır²².

TWAIL'i anlamak için altı çizilmesi gereken bir başka önemli nokta ise, Üçüncü Dünya olarak ifade edilen kavramdan ne anlaşılması gerektiğidir. TWAIL kapsamında ele alınan Üçüncü Dünya, Rajagopal'ın politik ve ekonomik organizasyon farklılıklarına dikkat çekerek Birinci ve İkinci Dünyadan ayırdığı jeopolitik tanımdan uzaktır²³. Aksine, Üçüncü Dünya ile anlatılmak istenen, uluslararası sisteme karşı tarihsel olarak oluşturulmuş alternatif ve muhalif bir duruşu temsil eden heterojen yapıdır. Sonuç olarak, bütün tabloyu yansıtmaya da TWAIL perspektifinden anlaşılması gereken Üçüncü Dünya, güçlülere karşı zayıfların oluşturduğu bir uluslararası protesto olarak tanımlanabilecek bir sosyal harekettir²⁴. Bu kritik reaktif yaklaşımla, TWAIL'in temel amacı, uluslararası hukukun mevcut formülasyonunun Üçüncü Dünya üzerinde nasıl bir etkisi olduğunu bulmaktır.

Bu nedenle, TWAIL, uluslararası hukuku ve kurumları analiz etmek için hem teorileri hem de metodolojileri sunan geniş bir yaklaşım olarak tanımlanabilir. Başka bir deyişle, ilgili bir doğal veya sosyal varlık kümesinin davranışını tanımlamak için kullanılan ve mantıksal olarak kendi içerisinde tutarlı bir model olması yoluyla bir teori olan TWAIL, aynı zamanda bir faaliyette kullanılan bir yöntemler bütünü olarak da bir metodolojidir²⁵. Dolayısıyla, TWAIL geleneksel bir yöntem değildir, ancak uluslararası hukukun ne olduğunu, nasıl olması ve bunu araştırmak için kullanılacak analitik araçların neler olması gerektiğine dair farklı düşünme yollarıdır.

¹⁸ GALINDO, George R. B.: "Splitting TWAIL", Windsor Yearbook of Access to Justice, 33(3), 2016, s.43.

¹⁹ ANGHIE/CHIMNI, s.80-82.

²⁰ ÖZDEMİR/UGURLU/AYKUT, s.25-27.

²¹ MUTUA/ANGHIE, Proceedings of the Annual Meeting, s.31.

²² MUTUA/ANGHIE, Proceedings of the Annual Meeting, s.31.

²³ RAJAGOPAL, Balakrishnan: "Locating the Third World in Cultural Geography", Third World Legal Studies, 15(2), 1999, s.1.

²⁴ MICKELSON, Karin: "Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse", Wisconsin International Law Journal, 16(2), 1998, s.357-360.

²⁵ OKAFOR, Obiora C.: "Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?", International Community Law Review, (10), 2008, s.376-378.

Yukarıda TWAIL'e dair ortaya konulan bütün bilgiler bir araya getirildiğinde, TWAIL perspektifinden anlaşılması gereken; Üçüncü Dünya'nın tahakkümüne, baskılanmasına ve dezavantajlı durumuna ortam hazırlayan ve sürdürülmesinde rol oynayan uluslararası hukuk rejiminin eşitliksiz, haksız ve adil olmayan karakterine karşı geniş çaplı eylemdir²⁶. TWAIL'in eleştirel yaklaşımlar içindeki özgünlüğü, alternatif bilgi eksikliğinin var olduğu Batı merkezli ana akım hukuk söylemine karşı cesur müdahalelerinden gelir. Böylece uluslararası hukuktaki Batı merkezliliği yıkmak teorik alternatifler geliştirilmesini desteklemesi ve epistemik farklılıkları alternatif dünyaların inşası için zemin olarak alması TWAIL'e orijinallik kazandırır. Buna ek olarak, akademisyenleri ve aktivistleri mevcut düzene tahakküm etmek yerine farklı bir uluslararası hukuk düzeni hayal etmeye ve bu hayalin inşası için çalışmaya çağırması, TWAIL'i diğer eleştirel bakış açılarından ayıran kritik bir yeniliktir²⁷.

III. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

Chimni, modern uluslararası hukuktaki çelişkilerin belki de en iyi şekilde uluslararası insan hakları hukuku alanında ortaya çıktığını savunmaktadır. Bu görüş özellikle mülkiyet hakkının uluslararasılaştırılmasının meşrulaştırılması ile yoksul ve marjinal grupların dezavantajlı durumunu artıracak şekilde sivil, siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik haklarının hegemonik müdahalelere uğraması gerçeğine dayanmaktadır²⁸. Kinsella tarafından iddia edildiği gibi, uluslararası insan hakları hukukunu uluslararası hukukun bireysel kollarını güçlendirmek için bir araç olarak görürsek²⁹, özellikle Üçüncü Dünya'daki insan hakları ihlallerine karşı koruyucu bir güç işlevi görmesi beklenebilir. Öte yandan, TWAIL uluslararası insan hakları hukukunun Üçüncü Dünya'nın Batı tarafından bastırılmasına, yoksullaştırılmasına ve haklarının elinden alınmasına yardım eden bir emperyalizm aracı olarak hareket ettiğini ortaya koymaktadır. Bu yönüyle TWAIL, uluslararası insan hakları hukukuna ilişkin ana akım söylemi birçok yönüyle sorunlu bulmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası insan hakları hukukunda baskın olan Avrupa merkezilik ve ırk, din, medenileşme seviyesi gibi kriterlere bağlı olarak yapılan dışlamalar TWAIL tarafından bu hukuk dalının mevcut haline getirilen eleştirilerin temelini oluşturmaktadır³⁰.

Söz konusu dışlamalar özelinde bakıldığında, uluslararası insan hakları hukukunun yalnızca Avrupalı insanların haklarını korur şekilde uygulanarak Avrupa dışındaki insanların konu olduğu çatışmalara, bir başka deyişle sömürge savaşlarına uygulanmaması ya da Avrupa'nın çıkarları nispetinde ve onların işine gelecek şekilde uygulanması dikkat çekicidir. Bir başka dışlama şekli de uluslararası insan hakları hukukunun Avrupalı olmayan milletlerin katkıları gözetilmeden yaratılması ve uygulanmasıdır³¹.

Bu nedenle, uluslararası insan hakları hukukunun TWAIL perspektifinden anlaşılması, ana akım söylemin yapısal sorunlarının tanınması ve düzeltilmesi için esastır. Bu nedenle, hem normatif hem de politik hedefleri olan TWAIL temsilcileri, uluslararası hukukla ilgili önemli konuları sorgulamanın ve alanlarının tarihsel evrimine odaklanmanın yanı sıra insan hakları eleştirisine de yoğunlaştılar³². TWAIL'e göre, uluslararası insan hakları hukukunun Üçüncü Dünya'nın ihtiyaçlarına cevap verebilmesinin tek yolu, radikal bir gözden geçirme ve yeniden yapılanma ile Avrupa insan hakları topluluğunun evrenselleştirilmesi çabalarının terk edilmesidir. TWAIL'in genel anlamda uluslararası hukuka ve özelde uluslararası insan hakları hukukuna dair çok çeşitli ve heterojen bir yaklaşım olduğu unutulmadan, bu görüşün insan hakları hukukuna ilişkin eleştirileri genel kategoriler halinde aşağıda listelenmeye çalışılacaktır.

A. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Avrupa Merkezlilik

Uluslararası insan haklarının temeli açıkça Avrupa merkezlidir. II. Dünya Savaşı sonrası zihniyetin bir ürünü olarak, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (Universal Declaration of Human Rights- UDHR) ve onun iki uygulayıcı anlaşması olan Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar

²⁶ OKAFOR: Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time, s.176.

²⁷ ESCOBAR, Arturo: Territories of Difference: Place, Movements, Life, Redes, Duke and London, Duke University Press, 2008, s.310-311.

²⁸ CHIMNI, Bhupinder S.: "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", International Community Law Review, (8), 2006, s.26.

²⁹ KINSELLA, Helen M.: The Image Before the Weapon: A Critical History of the Distinction, New York, Cornell University Press, 2011, s.13

³⁰ FORSTER, Thomas: "International Humanitarian Law's Old Questions and New Perspectives: On What Law Has Got to Do With Armed Conflict", International Review of the Red Cross, 98(3), 2016, s.1009.

³¹ BADARU, Opeoluwa A.: "Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law", International Community Law Review, (10), 2008, s.380.

³² BACHAND, Remi: Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law. Speech at University McGill 24.3.2010.

Sözleşmesi (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR) ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights-ICESCR), Birinci Dünya egemenliğinin uluslararası hukuktaki doğrudan sonuçlarıdır. Bunlara ek olarak, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-CEDAW), İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment- CAT) gibi aşağıdaki temel uluslararası insan hakları araçları da aynı Batı baskınlığı altında oluşturulmuştur³³.

Evrensel Bildiriye değin, insan haklarının gelişimi, Batı sınırları içerisinde kalmıştır. Batı kültürü içerisinde gelişen ve olgunlaşan insan hakları düşüncesinin evrensel olup olamayacağı Bildirinin hazırlık sürecinde de ABD'nin başını çektiği liberal kapitalist Batı ve Sovyetlerin öncülüğündeki sosyalist blokları arasında tartışılmıştır³⁴. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin uluslararası bir anlaşma değil de bir Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı olması ve oluşturulma zamanlaması gibi belgenin temel karakterini oluşturan hususlar, bu belgenin ne denli Avrupa-merkezci olduğunun en önemli göstergeleridir. Bu iki gösterge bir arada incelendiğinde, söz konusu belgenin adında geçen evrensel kelimesinin aksine, yalnızca 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda bulunma ayrıcalığına sahip olan sınırlı sayıda üyenin eseri olduğu açıktır. Yine bu gerçekten yola çıkarak iddia edilebilir ki: O yıllarda Üçüncü Dünya üzerindeki sömürgeciliğini sürdüren emperyalist Birinci Dünya devletleri, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin tek ve asıl yaratıcısıdır. Bu nedenle, Batı devletlerinin sömürge işgalinde olan Üçüncü Dünya halkının, bu beyannamenin şekillenmesinde hiçbir rolü olamamıştır.

İşte bu nedendir ki Mutua, uluslararası insan hakları rejiminin çok büyük bir kısmının Batı'da birkaç yüzyıl boyunca gelişen iç hukuk organlarından kaynaklandığını savunmaktadır³⁵. Başka bir deyişle, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve sonraki uygulama anlaşmaları, Batı normlarının bir tür yansımasıdır. Benzer şekilde, Cassese, Avrupa Devletlerinin 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulundaki baskın rolünün, onlara kendi insan hakları felsefelerini Dünya'nın geri kalanına ve özellikle de Üçüncü Dünya'ya dayatma imkânı sağladığını iddia etmektedir³⁶. Dolayısıyla bu açık Batı orijini, uluslararası insan hakları hukukunun özgüllüğü ve Üçüncü Dünya'nın dışlanması noktalarında TWAIL eleştirilerine yol açmaktadır. Ancak bu eleştiri ile şu hususu özellikle belirtmek gerekir. TWAIL'e göre uluslararası hukuku ortaya çıkaran normlar ve değerler Avrupalıdır ancak bu evrensellik düşüncesine bir karşı duruş olarak okunmamalıdır. Evrensellik kaçınılmaz olan bir şeydir ve bu TWAIL düşüncesinde de olumlanmaktadır. İtiraz bu evrenselliğin Avrupa merkezli olmasındadır. Dolayısıyla savlanan evrenselliğin Avrupa merkezliyetçiliğinden çıkarılmasıdır³⁷.

B. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Özgüllük

Uluslararası insan hakları hukukundaki Avrupa merkezliliğinin doğrudan bir sonucu, Avrupalıların evrensellik iddiasının aksine bu alanda var olan özgüllüktür. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin önsözünde belirtilen “İnsanlık topluluğunun bütün fertleriyle uzuvlarının bu beyannameyi daima göz önünde tutarak (...) bu hakların dünyaca fiilen tanınmasını ve tatbik edilmesini sağlamaya gayret etmeleri amacıyla bütün halklar ve milletler için ulaşılabilecek ortak ideal olarak işbu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni ilan eder” ifadesi bile bu alandaki evrenselliğe ne denli büyük anlam yüklediğini ortaya koyar niteliktedir.

Batı liberal demokrasilerinde kabul edilen medeni ve siyasi hakların evrenselleştirilme çabası olarak da okunabilen bu durum, aynı zamanda Batı'nın Üçüncü Dünya üzerindeki siyasi ve ekonomik ideallerinin saf bir yansımasıdır³⁸. Bu demokrasilerdeki dünyayı medenileştirme idealine paralel olarak, evrensel olduğu iddia edilen uluslararası insan hakları hukuku Üçüncü Dünya üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılmaktadır. Başka bir deyişle, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde yer alan hakların “tüm insanlar”, “herkes”, “hiç kimse” gibi kelimelerle formüle edilmesi, bu hakların alt metinlerinde yer alan Batı normları ve ideallerinin tek doğru yol olarak kabul edilmesi ve normatif

³³ NURMAYANI, Dewi: What are Human Rights? (7 Mart 2013),

<https://www.globalethicsnetwork.org/profiles/blogs/what-are-human-rights>, (Erişim Tarihi: 15 Mart 2020)

³⁴ ZABUNOĞLU, H. Gökçe: “Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği”, Zabunoğlu Armağanı, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2011, s.798.

³⁵ MUTUA, Makau: “The Ideology of Human Rights”, Virginia Journal of International Law, (36), 1996, s.604.

³⁶ CASSESE, Antonio: “The General Assembly Historical Perspective: 1945-1989”, in Altson P. (ed), The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal, New York, Oxford University Press, 1992, s.31-32.

³⁷ ÖZDEMİR/UGURLU/AYKUT, s.45.

³⁸ MUTUA, The Ideology of Human Rights, s.606.

gerçeklik olarak uygulanması hedefine yöneliktir.

Bu standardizasyonun Batılı kökenleri bir yandan Üçüncü Dünya ülkelerinin ihtiyaçlarına hitap etmekten uzak bir insan hakları hukuku oluşmasına neden olurken, bir yandan da Üçüncü Dünyanın insan hakları konusunda Batılı ülkeler tarafından eğitime muhtaç olduğu algısını yaratmaktadır³⁹. Bu nedenle, Higgins gibi liberal bazı yazarlara göre, Üçüncü Dünya ülkeleri Avrupalılar tarafından insan hakları konusunda acil olarak eğitime ihtiyacındadır. Yine bu bakış açısıyla, İnsan Hakları Evrensel Beyanname; insan haklarının tam olarak güvence altına alındığına inanılan Batı devletlerinin liberal demokrasileri için değil, Üçüncü Dünya ülkeleri için gereklidir⁴⁰. Benzer şekilde, Henkin, uluslararası insan hakları hukukunu evrensel olarak tasvir etmenin temelinde yatan sebebin Amerika Birleşik Devletleri ve benzer özelliklere sahip az sayıdaki liberal devlet dışındaki ülkelerde insan haklarının mevcut durumunu geliştirmek için olduğunu iddia etmektedir⁴¹.

Bu tartışmaya önemli katkılarda bulunan isimlerden biri olan Okaför, uluslararası insan hakları hukukunu “Cennet/Cehennem İkilemi” (*The Heaven/Hell Binary*) kavramsallaştırması yoluyla eleştirmektedir⁴². Bu kavramsallaştırmaya göre, insan hakları yönünden Batı kendini cennet olarak nitelerken, Üçüncü Dünya’yı tam karşısına cehennem olarak koymaktadır. Dolayısıyla uluslararası insan hakları hukukunun yapısı, bu problemlili Cennet-Cehennem İkileminin yeniden üretilmesine katkıda bulunmaktadır. Bu yeniden üretimin ana yollarından biri, Batı dünyasındaki insan hakları ihlallerinin dikkatli bir şekilde örtülmesinin aksine, Üçüncü Dünya’daki insan hakları ihlallerinin yoğun bir şekilde gündeme taşınmasıdır. Bu kayıtsızlık aslında Batı’nın her açıdan olduğu gibi insan haklarında da yeterince iyi ve cömert olduğu fikrinin altını çizmektedir.

Bu tür bir kavramsallaştırma, Mutua’nın mevcut insan hakları hukukunu nasıl “barbar-kurban-kurtarıcı” (*savage-victims-saviors*) üçgeni bağlamında eleştirdiğini de hatırlatır niteliktedir⁴³. Bu üçgene göre, Üçüncü Dünya ülkeleri uluslararası insan hakları hukuku açısından barbardırlar ve kendi halklarını kurban etmektedirler. Bu nedenle, buralarda yaşanan insan hakları ihlallerine bir dur diyebilmek için bir kurtarıcıya ihtiyaç vardır ki bu kurtarıcı da Batılı devletler ile onların norm ve kurallarıdır. Mutua, bu anlayışı sorunsallaştırarak Avrupa’nın üstünlüğü önyargısı ve bu üstünlüğü sağlayan paradigmlar olarak Hıristiyanlık, ticaret ekonomisi ve politik emperyalizmin uluslararası insan hakları hukukunun temelini oluşturduğunu savunmaktadır. Dolayısıyla, uluslararası insan hakları, Batı’nın Avrupa merkezli normları ve kültürel formları evrenselleştirme girişiminin bir parçası olarak, sömürge devletinin yaratılması ve belirli ekonomik, sosyal ve politik modellerin baskınlığını kurmanın bir başka yoludur⁴⁴.

C. Üçüncü Dünyanın Uluslararası İnsan Hakları Hukuku İnşasından Dışlanması

Mevcut uluslararası insan hakları hukukunun dışlayıcı niteliği göz önüne alındığında, TWAIL, insan haklarının hukuki söylemini Üçüncü Dünya deneyimini de içerecek şekilde yeniden düzenleme ihtiyacına işaret etmektedir. TWAIL perspektifine göre insan hakları normlarının inşası ve tanımı dinamik ve sürekli süreçlerdir. Dolayısıyla, insan hakları tek bir kültürün ya da insanın ayrıcalığı değildir. Bu anlamda, gerçekten evrensel bir insan hakları anlayışı oluşturmak tüm kültürlerin madenciligi gerekmektedir⁴⁵.

Donnelly’in söylediğinin aksine insan hakları Afrikalı, Kızılderili, geleneksel İslami sosyal sistemler gibi farklı toplumlara hiç de yabancı değildir. Bu toplumlarda da ve aslında her toplumda insanlık onurunu, ahlaki ve etik standartlarını korumayı amaçlayan normlar yer almaktadır. Tek fark, farklı toplumlarda farklı mekanizmalar işletilmesidir⁴⁶.

Bu nedenle, insan hakları söyleminin gelişmesi için, Batılı olmayan milletlerin de katkılarının dikkate alınması gerekmektedir. Ancak uluslararası hukukun oluşumu ve gelişimi açısından bakıldığında sömürgeciliğin zirveye ulaştığı on dokuzuncu yüzyıldan bugüne değin Avrupa devletleri

³⁹ BADARU, s.381.

⁴⁰ HIGGINS, Rosalyn: “Ten Years on the UN Human Rights. Committee: Some Thoughts”, *European Human Rights Law Review*, (6), 1996, s.571-582.

⁴¹ HENKIN, Louis: *The Age of Rights*. New York, Columbia University Press, 1990, s.74.

⁴² OKAFOR, Obiora C.: “International Human Rights Fact-finding Praxis in its Living Forms: A TWAIL Perspective”, *The Transnational Human Rights Review*, (1), 2014, s.67.

⁴³ MUTUA, Makau: “Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights”, *Harvard International Law Journal*, 42(1), 2001, s.201.

⁴⁴ MUTUA, Savages, Victims, and Saviors, s.214.

⁴⁵ MUTUA, Makau: “The Banjul Charter: The Case for an African Cultural Fingerprint”, *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*. London/New York, Zed Books, 2002, s.71-72.

⁴⁶ MUTUA, Makau: “The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties”, *Virginia Journal Of International Law*, 35, 1995, s.345-346; MUTUA, Savages, Victims, and Saviors, s.207.

egemen ve kendi aralarında eşit iken egemen olmayan ya da en azından kısmen egemen olduğu kabul edilen Avrupalı olmayan toplumlarla Avrupa devletleri arasında eşit olmayan bir ilişki süregelmektedir⁴⁷. Okafor, bu konuyu vurgulayarak, uluslararası insan hakları hukukunda “Tek Yönlü Trafik Paradigması” (*The One-Way Traffic Paradigm*) eleştirmektedir⁴⁸. Okafor, bu argümanını daha önce ifade edilen “Cennet / Cehennem İkilemi” argümanı ile birleştirerek, uluslararası insan hakları hukukundaki ana akım anlayışı sorunsallaştırmaktadır. Bu nedenle, insan hakları fikir ve uygulamalarının münhasıran insan hakları cenneti olarak kabul edilen Batıdan insan hakları cehennemi olarak kabul edilen Üçüncü Dünyaya akışını ve dikte edilmesini eleştirmektedir⁴⁹. Bir başka deyişle, ana akım uluslararası insan hakları hukuku; Batılı olmayanların Batı tarafından sürgün edilmesine, Üçüncü Dünyanın cehennem, barbar ve insan haklarından bihaber şekilde resmedilmesine ve insan haklarının emperyalist idealleri gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanılmasına ortam sağlamaktadır.

Batı'nın Üçüncü Dünya'ya karşı insan haklarında benimsemiş olduğu öğreticiliğinin göstergelerinden biri, Batı'da merkezlenen ve Üçüncü Dünya'da aktif olan Sivil Toplum Örgütlerinin sayısıdır. Smith, Pagnucco ve Lopez'in yaptığı araştırmaya göre, çoğu uluslararası insan hakları Sivil Toplum Örgütü Batı Avrupa'da ve Kuzey Amerika'da konuşlanmakla birlikte aktif olarak Üçüncü Dünya'da insan hakları aktivisti olarak çalışmaktadır⁵⁰. Aynı şekilde, Mutua da Batı merkezli Sivil Toplum Örgütlerinin faaliyetlerinin çoğunun Üçüncü Dünya'da odaklandığı bir resim sunmaktadır. Öte yandan, bu yoğun olarak Üçüncü Dünya'da odaklanan insan hakları çalışmaları, Üçüncü Dünyanın vahşi olduğu ve kültürel, politik ve ekonomik açıdan üstün Batı'nın oradaki kurbanların tek kurtarıcısı olduğu önyargılı analojisini ortaya koymaktadır⁵¹.

Tam da bu noktada TWAIL düşüncesi, Üçüncü Dünyanın insan hakları konusunda yalnızca Batının çalışma alanı olarak ele alınmasının gerçekçi olmadığını ve bir bilgi kaynağı olarak Üçüncü Dünya'nın katkısı olmadan çokkültürlü ve bütünlendirici insan hakları söyleminin geliştirilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır. Avrupa merkezli yaklaşımın iddia ettiği özgür insan öznenin, bireysel hakların savunusunun müteakip örneklerde görüldüğü gibi Avrupalı olmayanlar tarafından da gerçekleştirilebilecektir. Örneğin Elias, Afrika hukukundaki -her ne kadar sosyal sözleşme hakkında yerel teoriler formüle edilmemiş olmakla birlikte neredeyse tüm Afrika toplumlarında görülen mitsel kuruluşunun isimsiz bir ata tarafından gerçekleştirildiğini anlatan kurucu ata mitiyle belirginleşen- egemenlik ve hükümet anlayışının Grotius tarafından ortaya konan -toplumun ve egemenin kökenine ilişkin varsayımsal sözleşmecî inşa anlayışı ve bu varsayım temelinde insanların hükümdara itaatinin mutlak bir görev olduğunun gerekçesi olarak gösterdiği “pacta sunt servanda sunt” maksiminden oluşan- anlayıştan çok da farklı olmadığı gerçeğinin altını çizmektedir⁵². Bir başka örnek olarak, çoğunlukla Gana ve Fildişi Sahili bölgesinde yaşayan Akan halkı içinde insanlık onurunun değeri her bireyin kendine özgü olduğu kabul edilir. Ayrıca, herkesin Tanrı'nın çocuğu olarak görülmesi nedeniyle, yaşama hakkına saygı gösterilmesi gerektiği ve hiçbir kimsenin yargılama olmadan cezalandırılmaması gerektiği temel kurallardandır⁵³.

Buna ek olarak, insanın sadece insan olduğu için değer görmesi gerektiği fikrinin yaygın olduğu Doğu Afrika'daki Akamba toplumunda, toplumun tüm üyelerinin eşit olarak doğdukları ve cinsiyet, yaş gibi kriterlerden bağımsız olarak eşit muamele görmeleri gerektiği toplumsal bir kabuldür. Benzer şekilde, Güney Sudan topraklarında yaşayan Dinka'da insan onuruna saygı, geleneksel olarak insan ilişkilerini yönlendiren ve düzenleyen ahlaki kuralların ve toplumsal düzenin toplamını oluşturan davranış ilkelerinin ayrılmaz bir parçası olmuştur⁵⁴.

Sonuç olarak, tüm bu örnekler Üçüncü Dünya'nın uluslararası insan hakları söylemini geliştirmek için büyük bir potansiyele sahip olduğunun açık göstergeleridir. Ayrıca, bu potansiyel,

⁴⁷ ANGHIE, Antony: *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s.5.

⁴⁸ OKAFOR, *International Human Rights*, s.72.

⁴⁹ OKAFOR, Obiora C./AGBAKWA, Shedrack C.: “Re-Imagining International Human Rights Education in Our Time: Beyond Three Constitutive Orthodoxies”, *Leiden Journal of International Law*, 14(3), 2001, s.575.

⁵⁰ SMITH, Jackie/PAGNUCCO, Ron/LOPEZ, George A.: “Globalizing Human Rights: The Work of Transnational Human Rights NGOs in the 1990s”, *Human Rights Quarterly*, 20(2), 1998, s.386.

⁵¹ MUTUA, *Savages, Victims, and Saviors*, s.216.

⁵² ELIAS, Taslim O.: *Africa and Development of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988, s.36.

⁵³ LENZERINI, Federico: “The African System for the Protection of Human and People's Rights: Pan-Africanism, Solidarity and Rights”, in Maluwa Tiyanjana (ed), *Law, Politics and Rights: Essays in Memory of Kader Asmal*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, s.22.

⁵⁴ LENZERINI, s.22.

emperyalist Batılı devletlerin medenileşme olarak adlandırdıkları misyonun bir sonucu da değildir. Bu devletlerin kültürel normlarına ve değerlerine özgüdür. Bu nedenle, Avrupalı ve Avrupalı olmayan devletlerin arasındaki ilişki, uluslararası insan hakları hukuku ana söyleminde iddia edildiği gibi hiyerarşik değildir. Bu nedenle, insan hakları fikirlerinin Batı'dan dünyanın geri kalanına tek yönlü olarak dikte edilmesini engellemek ve Üçüncü Dünyanın da değerli katkılarıyla çok kültürlü ve dünyanın her tarafının dengeli bir şekilde temsil edildiği yeni bir insan hakları hukuku oluşturmaya acil ihtiyaç vardır.

IV. TWAIL İLKELERİNE GÖRE İNSAN HAKLARI HUKUKU ÖNERİSİ

TWAIL'in ne olduğunu ve mevcut insan hakları yasasını nasıl eleştirdiğini vurguladıktan sonra, TWAIL eleştirileri doğrultusunda insan hakları hukukunun alternatif bir formunun nasıl oluşturulacağı bu bölümde sunulacaktır. Bu alternatif form aşağıda listelendiği üzere üç temel sacayağı üzerinde yüksелеcektir.

A. Daha Kapsayıcı bir İnsan Hakları Hukuku Yaratılması

İnsan hakları hukukunun evrensellik ve kapsayıcılık iddiaları büyük ölçüde retorikten ve temenniden öteye gidememektedir. Bu durumun temel nedeni ise insan hakları fikrinin tarihsel olarak kapsayıcılıktan yoksun olması ve Avrupa merkezli temelleridir⁵⁵. İnsan hakları hukukunun her insan için adil bir dünya düzeni sağlamaya yönelik olduğu göz önüne alındığında, bu hukukun özellikle Üçüncü Dünya ideallerinden yararlanarak Avrupa merkezlikten kurtulması ve daha kapsayıcı bir karakter kazanması olmazsa olmazdır. Uluslararası insan hakları hukukunda bu kapsayıcı niteliğe ulaşmak için, şu ana kadar baskın olan Batı monoloğu, Üçüncü Dünya ile Batı arasında eşit ortaklar olarak gerçek bir diyaloga değiştirilmelidir.

Bu diyalogun gelişmesinin önündeki en önemli engel ise, kapsayıcı bir insan hakları hukukunun milliyetçilik akımlarını tetikleyerek sömürgecilik dâhil tüm siyasi tahakküm biçimlerine yeni saldırı zeminleri sağlayacağı endişesidir⁵⁶. Bu endişeden hareketle insan hakları hukukunda ortaya çıkan Batı'dan Üçüncü Dünya'ya tek yönlü fikir akışının kırılarak çok yönlü bir paylaşım yöntemi geliştirilmesi kapsayıcı bir insan hakları hukuku için vazgeçilmezdir. Söz konusu yöntem geliştirilirken, insan haklarının yasal evrenselliğinin yaptırımlardan ziyade gittikçe çeşitlenen insani durumlarla ilgili standart ve kavramların ne kadarını kapsadığına bağlı olduğu⁵⁷ akılda tutulmalıdır. Buna bağlı olarak da, Okafor'un "Tek Yönlü Trafik Paradigması" olarak adlandırdığı, ırk, etnik köken, yaş, din, cinsel yönelim veya cinsiyet nedeniyle bazı grupların bu hakların kullanımında sistematik olarak dezavantajlı olduğu mevcut düzen yerine, özellikle mülteci ve kadın haklarının özel sözleşmelerde düzenlenmek yerine, temel metne dahil edildiği bir sistem yaratılmalıdır.

Mülteci hakları açısından bakıldığında, Mülteci Sözleşmesi kapsamındaki hakların uygulanmasının izlenmesi ve aksi takdirde yaptırım uygulanması yetkisine sahip bir antlaşma organı mekanizmasının oluşturulması vazgeçilmezdir⁵⁸. Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin onaylanmasına diğer insan hakları antlaşmalarından daha fazla devletin çekince koyduğu⁵⁹ gerçeğinden hareketle, Batı emperyalizminin korunmasına hizmet eden bu anlayış yerine, kadın haklarının insan haklarının temel bir unsuru olduğunun ve kadına yönelik şiddetin kültürel bir unsur olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığına temel metne eklenmesi gereklidir⁶⁰.

Bu bağlamda, yalnızca Batı'nın değil, Üçüncü Dünya'nın seslerinin de duyulduğu ve Üçüncü Dünya'nın marjinalleşmesinin ortadan kaldırıldığı bir düzen öngörülmektedir. İnsan haklarının daha kapsayıcı niteliği ile Batı ve Üçüncü Dünyayı birbirlerinden öğrenecek bir şeyleri olan eşit diyalog

⁵⁵ IBHAWOH, Bonny: "Inclusion versus Exclusion", in Mihr Anja/Gibney Mark (ed), The SAGE Handbook of Human Rights: Two Volume Set. London, SAGE Publications., 2014, s.324-325.

⁵⁶ SIMPSON, Alfred W. Brian: Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention. New York, Oxford University Press, 2001, s.455.

⁵⁷ DUQUETTE, David: "Universalism and Relativism in Human Rights", in Reidy David A./Sellers Mortimer N.S. (ed), Universal Human Rights: Moral Order in a Divided World. Oxford, Rowman & Littlefield, 2005, s.59; BREMS, Eva: Human Rights: Universality and Diversity, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, s.21.

⁵⁸ BEYANI, Chaloka: "The Role of Human Rights Bodies in Protecting Refugees", Anne F. Bayefsky (der.), Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers. Leiden, Brill., 2006, s.281.

⁵⁹ ARAT, Zehra F.: "Promoting Women's Rights against Patriarchal Cultural Claims: The Women's Convention and Reservations by Muslim States", in Forsythe David/McMahon Patrice (der), Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited, Lincoln:University of Nebraska Press, s.233

⁶⁰ ROSS, Susan D.: Women's Human Rights: The International and Comparative Law Casebook, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2008, s.xxix; MERRY Sally E., Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice, Chicago, University of Chicago Press, 2006, s.292.

partileri olarak kabul edilecek ve sömürgeciliğin insan hakları hukuku yoluyla yeniden üretilmesinin de önüne geçilmiş olacaktır.

B. İnsan Hakları Hukukunda Ulusal Çıkarların Bir Kenara Bırakılması

Yukarıda ifade edilen şekliyle Batı monoloğu yerine Batı ile Üçüncü Dünya arasında oluşturulacak olan diyalog ulusal çıkarlara dayanmamalıdır. Başka bir deyişle, mevcut uluslararası insan hakları hukukunu geliştirmek için kurulacak olan çok boyutlu iş birliği, iktidar mantığı ile değil, insan haklarında evrenselliğin genişlemesine katkıda bulunmak için yapılmalıdır. Bu evrenselliğin yaratılmasının önündeki en büyük engel ise, küreselleşme döneminde, ulusal çıkarları savunduğunu iddia eden üçüncü dünyadaki yönetici seçkinler ile ulus ötesi sermayeyi elinde tutan Batılı yönetici elitler arasında kurulan ve Üçüncü Dünya halklarının insan haklarını dışlayan işbirliğidir. Üçüncü Dünya yönetici elitlerinin kendi çıkarlarına ve emperyalizmin yeniden yaratılmasına hizmet eden bu işbirliği içerisinde ulusal çıkar kavramı Üçüncü Dünya'nın tahakkümünde bir meşrulaştırma aracına dönüşmektedir⁶¹. Bu anlamda, Üçüncü Dünyadaki yönetici elitlerinin ulus ötesi işbirliklerini yok etmeden, çok boyutlu ve kapsayıcı bir insan hakları hukuku yaratmak mümkün değildir. Ayrıca, uluslararası hukukun yapıldığı ve uygulandığı mevcut biçimin özellikle Batı'nın büyük güçlerinin ulusal çıkarlarını yansıtmaması uluslararası insan hakları hukukundaki Batı monoloğunun yeniden üretilmesine neden olmaktadır⁶².

Ulusal çıkarların öncelikli kılınmasının ve ortak çıkarların önünde tutulmasının, sömürgeciliği insan hakları hukukuna verdiği zararları tekrar edeceği akılda tutarak, insan hakları hukuku devletler tarafından elit kesimin ulusal çıkar olarak benimsettiği çıkarların değil tüm insanlığın ve içeriğini halkın belirlemesi halinde elbette ulusal çıkarlarına hizmet etmenin bir aracı olarak görülmelidir. Bu anlamda, oluşturulacak yeni insan hakları düzeninde dünya arenasında tüm aktörlerin hak ve menfaatlerinin tamamen korunması önceliklidir⁶³. Ancak bu şekilde uluslararası insan hakları hukuku, özgüllükten kurtulabilir ve gerçek bir evrensellik kazanabilir. Daha genel bir perspektiften bakıldığında, iktidar mantığı, insan haklarının ihlal edilmesine yol açan ana etken olduğundan, yeni insan hakları biçimi iktidar ilişkilerinden korunmalıdır. Bu korumaya giden yolda ortak çıkarları ve değerlerin devletlerin iç meselelerine derinlemesine nüfuz ettiği bir sistem yaratılması vazgeçilmez bir gerekliliktir⁶⁴.

C. İnsan Hakları Hukukunda Tepeden İnmece Anlayışı Kırmak

Bu alandaki tepeden inmece yaklaşım, Avrupa merkezli yaklaşım ve seçkincilik olmak üzere iki farklı bakış açısından anlaşılabilir. Birinci anlayışa göre, Batı'nın insan haklarında Üçüncü Dünya'dan daha üstün olduğu iddiası, her yönüyle olduğu gibi, burada da sorunun ana kaynağıdır. Üçüncü Dünya'daki cehaletin ve yardıma muhtaç durumun aksine Batı'nın gerekli tüm bilgi ve deneyime sahip insan hakları öğretmeni olduğu benzetmesi bu anlamda yeniden gözden geçirilmelidir⁶⁵. Başka bir deyişle, insan haklarında daha kapsayıcı bir yapı oluşturmanın tamamlayıcısı olarak, Okafor'un "Cennet/Cehennem İkilemi" metaforunda ifade ettiği durumun yeni insan hakları hukuku anlayışı ile farklı bir resmi sunulmalıdır. Benzer şekilde, Okafor da insan haklarını Batı-Üçüncü Dünya (veya Kuzey-Güney) ayrışmasının üstünde algılamanın, tüm insanlık için daha faydalı insan hakları fikirleri oluşmasına neden olacağını savunmaktadır⁶⁶. Sonuç olarak, gerçekten evrensel bir uluslararası insan hakları ancak çok kültürlü ve hem Batı'nın hem de Üçüncü Dünya'nın karşılıklı katkılarıyla güvence altına alınabilir⁶⁷.

Tepeden inmece yaklaşımın ikinci görünüş biçimi olan seçkinciliğe göre, uluslararası insan hakları hukukunu devletlerin tekelinden çıkararak bir sosyal hareket düzeyine indirmek gereklidir⁶⁸. Bu nedenle, TWAIL odaklı yeni insan hakları hukuku versiyonuna göre hem Batıda hem de Üçüncü Dünyada sivil toplumun bu hukukun oluşumuna katkısı derinleştirilmeli ve genişletilmelidir. Bu

⁶¹ CHIMNI, "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", s.7,18.

⁶² FIDLER, David P.: "Revolt Against or From Within the West?: TWAIL, the Developing World, and the Future Direction of International Law". Articles by Maurer Faculty Paper 2126, 2003, s.38.

⁶³ ADEDE, Andronico O.: The Minimum Standards in a World of Disparities, in Macdonald Ronald ve Johnston Douglas M. (ed), The Structure and Process of International Law, Springer, 1983, s.1021.

⁶⁴ FIDLER, s.62.

⁶⁵ NADER, Laura: "A User Theory of Law", Southwestern Law Jo., Sayı 38, 1984, s.951; B. Tamanaha, A General Jurisprudence of Law and Society. Oxford, Oxford University Press, 2001, s.239-240.

⁶⁶ OKAFOR/AGBAKWA: Re-Imagining International Human Rights, s.575.

⁶⁷ RAJAGOPAL, Brian: International Law from Below: Developing Social Movements and Third World Resistance. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

⁶⁸ GLENN, H. Patrick: Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2004.

noktada, özellikle Üçüncü Dünya kökenli sosyal hareketlerinin sürece dahil edilmesine özen gösterilmeli ve Batı kökenli Sivil Toplum Kuruluşlarının Üçüncü Dünya'daki aktivizmi sınırlandırılmalıdır. Üçüncü Dünya kökenli bu kuruluşların yeni insan hakları hukuku oluşum sürecine doğrudan ve aktif katılımları, insan hakları hukukunun küresel kapsayıcılığını ve evrenselliğini artırarak, TWAIL perspektifinden geliştirilen önceki iki çözümün verimliliğine katkıda bulunacaktır⁶⁹. Ayrıca, Sivil Toplum Kuruluşlarını ve uzmanları sistemden dışladığı ve devlet egemenliğini tekel aldığından, sözleşme temelli insan hakları hukuku sistemi değiştirilmelidir.

V. SONUÇ

Bu çalışmada benimsenen vizyona göre, ağırlıklı olarak Batı kökenli olan ve bunun sonucunda evrensellik yerine özgüllük; kapsayıcılık yerine dışlayıcılık temellerinde yükselen mevcut uluslararası insan hakları hukukundaki sorunlar, TWAIL eleştirilerini pragmatik çözümlere dönüştürerek çözülebilir. Başka bir deyişle, insan hakları hukukunda eksikliklerin giderilmesi için beklenen çözüm TWAIL'de bulunabilir. Ancak TWAIL'in de cevap vermediği hususlar mevcuttur. Evrenselliği kaçınılmaz olarak kabul eden ve bunun Avrupa merkezlikten koparılması gerektiğini savlayan TWAIL'e göre mülkiyet hakkına dokunulmaksızın insanların ortak değeri korunabilecektir. Fakat her ne kadar mülkiyet, serbest piyasa gibi değerlerin insani değerlere üstün tutulamayacağı ön kabulüne sahip olsa da bunların çatışması halinde hangi ilkelere göre bu çatışan değerlerden hangisinin korunacağı konusunda belirsiz bırakılmaktadırlar. Hakeza TWAIL kapsamındaki önerilerin üçüncü dünya için neden iyi olduğu sorusuna da tam bir yanıt veremedikleri görülmektedir. Buna karşılık insan hakları hukukundaki eksiklikler bağlamında TWAIL eleştirilerinin incelendiği mevcut çalışmada birbiriyle ilişkili üç çözüm listelenmiştir. Buna göre, insan hakları hukukunun kapsayıcılığı artırılmalı, iktidar mantığı süreçten dışlanmalı ve bu alandaki tepeden inmeci yaklaşımlar değiştirilmelidir. Bu üçünün aynı anda uygulanmasıyla, uluslararası insan hakları hukuku, TWAIL tarafından önerildiği gibi çok kültürlü, evrensel ve kapsayıcı bir karakter kazanacaktır.

KAYNAKÇA

- ADEDE, Andronico O.: *The Minimum Standards in a World of Disparities*, in Macdonald Ronald ve Johnston Douglas M. (ed), *The Structure and Process of International Law*, Springer, 1983.
- ANGHIE, Antony: "The Evolution of International Law: Colonial and Postcolonial Realities", *Third World Quarterly*, 27(5).
- ANGHIE, Antony: *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- ANGHIE, Antony/CHIMNI, Bhupinder S.: "Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in Internal Conflicts". *Chinese Journal of International Law*, (2), 2003.
- ARAT, Zehra F.: "Promoting Women's Rights against Patriarchal Cultural Claims: The Women's Convention and Reservations by Muslim States", in Forsythe David / McMahon Patrice (der), *Human Rights and Diversity: Area Studies Revisited*, Lincoln:University of Nebraska Press., 2003.
- BACHAND, Remi: *Critical Approaches and the Third World. Towards a Global and Radical Critique of International Law*. Speech at University McGill 24.3.2010.
- BADARU, Opeoluwa A.: "Examining the Utility of Third World Approaches to International Law for International Human Rights Law", *International Community Law Review*, (10), 2008.
- BEYANI, Chaloka: "The Role of Human Rights Bodies in Protecting Refugees", Anne F. Bayefsky (der.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers*. Leiden, Brill., 2006.
- BREMS, Eva: *Human Rights: Universality and Diversity*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- CASSESE, Antonio: "The General Assembly Historical Perspective: 1945-1989", in Altson P. (ed), *The United Nations and Human Rights: A Critical Appraisal*, New York, Oxford University Press, 1992.
- CHIMNI, Bhupinder S.: *International Law and World Order: A Critique of Contemporary Approaches*, New York, Cambridge University Press, 2017.
- CHIMNI, Bhupinder S.: "The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach" *Melbourne Journal of International Law*, (8), 2007.
- CHIMNI, Bhupinder S.: "Third World Approaches to International Law: A Manifesto", *International Community Law Review*, (8), 2006.

⁶⁹ MACCORMICK, Neil: *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 2007, s.288.

- DUQUETTE, David: "Universalism and Relativism in Human Rights", in Reidy David A./Sellers Mortimer N.S. (ed), *Universal Human Rights: Moral Order in a Divided World*, Oxford, Rowman & Littlefield, 2005.
- ELIAS, Taslim O.: *Africa and Development of International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1988.
- ESCOBAR, Arturo: *Territories of Difference: Place, Movements, Life, Redes*, Duke and London, Duke University Press, 2008.
- FIDLER, David P.: "Revolt Against or From Within the West?: TWAIL, the Developing World, and the Future Direction of International Law", *Articles by Maurer Faculty Paper 2126*, 2003.
- FITZPATRICK, Peter/DARIAN-SMITH, Eve: *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999.
- FORSTER, Thomas: "International Humanitarian Law's Old Questions and New Perspectives: On What Law Has Got to Do With Armed Conflict", *International Review of the Red Cross*, 98(3), 2016.
- GALINDO, George R. B.: "Splitting TWAIL", *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 33(3), 2016.
- GATHII, James T.: "TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography". *Trade Law and Development*, 3(1), 2011.
- GLENN, H. Patrick: *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 2. Baskı, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- HENKIN, Louis: *The Age of Rights*. New York, Columbia University Press, 1990.
- HIGGINS, Rosalyn: "Ten Years on the UN Human Rights. Committee: Some Thoughts", *European Human Rights Law Review*, (6), 1996.
- IBHAWOH, Bonny: "Inclusion versus Exclusion", in Mihr Anja/Gibney Mark (ed), *The SAGE Handbook of Human Rights: Two Volume Set*. London, SAGE Publications., 2014.
- KHOSLA, Madhav: "The TWAIL Discourse: The Emergence of a New Phase", *International Community Law Review*, (9), 2007.
- KINSELLA, Helen M.: *The Image Before the Weapon: A Critical History of the Distinction*, New York, Cornell University Press, 2011.
- LENZERINI, Federico: "The African System for the Protection of Human and People's Rights: Pan-Africanism, Solidarity and Rights", in Maluwa Tiyanjana (ed), *Law, Politics and Rights: Essays in Memory of Kader Asmal*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
- MACCORMICK, Neil: *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- MICKELSON, Karin: "Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse", *Wisconsin International Law Journal*, 16(2), 1998.
- MUTUA, Makau: "Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights", *Harvard International Law Journal*, 42(1), 2001.
- MUTUA, Makau: "The Banjul Charter and the African Cultural Fingerprint: An Evaluation of the Language of Duties", *Virginia Journal Of International Law*, 35, 1995.
- MUTUA, Makau: "The Banjul Charter: The Case for an African Cultural Fingerprint", *Cultural Transformation and Human Rights in Africa*. London/New York, Zed Books, 2002.
- MUTUA, Makau: "The Ideology of Human Rights", *Virginia Journal of International Law*, (36), 1996.
- MUTUA, Makau/ANGHIE, Antony: "Proceedings of the Annual Meeting", *American Society of International Law*, 94, 2000.
- MUTUA, Makau/ANGHIE, Antony: "What is TWAIL?", *Proceedings of the Annual Meeting, American Society of International Law*, (94), 2000.
- NADER, Laura: "A User Theory of Law", *Southwestern Law Jo.*, Sayı 38, 1984, s. 951; B. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*. Oxford, Oxford University Press, 2001.
- NURMAYANI, Dewi: "What are Human Rights?" (7 Mart 2013), <https://www.globalethicsnetwork.org/profiles/blogs/what-are-human-rights>, (Erişim Tarihi: 15 Mart 2020)
- OKAFOR, Obiora C.: "Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?", *International Community Law Review*, (10), 2008.
- OKAFOR, Obiora C.: "International Human Rights Fact-finding Praxis in its Living Forms: A TWAIL Perspective", *The Transnational Human Rights Review*, (1), 2014.
- OKAFOR, Obiora C.: "Newness, Imperialism, and International Legal Reform in Our Time: A TWAIL Perspective", *Osgoode Hall Law Journal*, 43(1-2), 2005.
- OKAFOR, Obiora C./AGBAKWA, Shedrack C.: "Re-Imagining International Human Rights Education in Our Time: Beyond Three Constitutive Orthodoxies", *Leiden Journal of International Law*, 14(3), 2001.
- ÖZDEMİR, Ali M./UĞURLU, Göksu/AYKUT, Ebubekir: "Üçüncü Dünyaçılık Küreselleşirken?: Uluslararası Düzenlemenin Değişen Eleştirisi," *Amme İdaresi Dergisi*, 45(1), 2012.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan: "Locating the Third World in Cultural Geography", *Third World Legal Studies*, 15(2), 1999.
- RAJAGOPAL, Brian: *International Law from Below: Developing Social Movements and Third World Resistance*. Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

- ROSS, Susan D.: *Women’s Human Rights: The International and Comparative Law Casebook*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2008, s.xxix; MERRY Sally E., *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, Chicago, University of Chicago Press, 2006.
- SAYGILI, Abdurrahman: *İnsan Haklarının Evrenselliği Masalı: Bir Omfalos Olarak Avrupa*, İmaj, 2018.
- SIMPSON, Alfred W. Brian: *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, New York, Oxford University Press, 2001.
- SMITH, Jackie/PAGNUCCO, Ron/LOPEZ, George A.: “Globalizing Human Rights: The Work of Transnational Human Rights NGOs in the 1990s”, *Human Rights Quarterly*, 20(2), 1998.
- SUNTER, Andrew F.: “Twail as naturalized epistemological inquiry”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 20(2), 2007.
- VERZIJ, Jan H. W.: *International Law in Historical Perspective, Volume 1*. Leiden, AW Sijthof, 1968.
- ZABUNOĞLU, H. Gökçe: “Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2011.

ARTHUR SCHOPENHAUER'İN HUKUK VE CEZA ADALETİ ANLAYIŞI

ARTHUR SCHOPENHAUER'S LAW AND CRIMINAL-JUSTICE IDEAS

Pirali Çağrı ŞENSOY* ** 

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.868992> 

Makale Bilgi

Gönderi: 26/01/2021
Kabul : 12/04/2021

Anahtar Kelimeler

*Arthur Schopenhauer,
Hukuk Felsefesi,
Ebedi-Adalet ve
Zamansal-Adalet,
Devletin Kökeni,
Cezaların Amacı.*

Article Info

Received: 26/01/2021
Accepted: 12/04/2021

Keywords

*Arthur Schopenhauer,
Philosophy of Law,
Eternal Justice and
Temporal Justice,
Origin of the State,
Purpose of Punishments.*

Özet

Arthur Schopenhauer pek çok düşünür ve felsefi ekole ilham kaynağı olmuş önemli bir filozoftur. Schopenhauer'ın felsefi fikirleri üzerine bugüne kadar çok sayıda tez çalışması yapılmış, pek çok eseri Türkçeye tercüme edilmiştir. Filozofun hayatın her alanına temas eden dünya görüşü, hukuk felsefesi alanında da fikirler ortaya koymasına imkân sağlamıştır. Bu çalışma, Schopenhauer'ın hukuk felsefesine dair görüşlerini inceleyerek filozofu Türkçe literatüre tanıtmayı amaçlamaktadır. Çalışmamıza göre; Schopenhauer, hak kavramını doğal hukukçu olarak anılabilecek bir yaklaşımla ele almaktadır. Adalet kavramını kapsamlı bir şekilde inceleyen Schopenhauer, “ebedi adalet” ve “zamansal-adalet” tanımlamaları ve analizleri üzerinden düalist bir perspektif geliştirmektedir. Devletin kökenini “sosyal sözleşme” ile açıklayan Schopenhauer, devleti bir “koruma kurumu” olarak tanımlamaktadır. Filozofun fikirlerinde zamansal-adaletin gereği olan cezalar önemli bir yer tutmaktadır. Cezaların “caydırıcılık” amacına hizmet etmesi gerektiği üzerinde duran Schopenhauer, “hücre hapsi” ve “tecrit” gibi mühim kavramlara yönelik önemli tartışmalar geliştirmektedir. Çalışmamızda Türk doktrininin Schopenhauer'ın yaklaşımından yararlanarak günümüz tartışmalarına farklı bir bakış açısıyla yaklaşabileceği tartışılmaktadır.

Abstract

Arthur Schopenhauer, a well-known western philosopher, has inspired numerous scholars and philosophical schools. Various academic dissertations have scrutinised Schopenhauer's ideas and some of his works have been translated into Turkish. Schopenhauer's world-view, which touches upon all aspects of life, has enabled him to come up with ideas in the field of philosophy of law. This article seeks to introduce the philosopher to the Turkish literature by examining Schopenhauer's views on the philosophy of law. According to the article, Schopenhauer embraces a natural-law approach in dealing with the concept of right. He examines the concept of justice in a comprehensive manner and develops a dualist perspective via his definitions and analysis of "eternal justice" and "temporal justice". Schopenhauer defines the state as an "institution of protection" when explaining the origin of the state through the so-called "social contract". He takes into account punishments that are recognised as the requirement for temporal justice. He develops many discussions on some important concepts such as "solitary confinement" and "isolation" while emphasising that punishments should serve the purpose of "deterrence". Whilst analysing Schopenhauer's standpoints on all aforementioned concepts, this article explains how his ideas would contribute to the Turkish doctrine.

 Bu eser [Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Arş. Gör., Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

** Yoğun çalışma temposunda bana ve makaleme zaman ayıran Sn. Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK'a ve çalışmalarında yol gösterici olması adına kendi çalışmalarını benimle paylaşan Sn. Doktorant Murat KAYMAZ'a katkılarından dolayı teşekkür ederim.

I. GİRİŞ

Arthur Schopenhauer Kant sonrası felsefenin önemli filozoflarından birisidir. Schopenhauer; Nietzsche, Wittgenstein, Heidegger, Sartre gibi önemli filozoflara; yine Freud, Jung gibi psikolojinin kurucularına; Tolstoy, Emile Zola, Çehov gibi edebiyatçılara; Wagner gibi sanatçılara, Einstein gibi bilim insanlarına, başta varoluşçu felsefe olmak üzere pek çok felsefi ekole ve farklı disiplinlerdeki düşünürlere ilham kaynağı olmuştur¹. Bunun yanında Marx ve Gandhi gibi isimlerin de Schopenhauer'ın fikirlerinden etkilendiği ifade edilmektedir². Ülkemizde de çokça Schopenhauer araştırması yapılmış, yazılan tezler ve makalelerin yanında Schopenhauer'a ait pek çok eser dilimize tercüme edilmiştir³. Özellikle insan psikolojisine ışık tutan yaklaşımıyla Schopenhauer ülkemiz felsefe çevrelerinde yankı uyandırdığı gibi akademi dışındaki felsefe meraklıları arasında da belirli bir popülerliğe sahiptir.

Çalışmamızda Schopenhauer'ın hukuk felsefesinin belirli kavramlarını ele alış biçimi ceza adaletine ilişkin görüşleriyle bir araya getirilerek Türkçe hukuk literatürüne kazandırılması hedeflenmiştir. Bu amaçla öncelikle filozofun temel kitapları incelenmiştir. Filozofun temel eseri olan *Die Welt als Wille und Vorstellung (İsteme ve Tasarım Olarak Dünya / The World as Will and Representation)* iki ciltlik bir eserdir. Bu eser Türkçeye kısaltılarak tercüme edilmiştir⁴. Biz bu kısaltmaları göz önünde bulundurarak çalışmamızda eserin Türkçe tercümesiyle İngilizce tercümesini karşılaştırmalı olarak kullanmayı tercih ettik. Yine filozofun mühim eserlerinden biri olan ve Türkçeye tercüme edilmemiş olan "*Die Beiden Grundprobleme der Ethik*" (*the Two Fundamental Problems of Ethics / Ahlakın İki Temel Sorunu*) kitabını İngilizce tercümesinden inceledik. Filozofun eserlerinden Türkçeye kazandırılmış olan yirmi eseri taradık⁵, konumuz açısından önemli olarak gördüğümüz noktalarda bu eserlerden faydalandık. Ek olarak, Ulusal Tez Merkezi'nde yer alan yerli kaynaklarımızın tamamını tarayıp çalışmamızla ilişkilendirilebilecek tezlerden ve pek çok monografik çalışmadan yararlandık⁶. Bununla birlikte Alman filozof Schopenhauer'a yönelik esaslı bir çalışmanın Almanca literatürün taranmasıyla mümkün olabileceğini araştırmamız sürecinde keşfettik. Araştırmacının Almanca'yı henüz bilmiyor olması çalışmanın bir zayıf yönü olarak değerlendirilebilir.

Çalışmamızda Schopenhauer'ın genel felsefesi derinlemesine analiz edilmek yerine hukuk ve ceza adaletiyle ilgili yaklaşımları Türkçe hukuk literatürüne katkı sunması amacıyla irdelenecektir. Hak ve adalet kavramlarını özgün bir şekilde ele alan filozofun devlet ve ceza adaleti yaklaşımı günümüz hukuki problemlerini farklı bir gözle değerlendirmeye imkân sağlayabilir. Buna göre çalışmada Schopenhauer'ın görüşleri hukuk felsefesi ile ceza adaleti başlıkları altında sınıflandırılarak betimlenecektir.

Çalışmamız iki ana bölümden oluşacaktır. İlk bölümünde Schopenhauer'ın fikirlerine kaynaklık eden İmmanuel Kant'ın fikirleri özetlenerek Schopenhauer'ın varlık felsefesi ve ahlak felsefesi fikirleri tanıtılacaktır. İkinci bölümünde ise Schopenhauer'ın hukuk felsefesi kapsamlı bir şekilde incelenecek ve yorumlanacaktır. Filozofun hukuk felsefesi ve ceza adaleti yaklaşımının incelendiğinde ikinci bölüm de kendi içerisinde iki bölüm hâlinde incelenecektir. İlk bölümünde, genel olarak filozofun hak,

¹ İMAMOĞLU, Kıymet Tuğba: Arthur Schopenhauer'da Metafizik Kötülük ve Varoluşun Verdiği Acıdan Kaçış Olarak Ahlakî Eylemler, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.3-4; CAF, Bahar: Arthur Schopenhauer'da Pesimizmin Felsefesi, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Van, 2019, s.10,38 vd.

² MARCIN, Raymond B.: "Schopenhauer's Theory of Justice", Catholic University Law Review, 43(3), 1994, s.844; CAF, s.10.

³ Makalemizin yazılmakta olduğu şuan itibarıyla YÖK Tez Merkezi'nde başlığında "Schopenhauer" ibaresi yer alan 41 adet tez yer almaktadır (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/> Erişim Tarihi: 26.12.2020). Bu tezlerin hiçbirisi Schopenhauer'ın hukuk felsefesini konu almamıştır. Yine Schopenhauer'ın Türkçeye kazandırılan onlarca kitabı vardır. Biz bu kitaplardan yirmi tanesini taramakla yetindik.

⁴ SCHOPENHAUER, Arthur: *İsteme ve Tasarım Olarak Dünya (İTD)*, Çev. Levent Özşar, 2. Bası, Biblos Kitabevi, İstanbul 2009, s.4.

⁵ Atfı verilmeyen ancak taranan diğer kitapların başlıkları: *Aşk ve Kadına Dair (Aşkın Metafizigi)*, Bilim ve Bilgelik, Bilmek ve İstemek, Cinsel Aşkın Metafizigi, Eristik Diyalektik – Haklı Çıkma Sanatı, Güzelliğin Metafizigi, Hayatın Anlamı, Okumaya ve Okumalara Dair, Ölümün Anlamı, Seçkinlik ve Sıradanlık Üzerine, Üniversiteler ve Felsefe.

⁶ Söz konusu tezler: ARSLAN, Ahmet: Arthur Schopenhauer'un Ahlak Felsefesi ve Pesimizm, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019; CAF; İMAMOĞLU; KAYMAZ, Murat: Schopenhauer Felsefesinde Ahlakın Anlamı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018; VAHAPOĞLU BİNDESEN, Zehra: Arthur Schopenhauer'da Kötülük Problemi ve Mutluluğun İmkânı, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, 2019. İlgili monografiler: CARTWRIGHT, David E.: Schopenhauer, Çev. Sibel Erduman, 1. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Nisan 2014; AYDOĞDU, Ahmet: Schopenhauer, 1. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2009; ATAYMAN, Veysel: Varolmanın Acısı: Schopenhauer Felsefesine Giriş, 1. Bası, Donkişot Yayınları, İstanbul 2004.

adalet, devlet gibi hukuk felsefesiyle ilgili kavramlara verdiği anlamlar kısaca açıklanacaktır⁷. Schopenhauer felsefesiyle uyumlu bir hak kavramı inşa etmiş, adaleti anlamlandırmış ve devletin kökenine dair fikirler ortaya koymuştur. Filozof, hak kavramının doğal hukuk düşüncesine dayanan ahlakî bir zeminde ele almıştır. Filozofa göre, hak, devletten önce de vardır. Devlet bizzat hakları korumak amacıyla kurulmuştur. Yine filozofa göre adalet, zamansal ve ebedî adalet olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmelidir. Filozof tarafından “salt yasal doktrin” olarak da ifade edilen zamansal-adalet esasında bozuk bir adalet sistemi olarak telafi mekanizmasını ifade etmektedir. Ebedî adalet cezalandırıcı değil, merhamet edici metafizik bir yapıdayken; zamansal-adalet cezalandırıcı, dünyevî bir adalet mekanizmasını ifade etmektedir. Tüm bunların yanında filozof devleti sosyal sözleşmeyle kurulan “koruma kurumu” olarak tasarlamıştır. Filozofa göre devletin “iç koruma”, “dış koruma” ve “kendinden koruma” şeklinde üç temel koruma işlevi vardır. Bu işlevler devletin varlık amacını teşkil etmektedir.

İkinci bölümdeyse Schopenhauer’ın ceza adaletine ilişkin yaklaşımı, cezalandırmanın anlamına ve amacına yönelik düşünceleri irdelenecektir. Schopenhauer’a göre cezalar bir telafi sistemi olan zamansal-adaletin ürünü olup faydayı amaçlar. Bu fayda caydırıcılıktır. Zira insan karakteri değiştirilemez ve insanların ıslah edilmesi mümkün değildir. Kefaret ise ahlakî bir kötülüğü ifade eder. O hâlde cezalandırmayla suça meyilli karaktere sahip insanlar korkutularak suç fiillerinden uzak tutulmalıdır. Ceza hukuku fail ceza hukuku değil, fiil ceza hukuku olmalı ve cezalandırmada orantılılığa dikkat edilmelidir. Son olarak Amerikan Ceza Sistemi’ni ve hücre cezalarını tartışan filozof tecrit sistemine şiddetle karşı çıkmış, bu cezaların hem amaca uygunluk bakımından başarısız, hem de -genel felsefesiyle uyumlu olarak- can sıkıntılarıyla insanlar için büyük bir işkence hâlini aldığına dikkat çekmiştir.

II. SCHOPENHAUER’IN HAYATI VE GENEL FELSEFESİ

A. Kant’ın Mirası

Immanuel Kant, Schopenhauer henüz dünyaya gelmeden evvel felsefede adeta devrim yapmış, kendisinden önceki bütün felsefe geleneğini eleştirerek kendi felsefesini ortaya koymuştu. Schopenhauer’ın doğduğu 1788 yılında Kant ahlak felsefesini kurduğu eseri *Kritik der praktischen Vernunft*’u (*Pratik Aklın Eleştirisi*) yayınlamıştı. *Kritik der reinen Vernunft* (*Saf Aklın Eleştirisi*) yazılı henüz yedi sene olmuş; *Kritik der Urteilskraft* (*Yargı Gücünün Eleştirisi*) başta olmak üzere pek çok önemli diğer eser henüz yayınlanmamıştı.

Kant’ın felsefede yaptığı devrim, Kant sonrası felsefenin belirleyicisi olmuştur. Kant sonrası felsefenin bir miras kavgası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Schopenhauer’ın çağdaşları olan ve “Alman İdealistleri” olarak anılan Fichte, Schelling ve Hegel kendilerini Kant’ın mirasçısı olarak ilân etmiş, felsefelerini Kant’ın mirası üzerine inşa etmeye girişmişlerdi. Schopenhauer ise bu girişimi “şarlatanlıkla” suçlayıp kendisini Kant’ın gerçek ve tek varisi ilân etmiştir⁸.

Schopenhauer’ın felsefesi, Kant’ın felsefi mirası üzerinden yükselmektedir. Gerçekten de Schopenhauer felsefesini ortaya koyarken Kant’la hesaplaşmış, Kantçı birçok kavramı kullanmıştır. Bu itibarla Schopenhauer felsefesinin hakkıyla anlaşılabilmesi Kant’ın felsefi mirasının anlaşılmasından geçmektedir⁹.

Kant’ı harekete geçiren David Hume’un dogmatizm karşıtı felsefesi olmuştur. Kant, “*beni dogmatik uykudan uyandırdı*” diyerek Hume’un kendi düşüncesi üzerindeki tesirini açıkça ifade etmiştir. Dogmatik uykusundan uyanan Kant, *Salt Aklın Eleştirisi*’nde dogmatizmle mücadeleye girişmiştir. Ancak Kant’ın mücadelesi yalnızca dogmatiklere karşı olmamış, aynı zamanda metafiziği felsefeden dışlayanlara (başta Hume’a) karşı da olmuştur¹⁰. *Salt Aklın Eleştirisi*’nde cevabı aranan temel sorular, “*ne bilebiliriz*” ve “*nasıl bilebiliriz*” sorularıdır. Kant bu sorulara cevap bulabilmek için insan aklını inceler. Kant’a göre insan aklı “teorik akıl” ve “pratik akıl” olmak üzere iki farklı işleve sahiptir. Teorik akıl “olan”la ilgilenmekteyken, pratik aklın ilgi alanı “olması-gereken”dir¹¹. Kant

⁷ Ele aldığımız kavramların Hukuk Felsefesinin konusu kapsamında olduğuna dair ayrıca bkz. İŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk Felsefesi, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul Kasım 2019, s.451-452; SHINER, Roger A.: “Philosophy of Law”, in Alston, William P. vd. (ed.), The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge University Press, New York 1999, s.676-677.

⁸ SCHOPENHAUER, Arthur: Felsefe Tarihinden Kesitler (FTK), Çev. Ahmet Aydoğan, 1. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2014, s.162.; SCHOPENHAUER, Arthur: Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine (HAS), Çev. Ahmet Aydoğan, 1. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2009, s.9; MARCIN, s.816; CAF s.9,45; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.17, 27; ARSLAN, s.2.

⁹ VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.16.

¹⁰ HEIMSOETH, Heinz: Kant’ın Felsefesi, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, 6. Bası, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2014, s.66.

¹¹ İŞIKTAÇ, s.184.

pratik akla ilişkin argümanlarını genel itibariyle “Pratik Aklın Eleştirisi” kitabında tartışmış, *Salt Aklın Eleştirisi*’nde teorik akli incelemiştir.

Kant’a göre deneyimden bağımsız bir bilgi olarak a priori bilgi ile deneyime dayanan ampirik bilgi birbirinden farklıdır. Kant’a göre ampirik bilgi salt duylardan elde edilen bir bilgi değildir, şayet öyle olsaydı bu nevi bir bilgi kavramsal olmadığından kör bir bilgi olacaktı. O hâlde ampirik bilgiyi kavramsallaştıracak bir bilgi formu mevcut olmalıdır, bu form insan aklının kategorileridir¹².

Kant yargıları da analitik ve sentetik olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Analitik yargılar bir kavramı açıklayan yargılardır ve yeni bir bilgi ortaya koyamazlar. Sentetik yargılarsa bilgiyi genişleten, kavrama yeni bilgiler ekleyen yargılardır. Mesela elmanın meyve olduğu analitik bir bilgidir. Zira meyve olma elma kavramının içerisinde mevcut bir bilgidir, bu bakımdan elma hakkında yeni bir bilgi vermemektedir. Elmanın meyve olduğu bilgisine herhangi bir elmayı görmeden de ulaşmak mümkündür. Ancak elmanın yeşil veya kırmızı renkte olması sentetik bir bilgidir. Çünkü böyle bir bilgi elma kavramının içerisinde yer almayan renge dair bilgiyi elma kavramına hamlederek elma hakkındaki bilgimizi arttırmaktadır. Öyleyse tabiatları itibariyle ampirik bilgiler sentetik, a priori bilgilerse analiktir.

Tam bu noktada Kant’a *Salt Aklın Eleştirisi*’ni yazdıran sorun ortaya çıkmaktadır: Metafizik yargılar tabiatları itibariyle a priori yargılardır, deneyimlenemezler. Buna karşın metafizik alandaki bilgimizi genişletebilmek için sentetik bilgilere ihtiyacımız vardır. Dolayısıyla metafizik alana ilişkin bir yargı tabiatıyla a priori, bilgimizin genişletilmesi amacını taşıdığından sentetik bir yargıya sahip olmalıdır. A priori sentetik yargı herhangi bir duyuma dayanmayan ve fakat yeni bir bilgi veren yargıdır. Hâlbuki böyle bir yargı biraz evvel yapılan tanımlamalar ile çelişmektedir¹³. Bu gerilimin Kant felsefesine göre çözümü başka çalışmanın konusudur. Ancak Kant’ın yaratmış olduğu bu gerilimin çalışmamız açısından önemi kendisini numen (kendinde-olan, *noumenon*) ve fenomen (görüngü, *phainomenon*) ayırımında ortaya koymaktadır.

Kant’a göre ampirik bilgi malzemesini “görünen dünyadan” almaktadır. Kant bilgi edinilebilen görünen dünyayı “fenomen” (görüngü) olarak isimlendirmektedir. Bunun karşısında insan deneyimini aşan, ampirik bilginin elde edilemediği bir alan vardır. Bu aşkın alan Kant’ın düşüncesinde “numen” olarak ifade edilmektedir. Numenal alan insan aklının kategorileri içerisinde giremeyen saf bilgileri ihtiva etmektedir. Bu sebeple numenal alan Kant’ın tabiriyle “transandantal” (aşkın) bir alan olup bu alana dair bilgi edinmemiz mümkün değildir. Numen-fenomen kavramları Kant felsefesi açısından oldukça önemli bir yere sahipken aşağıda ayrıntısıyla açıklanacağı üzere çalışmamızın ana odağını teşkil eden Schopenhauer felsefesinde de yeni bir hüviyete bürünerek kilit bir nokta teşkil edecektir.

B. Schopenhauer’ın Genel Felsefesi

Schopenhauer kötümser (pesimist) felsefesiyle ünlenmiş bir filozoftur. Gerçekten de Schopenhauer denildiğinde akla ilk gelen filozofun karamsar dünya görüşüdür. Ancak Schopenhauer’ın kötümserliği salt duygusal edebî bir tavırdan ibaret olmayıp felsefi zemine oturan bir dünya görüşüdür. Bu başlık altında filozofun felsefi dünya görüşü kısaca incelenecektir.

1. Varlık Felsefesi

Schopenhauer’ın temel eseri 1819 tarihli *Die Welt als Wille und Vorstellung* kitabıdır. Schopenhauer felsefesinin genel hatlarını bu eserde şekillendirmiştir. Kitap ismini Schopenhauer felsefesi için temel kavramlar olan “irade” (isteme, istenç, “will”, “Wille”) ve “tasavvur” (tasarım, temsil, “representation”, “Vorstellung”) kavramlarından almıştır.

Schopenhauer felsefesinde merkezi kavram “isteme” kavramıdır¹⁴. Zira tasavvur bir istemenin tasavvuru olmakla birlikte istemeden sonra gelmektedir. Schopenhauer felsefesinde isteme bölünemez, tek, evrensel bir istemdir¹⁵. İsteme her şeyin temelinde var olan ve tüm varlığı kendisinde dolayımlayan “kendinde-şey”dir¹⁶. Bu bakımdan Schopenhauer’ın isteme kavramıyla Kant’ın numen

¹² MARCIN, s.821.

¹³ HEIMSOETH, s.74-75.

¹⁴ “İsteme” olarak ifade ettiğimiz kavram “irade” kavramıdır. Schopenhauer felsefesinde “isteme” olarak ifade ettiğimiz özel bir irade kavramı mevcuttur. Biz bu kavramı klasik anlamdaki iradeden ayırmak için “isteme” demeyi tercih ettik. Çalışmamız boyunca irade ve isteme kavramlarının bir arada kullanıldığı cümlelerde bu tercihimizin sebebi daha iyi anlaşılacaktır.

¹⁵ SCHOPENHAUER, Arthur: *The World as Will and Representation* v. I (WWR1), Trans. Christopher Janaway, 1. Press, Cambridge University Press, Cambridge 2010, s.144, 153; SCHOPENHAUER, İTD, s.64, 72; MARCIN, s.829; ARSLAN s.17, VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.30.

¹⁶ SCHOPENHAUER, WWR1, s.24; SCHOPENHAUER, İTD, s.9-10; MARCIN, s.831, 844; ARSLAN s.14, 17; CAF s.15; İMAMOĞLU, s.12; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.120; KAYMAZ, s.2.

kavramının oldukça benzer olduğunu söylemek mümkündür¹⁷. Ancak numen ve “isteme” kavramları arasında önemli bir fark vardır: Kant, numen alana dair insan bilgisinin mümkün olmadığını ileri sürerken; Schopenhauer, bu alana dair bilgimiz olabileceğini iddia etmektedir¹⁸.

Kant’taki fenomen kavramının karşılığı ise Schopenhauer felsefesinde “tasavvur” olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de hakikatte var olan tek şey istemdir. Çokluklar ve farklılıklar tasavvurattaki (fenomenler alemindeki) bir yanılsamadan başka bir şey değildir¹⁹. Kendinden şey olan istemeyi tek tek bireylerin iradeleriyle karıştırmamak gerekir. Her şeyi belirleyen isteme, Schopenhauer’a göre kördür²⁰. Kör istemenin tek isteği var olmak ve varlığını sürdürmektir²¹. İsteme varlığını sürdürmek amacıyla tasavvuratta var olan her şeyi araç olarak kullanır. Böylelikle her şey gibi insan da istemenin bir kuklasından ibaret olur²². İsteme için tekil bireyin herhangi bir kıymeti yoktur, mühim olan türün devamlılığıdır. İsteme bu amacını gerçekleştirmek için tekilin arzularını kullanır.

Arzu (güdü / motif) kavramı, Schopenhauer’ın “kötümser” dünya görüşünün neşet ettiği membadır. İnsan tabiatı, arzuların tabiatıdır. İnsan, arzular yoluyla istemenin emrinde hareket etmektedir²³. Arzular kendisini tasavvuratta var eder. Arzular sayesinde özünde tek olan isteme bölünür ve çoğulu var eder. Arzu, tekliği parçalayarak bireyselleşmeyi ortaya çıkarır²⁴. Bireyselleşme; egoizmin, bencilliğin ve tüm kötülüklerin kaynağıdır²⁵.

Schopenhauer’a göre arzuların bir sonu yoktur. İnsan sürekli istemekte, bir arzusu bittiğinde yeni bir arzusu ortaya çıkmaktadır²⁶. Bu arzular insanlığın belasıdır. Arzu duyan insan arzuladığına kavuşmadığı müddetçe acı çekmekte, kavuştuğundaysa hemen yeni bir arzuyla ıstırabı yenilenmektedir. Olur da arzular derhâl yerine getirilecek olsa yahut arzulanacak bir şey kalmayacak olsa artık can sıkıntısı insanın başına bela olur. Herhangi bir arzusu kalmayan insan can sıkıntısından patlar, intihar eder veya sanal arzular yaratarak bunlara tutunmaya çalışır²⁷. O hâlde insan için dünyada mutlu olmak mümkün değildir.

Schopenhauer’ın kötümserliğinden “insan” da nasibini almıştır. Filozofa göre dünyadaki kötülüğün bir kaynağı da insandır. İnsanda iyi ve güzel namına bir şey bulmak pek mümkün değildir. İnsan doğuştan kötüdür²⁸. İnsandaki kötülüğün kaynağı arzuların insana dayatmış olduğu bencillik ve egoizmdir²⁹. Schopenhauer’a göre insan hazzı için her türlü kötülüğü yapabilecek bencil bir varlıktır. Bu bencilliğin sebebi ise merhametsizliktir³⁰.

2. Ahlak Felsefesi

Schopenhauer’ın ahlak felsefesinde temel kavramlar, “karakter” ve “merhamet” kavramlarıdır. Filozofa göre insan karakterinin dört özelliği vardır. Bunlar; bireysellik, ampiristlik, değişmezlik ve doğuştanlıktır³¹.

Bireysellik, arzuların insana dayattığı bir durumdur. Ahlakiliğin yegâne kaynağı karakterin bir özelliği olan bireyselliğin aşılmasıyla duygudaşlığın getirdiği merhamet duygusudur³². İnsan

¹⁷ VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.3, 18.

¹⁸ VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.25.

¹⁹ MARCIN, s.847. RUGGIERI, Davide: "The metaphysics of conflict: some reflections on Schopenhauer's politics", *Voluntas Revista Internacional de Filosofía*, 7(1), 2016, s.150; KAYMAZ, s.3. Schopenhauer’a göre her insan Adem’dir, tıpkı her insan İsa olduğu gibi... (bkz. MARCIN, s.851).

²⁰ SCHOPENHAUER, WWR1, s.174; SCHOPENHAUER, İTD, s.91; MARCIN, s.850; ARSLAN, s.1,15,16; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.36,41,147; İMAMOĞLU, s.12,29; KAYMAZ, s.2; ÇALIŞKAN AKÇETİN, Nurhayat: "Merhamet ve Devlet: Schopenhauer", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, (21), 2016, s.74.

²¹ SCHOPENHAUER, WWR1, s.338; SCHOPENHAUER, İTD, s.231; CAF s.15, İMAMOĞLU 29; KAYMAZ, s.2-3.

²² ARSLAN s.16.

²³ ARSLAN, s.16.

²⁴ Schopenhauer bireyselleşmeyi *principium individuationis* (bireysellik ilkesi) olarak ifade etmektedir.

²⁵ ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.73.

²⁶ SCHOPENHAUER, İTD, s.231; SCHOPENHAUER, Arthur: Okumak, Yazmak ve Yaşamak Üzerine (OYY), Çev. Ahmet Aydoğan, 2. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2008, s.42; ARSLAN s.17; CAF, s.56; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.176; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.76.

²⁷ SCHOPENHAUER, İTD, s.237, 294; SCHOPENHAUER, OYY, s.42; CAF, s.56; ARSLAN s.17; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.176.

²⁸ CAF, s.26; ARSLAN, s.43; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.40.

²⁹ SCHOPENHAUER, WWR1, s.358-359; SCHOPENHAUER, İTD, s.245-246; CAF, s.26,30; ARSLAN, s.21,37; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.41,126; İMAMOĞLU, s.13,37; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.

³⁰ SCHOPENHAUER, WWR1, s.358-359; SCHOPENHAUER, İTD, s.245-246; CAF, s.20, ARSLAN, s.37,150; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.33.

³¹ KAYMAZ, s.38.

³² CAF, s.30, ARSLAN, s.36; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.43; İMAMOĞLU, s.126, 128; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.78.

merhametle birlikte bencillikten kurtularak ahlakî bir yaşama sahip olabilir³³. Merhamet, bencilliğin temelinde yer alan bireyselliği ortadan kaldırıp duygudaşlık üzerinden “ben ve öteki”nin birliğini sağlar³⁴. Merhametle birlikte tasavvurattaki çokluğun yanılısına olduğu, herkesin herkesle tek ve bir olan istemenin tasavvurları olduğunun farkına varılır. Böylece insan merhametle bencilliği ve *individuationisi* yenebilir.

Filozofa göre karakter ampiriktir. Kişi istediği fiilleri özgürce yapabildiğini sanmaktadır, peki istediklerini isteyip istemediğini nereden bilmektedir? Schopenhauer’a göre insan, bu sorunun cevabını bilemez çünkü kendi karakterine yabancıdır. İnsan kendi karakterini birtakım olaylar karşısında göstermiş olduğu tepkileri deneyimleyerek tanır³⁵. Bu itibarla kişi, karşılaşmadığı bir durum karşısında nasıl bir tepki vereceğini hiçbir zaman bilemez³⁶.

Schopenhauer karakterin doğuştan geldiğini ve değiştirilemeyeceğini düşünmektedir³⁷. İnsanın var sandığı irade bir yanılısamadır³⁸. Fiillerinde özgür olan tek irade istemenin iradesidir, ancak istemenin iradesi de kördür³⁹. Bu sebeple, ayrıntıları aşağıda yer alacağı üzere, Schopenhauer insanların eğitilmesinin mümkün olmadığını, insanların ancak güdülenebileceğini düşünmektedir⁴⁰. İnsanda özgür irade mümkün olmadığı gibi doğada da özgür irade yoktur. Olan her şey zorunlu olarak gerçekleşir, olup bitenlere katı bir zorunluluk hâkimdir⁴¹. Schopenhauer böyle bir zorunluluk mevcut olmasaydı dünyanın varlığını devam ettiremeyeceğini düşünmektedir⁴². Olup biten her şey istemenin kör iradesinin eseridir.

O hâlde aynı kişinin aynı mevzuudaki farklı davranışları nasıl açıklanabilir? Bu sorunun cevabı fizikî imkânda bulunur. Schopenhauer’ın fikirleri bir örnekle somutlaştırılabilir: İçinde insan öldürmeye dair arzu taşıyan bir cani, böyle bir fiili neticesinde müebbet hapis cezasıyla cezalandırılacağını bilir. Bu sebeple arzusunu yerine getiremez. Ancak bir savaş meydanında böyle bir imkâna sahip olursa düşmanını zorunluluktan dolayı değil zevkle öldürür. Değişen karakter değil, dış koşullardır. Fail, uygun koşulları bulduğunda daima karakterini ortaya koyar⁴³.

Bu fikirler filozofun özgür iradeyi daha ayrıntılı olarak incelemesini gerektirmiştir. Schopenhauer iradenin özgürlüğünü üç bakımdan ele alır. Bunlar fiziksel, entelektüel ve ahlakî özgürlüktür⁴⁴. Fiziksel özgürlük failin fiilini gerçekleştirirken herhangi bir engelle karşılaşmaması durumunu ifade eder. Örneğin mücevheri çalmak isteyen kişi, kasa kapısı kilitli olmadığında mücevheri çalmakta fiziksel olarak özgürdür. Filozofa göre politik özgürlük, fiziksel özgürlük alanında yer almaktadır. Devlet fiziksel engellerle (örneğin kolluk güçleri, hapis tehdidi) kişileri belirli fiillerden alıkoymak ister, özgürlükleri kısıtlar⁴⁵. Entelektüel özgürlük ise failin zihnî melekelerinin tam olmasını ifade eder. Örneğin bir akıl hastası fiillerinde özgür değildir. Schopenhauer tarafından sayılan son özgürlük alanı olan ahlakî özgürlükse hukukta irade ve kusur tartışmalarının gündeme geldiği irade hürriyetinin tartışıldığı özgürlük alanıdır. Bu alanda filozof katı bir zorunluluğun mevcut olduğunu ve ahlakî karakterin değiştirilemeyeceğini düşünür.

III. SCHOPENHAUER’IN HUKUK FELSEFESİ VE CEZA ADALETİ

Schopenhauer yukarıdaki felsefi görüşlerinin yanı sıra hukuka ilişkin fikirler de ortaya koymuş bir filozoftur. Gerçekten de Schopenhauer’ın genel felsefesinin hukuka; hususiyetle devlet, adalet ve ceza gibi temel hukukî kavramlara temas eden pek çok farklı görüşü bulunmaktadır. Bu bölümde Schopenhauer’ın hukuk felsefesi görüşleri incelenecektir.

³³ MARCIN, s.853; CAF, s.33; ARSLAN s, 21, 33, 37; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.146.

³⁴ SCHOPENHAUER, HAS, s.89; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.33; MARCIN, s.845; RUGGIERI, s.151; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.78.

³⁵ SCHOPENHAUER, Arthur: The Two Fundamental Problems of Ethics (TTF), Trans. Christopher Janaway, 1. Press, Cambridge University Press, Cambridge 2009, s.68; KAYMAZ, s.39.

³⁶ SCHOPENHAUER, TTF, s.69; KAYMAZ, s.39.

³⁷ SCHOPENHAUER, HAS s.89; SCHOPENHAUER, Arthur: The World as Will and Representation v. II (WWR2), Trans. E. F. J. Payne, 1. Press, Dover Publications, Inc., New York 1966, s.597; SCHOPENHAUER, TTF, s.106; WOODS, David: "Seriously bored: Schopenhauer on solitary confinement", British Journal for the History of Philosophy, 27(5), 2019, s.962; G.V.DER KROON, Annette: "A. Schopenhauer's theory of justice and its implication to natural law", Jahrbuch der Schopenhauer-Gesellschaft 2003, 84(-), 2003, s.129; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.46, 63; KAYMAZ, s.40.

³⁸ SCHOPENHAUER, TTF, s.69; G.V.DER KROON, s.126, 129; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.59; ARSLAN, s.44.

³⁹ MARCIN, s.849; G.V.DER KROON s.125; RUGGIERI, s.147; KAYMAZ, s.45.

⁴⁰ WOODS, s.962

⁴¹ SCHOPENHAUER, TTF, s.79; KAYMAZ, s.39.

⁴² SCHOPENHAUER, TTF, s.80.

⁴³ SCHOPENHAUER, TTF, s.69; KAYMAZ, s.30. Krş. ARSLAN, s.35.

⁴⁴ Bu üç özgürlük alanıyla ilgili bakınız: KAYMAZ, s.24 vd.

⁴⁵ KAYMAZ, s.24.

A. Schopenhauer'da Hukuk ve Devlet Anlayışı

1. “Hak” Kavramı

Hukuk, Arapça bir kelime olup “hak” kelimesinin çoğuludur⁴⁶. Hukukun temelinde haklar vardır. Bu sebeple Schopenhauer'ın hukuk felsefesini incelemeye “Schopenhauer'da hak kavramı”nın incelenmesiyle başlanabilir. Schopenhauer'e göre hak, devletten bağımsız bir varlığa sahiptir. Haklar devletlerden önce de vardı. Devletler yalnızca hakkın koruyucusudur⁴⁷. Sözelimi mülkiyet hakkıyla dünyaya gelme hakkı arasında bir benzerlik vardır. Nasıl insanlar genetik miras taşıyorlarsa, aynı şekilde servet mirası da doğuştan gelen bir haktır. O hâlde Schopenhauer'da özel mülkiyet gibi liberal düşünce tarafından tanınan doğal hakların mevcut olduğunu kabul etmek gerekir. Doğal hukuk düşüncesi, tarihsel bağlama göre farklı muhtevaya bürünmekle birlikte, genel olarak siyasi iktidarın koymuş olduğu kanunların hukukun yegâne kaynağı olmadığını, devletlerden ve yürürlükteki pozitif kanunların üstünde bir hukukun mevcut olduğunu savunan hukuk felsefesi doktrinidir⁴⁸. Dolayısıyla haklar doğada (veya insanın tabiatında) kendiliğinden vardır⁴⁹. Bu düşünceler, Schopenhauer'ın da doğal hukuk yaklaşımına yakın bir anlayışa sahip olduğunu göstermektedir⁵⁰.

Filozof ahlak ile hukuk arasında da bir fark yaratmak niyetindedir. Filozofa göre hukuk insanların haksız acı çekmesinin önüne geçmek gibi “koruyucu”⁵¹ bir amaca sahipken, ahlak kuralları “kötü” denilebilecek yanlış davranışlar belirleyen normlardır⁵². Aynı şekilde hukuk sisteminin ödül ve ceza temelli bir yapıya sahip olması, hukukun insan güdülerine yöneldiğini, bu anlamda hukuka tabi olmak amacıyla yapılan fiillerin zorunlu olarak bencil eylemler olduğunu göstermektedir. Hukukî fiillerin saf ahlakî fiil olması mümkün değildir⁵³. Ahlakî normlar içe, hukuk normu dışa dönüktür.

Filozofun hakkın içeriğine dair de fikirleri vardır. “Hak” menfi bir kavramdır. Diğer bir ifadeyle Schopenhauer'a göre hak (adalet), hakkı vermek değil, haksızlık etmemektedir⁵⁴. Bunun gibi özgürlükler de menfi karaktere sahiptir. Filozofa göre özgürlük başkasının hakkına tecavüz edilmediği müddetçe her şeyi yapabilme kabiliyetini ifade eder⁵⁵. Haksızlık bir kişinin aleyhine olacak şekilde çıkar elde etmektir. Haksızlığın boyutu kişiye verilen zarar ile elde edilen kâra eşittir⁵⁶. Bu itibarla zenginden yüz taler çalmakla fakirden yüz taler çalmak arasında fark vardır⁵⁷.

Filozofa göre insanların hakları eşittir. Doğanın insanlara vermiş olduğu kudret ve kabiliyetler farklı farklı olsalar da ahlakî zeminde her insan eşit haklara sahiptir⁵⁸. Aşağıda ifade edileceği üzere, devletin görevlerinden biri de acıların homojen dağılımını tesis ederek insanlar arasında eşitlik sağlamaktır.

2. Adalet Kavramı

Schopenhauer felsefesinde adalet kavramı hukukî olmanın ötesinde ontolojik ve metafizik bir anlama sahiptir. G.V.der Kroon'a göre Schopenhauer'da üç tür adalet kavramından bahsetmek mümkündür⁵⁹. Bunlar; “ebedi-adalet”, “gönüllü-adalet” ve “zamansal-adalet veya salt yasal doktrin”dir. Buna karşın Ruggieri'ye göre Schopenhauer'da “ebedi-adalet” ve “zamansal-adalet”

⁴⁶ GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, 13. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2018, s.121.

⁴⁷ SCHOPENHAUER, WWR2, s.594; SCHOPENHAUER, HAS, s.85-86; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.80.

⁴⁸ GÜRİZ, s.137; UYGUN, Oktay: Hukuk Teorileri, 2. Baskı, On İki Levha Kitabevi, İstanbul Haziran 2020, s. 5; USLU, Cennet: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2007, s. 15-16.

⁴⁹ USLU, s. 16.

⁵⁰ Makalemizde Schopenhauer'ın doğal hukukçu olduğunu kanıtlamak gibi bir çabamız yoktur! Çalışmamızın amacı Schopenhauer'ın fikirlerini Türk doktrinine tanıtmaktır. Ancak çalışmamız neticesinde Schopenhauer'ın fikirlerinin doğal hukuk ile izahının mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır. Aradaki ilginin ayrıntısı farklı bir çalışmanın konusu olup bizim çalışmamızın maksadını aşmaktadır!

⁵¹ Devletin koruyuculuk yükümlülüğü aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁵² SCHOPENHAUER, TTF, s.210; G.-V.DER KRONN, s.3-4.

⁵³ Schopenhauer burada Kant'ın koşulsuz buyruğa dayalı ahlak anlayışına zimnen atf yapmaktadır. Daha açık bir söyleyişle Kant'ta ahlakî eylemin koşulsuz buyruğun bir sonucu olup herhangi bir fayda gütmemesi gerektiği gibi, Schopenhauer'a göre de hukukî fiiller ceza ve ödül temelli yapıya sahip olduğundan saf ahlakî eylem olamayacaktır. Bu düşünce bir sonraki başlıkta daha net anlaşılacaktır.

⁵⁴ Schopenhauer “herkese hakkını ver!” şeklindeki doğal hukuk düşüncesini “pesimist” yaklaşımıyla baş aşağı çevirmiştir.

⁵⁵ SCHOPENHAUER, TTF, s.208; SCHOPENHAUER, HAS, s.84; SCHOPENHAUER, Arthur: Parerga ve Paralipomena Cilt II (PVP), çev. Gürkan Başay/Murat Kaymaz, Ötüken Neşriyat, İstanbul 2021, §121; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.79.

⁵⁶ SCHOPENHAUER, TTF, s.210.

⁵⁷ SCHOPENHAUER, TTF, s.224.

⁵⁸ SCHOPENHAUER, PVP, §122.

⁵⁹ G.-V.DER KRONN, s.1.

olmak üzere iki çeşit adalet düşüncesi mevcuttur. Gönüllü-adaletse ebedî adaletin bir parçasıdır. Biz Ruggieri'nin yaklaşımına katılmaktayız⁶⁰.

Schopenhauer felsefesine göre ebedî-adalet istemenin doğasında var olan adalettir⁶¹. Bu adalet insan tarafından yaratılmış veya insanın müdahalesi olabilecek bir adalet değildir. İnsan ancak gönüllü olarak bu adalete tabi olmaya çalışabilir.

Ebedî-adalet iki şekilde tecelli eder: Birincisi Schopenhauer'ın varlığın aslında tek bir istemenin tezahürü olduğu, bu anlamda bireyselliğin ve bencilliğin bir yanılısamadan ibaret olduğu düşüncesiyle ilişkilidir. Buna göre zulmedenle mazlum arasında birdir, aynı varlığın tasavvurlarından ibarettir. Zulmeden zaten kendisine zulmetmektedir, mazlumsa kendisinden zulüm görmektedir. Dolayısıyla mağdur ve fail sıfatları aynı kişide, istemede, birleşmektedir. Ebedî-adaletin ikinci gerçekleşme biçimiye, Schopenhauer'ın çokça etkilenmiş olduğu uzak doğu dinlerindeki, reenkarnasyon anlayışında kendini bulmaktadır. Bu anlayışa göre zulmeden sonraki hayatında mazlum olacaktır. Öyleyse ebedî-adalet tasavvurattaki cezalandırıcı bir adalet değildir. Hakikatin özünde var olan, aşkın boyuttaki bir adalettir⁶². Ebedî-adalet varlığın özünde vardır ve kaçınılmazdır.

Ebedî-adalet transandantal bir adalettir. İnsanlar yalnızca gönüllü olarak bu adalete tâbi olabilirler. Bu durum Schopenhauer felsefesinde “gönüllü-adalet” olarak ifade edilmiştir. Bu adalet türü, “merhamet” olarak ifade edilen ahlakî edemin bir uzantısıdır. Herkes herkesle birdir ve tek olan istemenin tasavvurundan ibarettir. Ancak transandantal düzeyde birlik mevcut olsa da tasavvuratta bireysellik yasası hâkimdir. Ahlaklı kişi, diğerinin çekmiş olduğu ıstıraba bakarak duygudaşlığının farkına varan ve diğerine merhamet duygularıyla bağlanan kişidir⁶³. İşte bu merhamet, ceza korkusuyla yasaya uymak şeklindeki sözde adaletten ayrılır. Merhamet Kant'ın koşulsuz buyruk olarak ifade ettiği ahlak yasasına benzer şekilde kişinin çıkar gözetmeden ebedî adalete tabi olmasını ifade eder. Merhamete dayanan bu adalet Schopenhauer felsefesinde “gönüllü-adalet” olarak ifade edilir⁶⁴.

Schopenhauer felsefesindeki diğer adalet türüyse zamansal-adalet veya salt yasal doktrindir. Bu tür bir adalet esasında “baş aşağı dönmüş bir adale”tir⁶⁵. Zira Schopenhauer'a göre saf ahlakın gerçekleştiği bir durumda devlete ihtiyaç olmaz⁶⁶. Saf ahlakla bir arada olamayan bir adalet, gerçek bir adalet değildir. Böyle bir adalet, adaletsizliği telafi etmek için var olan bir adalettir ve tali bir değere sahiptir. Bir telafi mekanizması olan dünyevî zamansal-adalet, ebedî-adaletten farklı olarak cezalandırıcı bir özelliğe sahiptir⁶⁷. Zamansal-adalet yasalarla insanı güdülemeye çalışır, bu itibarla ahlakî zeminde değildir⁶⁸. Bir fayda beklentisi mevcuttur. Hukukun veya kanunların temsil ettiği bu adaletin bir diğer adı salt yasal doktrindir.

İki adalet türü arasındaki fark, şu örnekle daha iyi ifade edilebilir: (A) kişisi, (B) kişisini kasten yaralamıştır. Schopenhauer'a göre (A) kişisi ile (B) kişisi esasında aynı kişidir. Birisinin (A), birisinin (B) olması bir yanılısamadan ibarettir. Öyleyse ebedî-adalet boyutunda (A) kendisine kötülük etmiş, (B)'ye kendisinden kötülük görmüştür. Çünkü (A) ile (B) birdir. Olayda (B), ebedî-adalet tabi olmak suretiyle (A)'ya merhamet gösterir, esasında aynı kişi olduklarının farkına varıp ona verilecek cezayla esasında kendisine acı verileceğini fark ederse gönüllü-adalet gerçekleşecektir. Ancak tasavvuratta işler bu şekilde yürümektedir. Düzenin mevcut olabilmesi, (A) gibilerin güdülenebilmesi⁶⁹, benzer hadiselerin tekrar yaşanmaması için (A)'nın bir cezaya çarptırılması gerekir. Bu ceza zamansal-adaletin bir gereğidir. Şayet insanlar birbirilerini yaralamasaydılar böyle bir adalete ihtiyaç kalmazdı. Bu bakımdan zamansal-adalet telafi edici bir adalet türüdür, esasında adil değildir.

⁶⁰ Schopenhauer üç çeşit adaletten bahsetmektedir. Der Kroon bu sebeple üçlü ayrıma gitmektedir. Ancak Schopenhauer düşüncesine göre ebedî-adalet varlığın kendinden sahip olduğu adaleti, zamansal-adalet ise hukuk düzenini tarafından yaratılan adaleti ifade etmektedir. Üçüncü adalet tipi olan gönüllü-adalet, ebedî-adaletle kişinin gönüllü tabiyetini ifade ettiğinden Ruggieri'ye göre ebedî-adaletin bir parçası olarak ele alınması gerekmektedir. (Bkz. G.-V.DER KRONN, s.121; RUGGIERI, s.151.)

⁶¹ G.-V.DER KRONN, s.121.

⁶² G.-V.DER KRONN, s.121-122.

⁶³ Schopenhauer felsefesinde merhamet kavramının anlamını daha ayrıntılı olarak hatırlamak için Schopenhauer'ın genel felsefesi bölümüne müracaat edilebilir.

⁶⁴ G.-V.DER KRONN, s.3; RUGGIERI, s.151.

⁶⁵ RUGGIERI, s.148.

⁶⁶ SCHOPENHAUER, PVP, §123; RUGGIERI, s.150.

⁶⁷ Aşağıda Schopenhauer'ın Ceza teorisi incelenirken Schopenhauer'ın bu konudaki düşünceleri daha ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

⁶⁸ ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.73.

⁶⁹ “Güdülenebilmek” ifadesinin anlamı çalışmanın ilerleyen bölümlerinde daha anlaşılır olacaktır.

3. Devletin Kökeni

Schopenhauer doğal yaşamın tehditlerle dolu olduğunu, insanların bu tehditlerle tek başına başa çıkamayacaklarını düşünmektedir. Devlet, varlık sebebini tehditlerde ve adaletsizliklerde bulur. Ona göre insanlar korunmak amacıyla bir araya gelerek bir “*koruma kurumu*” yaratmışlardır. Bu kurum devlettir⁷⁰. Görüldüğü gibi Schopenhauer, devletin kökenini açık bir şekilde sosyal sözleşmede bulmaktadır⁷¹.

Schopenhauer’a göre “*sana nasıl davranılmasını istiyorsan, sen de başkalarına öyle davran*” ilkesi rasyonel adaletin en yüce ilkesidir. Bu ilkenin temelinde duygudaşlığa dayanan merhamet düşüncesi yer almaktadır. Merhamet filozofa göre doğa durumunda bile mevcut olan duygudur. Zira merhamet duygusu, insan bencilliğini yumuşatarak türün varlığının sürdürülmesine katkı sağlar. Bu duyguyla doğa durumunda bile güçlü bir hırsız, zayıf bir çocuğu soymaktan çekinir⁷². Merhametin erdemlerin ilki olduğu düşüncesi her çağda ve ülkede ahlakın kaynağını teşkil etmiştir⁷³. Schopenhauer’ın bu düşünceleri evrensel bir ahlak anlayışı benimsediğini, devletten önce bir doğa durumunun mevcut olduğunu ve insanların bir sözleşmeyle devleti kurdukları şeklinde pek çok doğal hukukçu tezle paralellik arz etmektedir⁷⁴.

Schopenhauer’a göre sözleşmeyle kurulan devletin bazı görevleri mevcuttur. Bunlardan ilki “*dış koruma*”dır. Dış koruma, devletin vatandaşlarını doğal güçlerden ve yabancı insanlardan korumasıdır⁷⁵. Zira “*insan insanın kurdudur*” (*homo homini lupus*)⁷⁶. Doğadaki her canlıda arzu ve egoizm vardır. Ancak bilinç seviyesi en yüksek olan insanda egoizm had safhadadır⁷⁷. Bu sebeple insan vahşi ve adaletsiz bir tabiata sahiptir. Her insan başlangıçta istemenin ve arzularının eseri olarak şiddete ve adaletsizliğe meyillidir⁷⁸. Bunun anlaşılabilmesi için suç hikayelerine ve anarşi durumlarına bakmak yeterlidir⁷⁹. İnsanlar bencil olduklarından başkalarına acı vermeyi arzularını tatmin için mubah saymaktadır⁸⁰. Devlet ortadan kalksa, tabiatları gereği bencil olan insanlar hemen vahşet hâline geri döneceklerdir⁸¹. Schopenhauer bu düşüncesini şöyle bir aforizmayla dile getirmiştir: “*Devletler, insanların sınırsız adaletsizliğine bir set çekme önleminde başka nedirler ki?*”⁸²

Schopenhauer’ın bu düşünceleri açıkça Hobbes’un fikirlerini hatırlatmaktadır⁸³. Gerçekten de Schopenhauer devletin ortaya çıkışını çok defa Hobbes, Locke ve Rousseau gibi sosyal sözleşmeciler filozoflara atıfla açıklamıştır. Schopenhauer’a göre Hobbes devletin kökenini tamamen doğru bir şekilde ortaya koymuştur⁸⁴. Hobbes’un fikirleri hatırlanacak olursa Hobbes’a göre “*insan insanın kurdudur*”. İnsanlar doğa durumundayken sürekli bir savaş hâlinededirler. Böyle bir savaş durumunun devamı mümkün olmadığından insanlar bir araya gelerek güçlerini üstün bir otoriteye devretmişler, böylece otorite altındaki eşitler olarak barış içinde yaşamaya başlamışlardır. Bu üstün otorite devlettir⁸⁵. Bununla birlikte Schopenhauer Hobbes ve Rousseau’nun “doğa durumu” konusundaki ihtilafına da değinerek her ki düşünürün fikirlerini de eleştirmektedir⁸⁶. Ancak Rousseau’nun insanın tabiatında merhamet duygusunu taşıdığı yönündeki görüşüyle Hobbes’taki büyük eksikliği fark ettiğini düşünmektedir⁸⁷. Filozof fikirlerinin “*tüm modern çağın en büyük ahlakçısının otoritesi*” olan J. J. Rousseau’ya dayandığını ifade ederek onu “*bilgeliğini kitaplardan değil hayattan alan insan kalbinin*

⁷⁰ SCHOPENHAUER, WWR2, s.594; SCHOPENHAUER, HAS, s.86; G.-V.DER KRONN, s.3; RUGGIERI, s.148.

⁷¹ G.V.DER KROON, s.124.

⁷² SCHOPENHAUER, TTF, s.233.

⁷³ SCHOPENHAUER, TTF, s.235.

⁷⁴ USLU, s. 9; ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 1. Baskı, Der Kitabevi, İstanbul 2014, s. 69; UYGUN, s. 55.

⁷⁵ SCHOPENHAUER, WWR2, s.594; SCHOPENHAUER, HAS, s.86; G.-V.DER KRONN, s.4; RUGGIERI, s.149.

⁷⁶ Hobbes’a açık bir gönderme... SCHOPENHAUER, WWR2, s.594; SCHOPENHAUER, HAS s.86; İMAMOĞLU, s.113; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.45.

⁷⁷ SCHOPENHAUER, WWR1, s.359; SCHOPENHAUER, İTD, s.247; RUGGIERI, s.145.

⁷⁸ SCHOPENHAUER, TTF, s.204; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.120.

⁷⁹ SCHOPENHAUER, TTF, s.188,149.

⁸⁰ SCHOPENHAUER, TTF, s.194; RUGGIERI, s.146.

⁸¹ SCHOPENHAUER, TTF, s.188, İMAMOĞLU, s.114; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.45.

⁸² SCHOPENHAUER, Arthur: Yaşam Bilgeliği Üzerine Aforizmalar (YBÜ), Çev. Mustafa Tüzel, 5. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Kasım 2008, s.173.

⁸³ Schopenhauer’ın temel kitaplarındaki Hobbes atıfları için bkz. SCHOPENHAUER, WWR1, s.38,330,359,368,372; SCHOPENHAUER, WWR2, s.227,233; SCHOPENHAUER, TTF, s. 91,92,172,232.

⁸⁴ SCHOPENHAUER, WWR1, s. 372. Aynı doğrultuda bkz. a.g.e., s. 476.

⁸⁵ Hobbes’un düşünceleri için bkz. HOBBS, Thomas: Leviathan, Çev. Semih Lim, 13. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul Ocak 2014, s.101; İŞIKTAÇ, s. 144; ÖKTEM/TÜRKBAŞ, s.438; UYGUN, s.72-73.

⁸⁶ SCHOPENHAUER, HAS, s. 65.

⁸⁷ SCHOPENHAUER, TTF, s. 32.

derin bilicisi”, “*önyargının düşmanı*”, “*doğanın öğrencisi*”, “*doğanın sıkıcı olmadan ahlak yapabilmeye yeteneğini bahsettiği yegâne kişi*” sıfatlarıyla tanımlanmaktadır⁸⁸.

Schopenhauer’ın düşünceleri bir yönüyle de Locke’u hatırlatmaktadır. Özellikle devletin bir “koruma kurumu” olarak tanımlanması ve devlete yalnızca “güvenlik/jandarma” rolü verilmiş olması Locke’a ait bir düşüncedir⁸⁹. Filozof bunun dışında da hukukî normların ceza veya ödülle desteklenmesinin gerekliliği gibi pek çok hususta Locke’a atıfta bulunmaktadır⁹⁰.

Filozofa göre devletin bir diğer amacı “iç koruma”dır⁹¹. İnsanlar her ne kadar bencil olsalar da devlet tarafından bir düzen içerisine sokulmuşlardır. Schopenhauer’a göre devletin bir amacı da bu eşitlik halinin devamını sağlayarak insanların bencilliklerinin ortaya çıkmasını engellemektir⁹². Devletin koymuş olduğu kanunlarla acılar eşitlenerek homojen bir dağılım gösterecek böylece olabildiğince minimize edilecektir⁹³.

Devlet, son olarak, vatandaşların hakkını kendisine karşı da korumalıdır⁹⁴. İnsanların bitmek bilmeyen arzulara sahip olduğunu düşünen Schopenhauer’a göre bu korumanın yolu devlet başkanının arzularının tatmin olmasından geçmektedir. Devlet başkanı öylesine tatmin olmuş olmalıdır ki, artık insanlara gıpta edeceği ve insanlardan korkacağı bir şey olmasın⁹⁵. Bu sebeple Schopenhauer’a göre monarşi büyük bir değere sahiptir⁹⁶. Halk kendi çıkarını tespit etmekten uzaktır, bu sebeple demokratik sistemlerde halk demagogların eline düşmekten kurtulamaz⁹⁷. Hükümdar halkın tecessüm etmiş hâlidir⁹⁸.

Tüm bu amaçlar Schopenhauer’a göre “koruma amacı”nın görünümüdür⁹⁹. Devletin kişinin şahsî haklarını ve mülkiyetini korumayı üstlenmesiyle birlikte doğal bir hak olan ihkak-ı hak ortadan kalkmış, düzen kurulmuş olacaktır¹⁰⁰. Devletin asli vazifesi bu koruma ödevleridir. Devlet söz konusu koruma amacı dışında bir amaca yönelirse koruma amacını tehlikeye atması anlamına gelir. Bu nedenle devletin başkaca bir amacı olmamalıdır¹⁰¹.

B. Schopenhauer’da Ceza Adaleti

Schopenhauer’ın genel felsefi düşüncesine göre, bireysellik ilkesinin bir gereği olarak insanlar bencildir. Bu bencilliği sınırlamak için kimi kurumlar var olmuştur. Bu kurumların başında elbette din ve ahlak gelir. Schopenhauer ahlak ve din gibi kurumların düşük algı seviyesindeki insanlar için bir anlam ifade etmediğini, zira soyut düşünme kabiliyeti düşük olan bu insanların öldükten sonra karşılaşacakları bir ödül veya cezadan etkilenmelerinin mümkün olmadığını düşünmektedir¹⁰². İnsan karakteri anlık hazzı ileride geleceği meçhul olan bir ceza tehdidinin önüne koymaktadır¹⁰³. Öyleyse bu kişilerin hemen ve “burada” bir tehditle korkutulması gerekir. Ancak bu şekilde aşağı algı seviyesindeki insanların düzene uymaları sağlanabilir. Bir kişi suç işlemeye karar verdiğinde aklına gelecek olan şey yakalanma ihtimali ve alacağı cezadır. Yakalanmayı ve kanunda belirtilen cezaya çarptırılmayı göze alan bir kişiyi artık ahlakın veya dinin durdurması nadiren mümkün olabilir¹⁰⁴. O hâlde düzeni sağlayacak olan ahlak veya din değil, ceza hukukudur¹⁰⁵.

⁸⁸ SCHOPENHAUER, TTF, s. 232.

⁸⁹ LOCKE, John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, 3. Baskı, Ebabil Yayınları, Ankara 2016, s. 155-156; İŞIKTAÇ, s. 159; ÖKTEM/TÜRKBAĞ, s. 175; UYGUN, s. 15.

⁹⁰SCHOPENHAUER, TTF, s. 128. Schopenhauer’ın temel kitaplarındaki Locke atıfları; SCHOPENHAUER, WWR1, s.61,444,445,475,503,504,505,551; SCHOPENHAUER, WWR2, s.10,12,19,20,21,40,41,82,193,272,285, 302,313,582,585,645; SCHOPENHAUER, TTF, s.21,22,74,99,128,153.

⁹¹ SCHOPENHAUER, WWR2, s.594; SCHOPENHAUER, HAS, s.86; G.V.DER KROON s.124; RUGGIERI, s.149.

⁹² SCHOPENHAUER, Arthur: Din Üzerine (DİN), Çev. Ahmet Aydoğan, 2. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2011, s.15; VAHAPOĞLU BİNDESEN, s.45.

⁹³ G.V.DER KROON, s.124.

⁹⁴ SCHOPENHAUER, WWR2 s.595; SCHOPENHAUER, HAS, s.86; G.V.DER KROON s.124, RUGGIERI, s.149.

⁹⁵ ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.85.

⁹⁶ SCHOPENHAUER, WWR2 595, SCHOPENHAUER, HAS, s.87; RUGGIERI, s.148.

⁹⁷ SCHOPENHAUER, PVP, §126.

⁹⁸ SCHOPENHAUER, PVP, §127.

⁹⁹ ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.80.

¹⁰⁰ SCHOPENHAUER, YBÜ, s.83.

¹⁰¹ SCHOPENHAUER, WWR2, s.596, SCHOPENHAUER, HAS, s.87; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.81.

¹⁰² İMAMOĞLU, s.51.

¹⁰³ Ünlü mafya lideri AlCaponno’ya izafe edilen ünlü bir hikâye vardır: Çocukluğunda bisiklete sahip olmak isteyen AlCaponno Tanrı’ya çok dua etmiş fakat bir bisikleti olmamıştır. Sonra Tanrı’nın çalışma metodunun bu olmadığını fark ederek bir bisiklet almış ve her gece Tanrı’ya kendisini affetmesi için dua etmeye başlamış.

¹⁰⁴ SCHOPENHAUER, TTF, s.275. SCHOPENHAUER, DİN s.105’te de Schopenhauer “Bir Diyalog” bu ifadeleri Philalethes’e söyleterek kendi düşüncelerini ifade etmektedir.

¹⁰⁵ İMAMOĞLU, s.67.

1. Cezanın Amacı

Schopenhauer'a göre cezalandırmanın amacının ıslah olduğu düşüncesi sorunlu bir yaklaşımdır. Eğitim bir iyilikken ceza kötülüktür. Cezalandırmayla bir insana hem iyilik hem de kötülük yapılması mümkün değildir. Hapishanelerin birer eğitim kurumu olduğu düşünülecek olursa, buralara girebilmenin suç işlemekle mümkün olmasını Schopenhauer “üzüntü verici” olarak nitelendirmiştir¹⁰⁶. Bunun yanında suçların nedeni çoğunlukla eğitimsizlik değil, ahlakî karakterdir. Ahlakî karakter doğuştandır ve değiştirilmesi mümkün değildir¹⁰⁷. Ahlaksız kimselerin zorlamayla ahlaklı kişiler hâline geleceklerine inanmak Schopenhauer'a göre meşe ağacının zorlamayla kayısı meyvesi vereceğine inanmaktan ya da kurşunun baskıyla altına dönmesini beklemekten farksızdır¹⁰⁸.

Bu gerekçelerle Schopenhauer cezanın caydırıcılığı üzerinde durmuştur. Ona göre cezanın asıl amacı caydırıcılıktır. Hukuk, cezalar aracılığıyla insanları yasak fiillerden caydırır¹⁰⁹. Böylece kötü ve suça mütemayil karakterli müstakbel suçlu ceza korkusuyla suçu işlemekten kaçınacaktır. İnsan iradesi özgür değildir. İnsan fiillerini yönlendiren muharrik istemenin dayattığı arzulardır. Arzuların zorlamasıyla insanlar suça sürüklenmektedir¹¹⁰. Öyleyse eğiterek davranışların değiştirilmesi mümkün değildir. Ancak arzular (güdü/motif) etkilenecek insan davranışlarına yön verilebilir. Ceza da arzuları etkileyerek caydırıcılık fonksiyonuyla doğrudan kişilerin acıdan kaçan hazza koşan egosuna tesir etmekte, böylece fiili karşılığında cezalandırılacağını gören failin güdülenmesini mümkün kılmaktadır¹¹¹. İrade hürriyetinin mevcut olmaması kişileri cezalandırmaya engel değildir. Zira bu ceza tehdidi dolayısıyla yukarıda sayılan sebeplerle olası suçluların arzuları etkilenecek suç işlemekten cayacaklardır¹¹². O hâlde ceza kanunlarını bir çeşit “*suç eylemlerine karşı güdüler kataloğu*” olarak ifade edilebilir¹¹³.

Schopenhauer cezaların kefarete olduğu düşüncesine de karşı çıkmaktadır. Böyle bir ceza yalnız bir intikamdan ibarettir. Halbuki Schopenhauer'a göre intikam kötü bir ruh hâlinin tezahürüdür¹¹⁴. Çünkü intikam ve öç duygularına sahip bir kişi kötülüğe kötülükle karşılık vermektedir. Böyle bir kişi için ceza amaçtır. Kişi hiçbir faydası olmadığı hâlde faile işkence ederek bundan zevk alır¹¹⁵. Schopenhauer varisi olarak gördüğü Kant'ın kefarete düşüncesine de şiddetle karşı çıkar ve “*böyle bir öğretiyi Kant'a ait olsa bile saçma, anlamsız ve tamamen haksızdır*” diyerek bir insanın diğer bir insanı yargılamasına ve günahları uğruna ona eziyet etmesine anlam veremediğini dile getirmektedir¹¹⁶.

Schopenhauer'ın caydırıcılık üzerine düşünceleri onun teşebbüse ilişkin yaklaşımını da belirlemiştir. Cezaların amacı intikam almak değil, cezalandırmaktır. O hâlde teşebbüs aşamasında kalan eylemler de cezalandırılmalıdır. Neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesi kefarete açısından önem arz edebilir. Ancak şayet olası failerin suç fiilinden uzak durması isteniyorsa, suça giden yolun önceden kesilmesi adına suça yönelik girişimi ifade etmekte olan teşebbüs de cezalandırılmalıdır¹¹⁷.

Tüm bu gerekçelerle Schopenhauer'a göre ceza hukukunun “fail ceza hukuku” değil, “fiil ceza hukuku” olması gerekir¹¹⁸. Mücadele edilmesi gereken failin şahsı değil, işlediği fiildir. Fail, yukarıda da ifade edildiği üzere, karakterinin değiştirilmesi mümkün olmayan bir yapıya sahiptir. Ancak fiilin cezalandırılması olası benzer fiiller için caydırıcı olabilir. Diğer bir deyişle Schopenhauer'a göre hukuk düzeninin mücadelesinin öznesi fail değil, failin haksızlık içeriğine sahip fiildir.

2. Orantılılık

Schopenhauer, suç ve ceza arasında bir orantı olması gerektiğini savunur. Suç ve ceza arasındaki orantı belirlenirken cezalandırmak suretiyle önlenecek zarar ya da haksızlığın büyüklüğüyle kişiyi suça zorlayan güdünün zorlayıcılığı da hesaba katılmalıdır. Örneğin o dönem Polonya kanunlarında yer alan

¹⁰⁶ SCHOPENHAUER, HAS, s.90, SCHOPENHAUER, WWR2, s.597.

¹⁰⁷ Bkz. “Ahlak Felsefesi” başlıklı bölüm.

¹⁰⁸ SCHOPENHAUER, TTF, s.72,240; KAYMAZ, s.43.

¹⁰⁹ SCHOPENHAUER, HAS, s.89, SCHOPENHAUER, WWR2, s.597; WOODS, s.963; G.V.DER KROON s.126; RUGGIERI, s.149; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.82.

¹¹⁰ RUGGIERI, s.146.

¹¹¹ SCHOPENHAUER, HAS, s.91, SCHOPENHAUER, WWR2 s.598. SCHOPENHAUER, TTF, s.110,112; WOODS, s.962.

¹¹² SCHOPENHAUER, TTF, s.112; WOODS, s.962.

¹¹³ SCHOPENHAUER, TTF, s.111.

¹¹⁴ SCHOPENHAUER, DİN, s.127,

¹¹⁵ WWR, s.391; SCHOPENHAUER, İTD s.265; G.V.DER KROON s.126.

¹¹⁶ SCHOPENHAUER, TTF, s.112

¹¹⁷ SCHOPENHAUER, HAS, s.91, SCHOPENHAUER, WWR2, s.598.

¹¹⁸ SCHOPENHAUER, HAS, s.89, SCHOPENHAUER, WWR2, s.597; ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.82.

yaban öküzü öldürmenin karşılığı olarak idam cezası verilmesi Schopenhauer'a göre orantısız bir cezadır. “*Yaban öküzü türünün korunması insan hayatıyla satın alınamaz*”¹¹⁹.

Herkesin herkesle yaptığı bir sözleşmeyle toplumsal yaşam kurulmuştur. Bu sözleşme gereğince güvenlik ve barış için herkes canını teminat göstermiş, karşılığında da herkesin canını teminat olarak almıştır. Bu hâlde Schopenhauer'a göre ceza bir boyutuyla da rehine benzetilmektedir. Nasıl ki özel hukuk ilişkilerinde sözleşmeye aykırılık hâlinde alacaklı rehin vasıtasıyla orantılılık şartı da dikkate alınarak alacağını tatmin edebiliyorsa, ceza verilirken de failin rehin olan canına -yine ölçülülük kaydıyla- başvurulabilecektir. Yurttaşların hayatlarını güven içinde hissedebilmeleri için canlarının karşılığı olarak can teminatını elinde bulundurmaları, diğer bir tabirle idam cezası mevcut olmalıdır¹²⁰. Filozofa göre idam cezalarının kaldırılmasını istemek hatalı bir yaklaşımdır. Zira idam cezalarının sebebi cinayet suçudur. Filozof bu noktada tersten bir akıl yürütme yaparak idam cezalarının kaldırılması isteniyorsa evvela cinayetlerin sonlandırılması gerektiğini söyler¹²¹.

Yine Schopenhauer ilginç bir şekilde bedensel cezaların kaldırılmasına karşı çıkmaktadır. Filozofa göre dünyada onca felaket varken bedensel cezaların bir felaket olarak gösterilmesi doğru değildir. Mülk sahibi olmadığı için mülkü elinden alınamayacak, özgürlüğünden alıkoymanın da faydadan çok zarar getireceği kişiler söz konusu olduğunda bu kişileri dayakla cezalandırmak ucuz ve doğal bir yöntem olacaktır. Schopenhauer'a göre kırbaçlama cezası da oldukça uygun bir cezalandırma yöntemidir¹²². Filozof, bedensel cezalara karşı çıkılırken “insan haysiyetine” dayanılmasını “kınayarak” bunları boş sözler olarak nitelemektedir¹²³. Schopenhauer “demokrasi”, “insan hakları” ve “hukukun üstünlüğü” gibi kavramların çağının “*trinite sacres*”i olduğunu, gizli emellerin aleti olarak kullanılan bu kavramların artık kimseye inandırıcı gelmeyen “martavallar” olduğun düşünmektedir¹²⁴.

Bedensel cezaları savunan filozof iş hücre ve kapatılma cezası gibi tecrit cezalarını geldiğinde bu cezaları sert bir şekilde eleştirmektedir. Schopenhauer'a göre Amerikan ceza sistemi suçlunun karakterini ve kalbini geliştirmeyi hedef almaz. Zaten kişinin karakterinin değiştirilmesi mümkün değildir. Buna karşın Amerikan ceza sistemi kişilere ahlaklı ve hukuka saygılı bir birey olmanın daha kolay ve bireysel çıkar açısından faydalı bir yol olduğunu göstererek suçluları hukuk kurallarına saygılı bireyler hâline getirmeye çalışır¹²⁵.

Bununla birlikte Philadelphia'nın katı cezalandırma sisteminde mahkûmların tecrit edilmesi suretiyle “can sıkıntısı” bir cezalandırılma metodu olarak kullanılır. Philadelphia'nın katı cezalandırma sisteminde mahkûmların can sıkıntısına terk edilmiş olması Schopenhauer'a göre korkunçtur¹²⁶. Filozof böylesine ağır bir cezalandırmanın mahkûmların intihar etmesine sebebiyet verdiğini yazar¹²⁷.

Mahkûmun tecridi anlamına gelen hücre cezası başarısız bir cezadır. Zira her şeyden önce caydırıcılık amacını sağlayamamaktadır. Bu cezayı yalnızca çeken bilir, öyleyse böyle bir ceza müstakbel failler için caydırıcı olamaz¹²⁸. Diğer taraftan böyle bir cezalandırma görüldüğünden çok daha korkunçtur. Dolayısıyla hücre hapsi cezanın biricik amacı olan caydırıcılığı sağlamakta yetersiz olduğu hâlde insanlara gereğinden fazla ıstırap veren bir sistemdir¹²⁹.

¹¹⁹ SCHOPENHAUER, HAS, s.90-91; SCHOPENHAUER, WWR2, s.598.

¹²⁰ SCHOPENHAUER, HAS, s.90; SCHOPENHAUER, WWR2, s.598.

¹²¹ SCHOPENHAUER, HAS, s.90; SCHOPENHAUER, WWR2, s.598.

¹²² Filozofun bugünün hâkim ceza hukuku paradigması bakımından kabul edilemez olan bu fikirleri kendi zamansallığı içerisinde ele alınmalıdır. 18. yüzyılda yaşamış olan filozof için bedensel cezaların kaldırılması tartışmaları henüz yeni tartışmalardır. Modern ceza hukukunun yeni doğmaya başladığı bir tarihî dönem içerisinde yaşamış filozof bu fikirlerinden dolayı kınanmamalıdır.

¹²³ SCHOPENHAUER, YBÜ s.89; SCHOPENHAUER, DİN, s.138.

¹²⁴ SCHOPENHAUER, YBÜ, s.13.

¹²⁵ SCHOPENHAUER, TTF, s.71, 240; benzer yönde ÇALIŞKAN AKÇETİN, s.82.

¹²⁶ “Can sıkıntısı” kavramının Schopenhauer düşüncesindeki önemi için “Varlık Felsefesi” başlığına bakınız.

¹²⁷ SCHOPENHAUER, İTD s.233; SCHOPENHAUER, WWR1, s.340

¹²⁸ SCHOPENHAUER, HAS, s.90; SCHOPENHAUER, WWR2 s.597; WOODS, s.963.

¹²⁹ WOODS, s.963. Ülkemizde özellikle 20'nci yüzyılın sonlarıyla 21'inci yüzyılın başları ceza infaz kurumu tartışmalarıyla geçmiştir. Koşuş sistemi hapisanelerde terör örgütlerinin hâkimiyeti ve devletin hapisanelerde hâkimiyeti sağlayamaması koşuş sisteminin terk edilerek F tipi ceza infaz kurumu sistemine geçilmesi sonucunu doğurmuştur(PARLAK, Cansu: Türkiye'de Siyasal Hayat ve Cezaevleri: Hayata Dönüş Operasyonları Üzerine Bir İnceleme, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018, s.58). Bu amaçla yapılan Hayata Dönüş Operasyonları ve bu operasyonlardaki can kayıpları kamuoyunun gündemini uzun süre meşgul etmiştir(PARLAK, s.58 vd.). Yine koşuş sisteminin yerine ikame edilen ve genellikle terör örgütü mensuplarının cezalarının infaz edildiği F tipi yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarındaki sistemin insaniliği, temel hak ve hürriyetler açısından değeri gerek siyasal düzlemde, gerekse hukukçular arasında bir tartışma konusu hâline gelmiştir(PARLAK, s.61). Söz konusu tartışmalar çeşitli zamanlarda hukukçuların gündemine gelmektedir(BACAKSIZ, Pınar: “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16(Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan Özel Sayısı), 2015, s.4935). Yabancı

3. Schopenhauer’ın Ceza Adaleti Yaklaşımının Değerlendirilmesi

Schopenhauer’ın ceza adaleti yaklaşımı ele alınmadan evvel Schopenhauer için cezalandırıcı bir adalet anlayışının tali, hatta “baş aşağı bir adalet”in temsili olduğu hatırlanmalıdır¹³⁰. Schopenhauer’ın ceza adaleti yaklaşımı incelendiğinde düşüncelerinin cezanın “caydırıcılık” amacı temelinde şekillendiği görülmektedir. Ceza teorileri arasında caydırıcılık fonksiyonu üzerinde duran teori Sosyal Fayda Teorisi’dir. Sosyal Fayda Teorisi, bir Klasik Okul teorisi olup diğer Klasik Okul düşüncesi olan Mutlak Adalet Teorisi gibi ceza sorumluluğunun temelini kusur ilkesine dayandırmaktadır. Klasik Okul düşüncesine göre insanlar irade hürriyetine sahiptirler ve iradî olarak işledikleri fiillerin sorumluluğuna da katlanmaları gerekir¹³¹. Bununla birlikte Klasik Okul teorilerinden Kant’ın savunmakta olduğu Mutlak Adalet Teorisi’ne göre cezalandırmada fayda güdülmemesi ve suç işleyen bir kişiye pratik aklın saf koşulsuz buyruğu olarak ceza uygulanması gerekirken, Sosyal Fayda Teorisi düşünürlerine göreyse cezalandırmanın meşru olabilmesi için fayda sağlaması gerekir. Cezalardan toplumsal bir fayda elde edilebilmesiyle cezaların infazında iki amaç gütmeyi gerektirir: Genel önleme (caydırıcılık) ve özel önleme (ıslah)¹³².

Her ne kadar Schopenhauer’da cezalandırmanın amacı caydırıcılık olsa da filozofa göre insanlarda özgür irade mevcut değildir; insan karakteri doğuştan ve değiştirilmezdir¹³³. Schopenhauer’ın caydırıcılık düşüncesinin irade hürriyetine değil de, güdülere dayanıyor olması filozofun Sosyal Fayda Teorisi’nden ilk ayrımıdır. Bununla birlikte filozofun Sosyal Fayda Teorisi’nden esas ayrımı karakterin değiştirilemezliği düşüncesiyle birlikte cezanın ıslah fonksiyonunun reddedilmesinde ortaya çıkmaktadır. Öyleyse Schopenhauer’ın Sosyal Fayda Teorisi düşüncesinden ayrıştığı ifade edilmelidir.

İnsan özgürlüğünü reddeden filozofun görüşleri pek çok noktada Biyolojik Teori¹³⁴ yaklaşımına yakın bir anlayış arz etmektedir. Biyolojik Teori felsefî pozitivizm üzerine inşa edilmiş bir yaklaşımdır. Pozitivist felsefe geleneğine uygun olarak irade hürriyetini reddeden Biyolojik Teori, determinist bir düşünce benimseyerek insan fiillerini diğer doğa olaylarıyla aynı gözle incelemiştir. Bu düşünceye göre insanı suça yönelten ahlakî kötülük ve iradî fiiller değil; kişinin biyolojik, sosyolojik ve psikolojik özellikleridir¹³⁵. Biyolojik teori bu fikirleri doğrultusunda “doğuştan suçluluk” kavramını üretmiştir¹³⁶. Fiillerinde özgür olmayan insanların ceza sorumluluğunun temelinde ahlakî kötülük olmadığından, kötülüğün ödettirilmesi anlamında kefarete ceza sorumluluğunun temeli olamaz. Bunun yanında Sosyal Fayda Teorisi müellifleri yanlış bir amaç benimsemiş olup cezalandırılarak ıslah edilmeleri veya ceza ile olası faillerin cezadan korkarak suç işlemekten vazgeçmeleri insanlar özgür iradeye sahip olmadıklarından mümkün değildir¹³⁷. Bu sebeple Biyolojik Teori ceza sorumluluğunun esasını toplumsal tehlikelilikte aramaktadır¹³⁸. Fail suçun sorumlusu değildir, ancak suç işlemeye meyyal bir metabolizmaya sahiptir. Öyleyse toplum failden korunmalıdır. Bunun yolu da cezalandırma değil, tedavidir¹³⁹.

Schopenhauer’ın düşüncesini Biyolojik Teori’yle mukayese ettiğimizde her şeyden önce filozofun karakterin değişmezliği ve dolayısıyla suça yönelimin doğuştan olduğu fikri bize Biyolojik Teori düşüncesiyle paralellik göstermektedir. Ancak Biyolojik Teori’ye göre -Schopenhauer’dan farklı

literatürde tecrit sistemi incelenirken Schopenhauer’a atıflar yapılmakta, Schopenhauer’ın eleştirileri değerlendirilmektedir. Ülkemizde de önemli bir tartışma konusu olan ve güncelliğini koruyan tecrit sistemi ve F tipi yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarının insaniliğinin değerlendirilmesinde Schopenhauer’ın fikirlerinin ufuk açıcı olacağı kanaatindeyiz. (Schopenhauer’ın “can sıkıntısı” kavramı ile “hücre cezası” üzerine yapılan tartışmalara örnek olması adına bkz. WOODS, s.959-978).

¹³⁰ Filozofun fikirleri hatırlanacak olursa, filozofa göre ebedi-adalette ceza söz konusu olamaz. Adaletsizlik ve kötülük tasavvura aittir. Tasavvurdaki bu kötülüğün minimize edilmesi, toplumsal düzenin sağlanması için ceza bir araç olarak mevcuttur.

¹³¹ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.102.

¹³² DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti., 5. Basım, İstanbul 1973, s.101.

¹³³ Filozofun karakterin değiştirilemezliği ve irade hürriyetinin reddine ilişkin görüşlerini hatırlamak için I.C.2. Ahlak Felsefesi başlıklı bölüme bakınız.

¹³⁴ Biz doktrinde “Pozitivist Teori” olarak da ifade edilen bu teoriyi “Biyolojik Teori” olarak ifade etmeyi tercih ettik. Böylece karışma ihtimali bulunan Hukukî Pozitivizmle ayırt etmek istedik. Biyolojik teori felsefî (ontolojik) anlamda bir pozitivizmle ifade etmekte olup suçluluğun temellerini insan metabolizmasında ve pozitif etmenlerde aramaktadır.

¹³⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.103.

¹³⁶ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.104.

¹³⁷ TANER, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. Basım, İstanbul 1953, s.59.

¹³⁸ DÖNMEZER/ERMAN, s.75,84; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.104.

¹³⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s.103.

olarak- cezanın amaçlarından bir tanesi doğuştan suçlu olan kimselerin tedavi edilerek anti-sosyal kişiliklerinin ortadan kaldırılmasıdır. Cezanın amacı caydırmak vasıtasıyla müstakbel suçluları güdülemek ve suçların önüne geçmek olduğundan Schopenhauer Biyolojik Okul düşüncesinden de ayrılmaktadır¹⁴⁰.

IV. SONUÇ VE ÖNERİLER

Çalışmamızda filozof Schopenhauer'ın hukuk felsefesi ve ceza adaleti yaklaşımı incelenmiştir. Çalışma kapsamında öncelikle filozofun kendisini varisi olarak takdim ettiği Immanuel Kant'ın fikirlerine kısaca değinilmiş ve Schopenhauer'un genel felsefesi tanıtılmıştır. Daha sonra filozofun hukuk felsefesi incelenmiştir. Böylece filozofun bizce hukuk felsefesi açısından dikkate değer olan fikirlerine dikkat çekilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde Schopenhauer'ın varlık felsefesi ve ahlakî yaklaşımı incelenmiştir. Bu bölümde filozofun isteme ve tasarım kavramları açıklanmıştır. Görülmüştür ki filozofa göre kendinde-şey olan isteme, fenomenler dünyasını ifade etmekte olan tasavvuratta arzular aracılığıyla insanı bencil ve egoist yapar. Halbuki istemede ben ve öteki aynıdır. İnsan karakteri değişmezdir, dahası insan kendi karakterine de yabancıdır. Bu sebeple insanda olduğu sanılan irade hürriyeti bir yanılmadan ibarettir, iradeye sahip olan tek varlık kendinde şey olan istemedir. Ancak istemenin iradesi de kördür.

Hukuk felsefesi ve ceza adaleti yaklaşımını bu ontolojik ve ahlakî zemin üzerine kuran filozof hak, adalet, devlet gibi temel hukukî kurumları incelemiştir. Filozofa göre menfi bir anlam taşıyıp "haksızlık etmemek" şeklinde tanımlanabilecek olan hak kavramı devletlerden önce de vardır. Devletler hakkın kurucusu olarak değil koruyucusu olarak ortaya çıkmışlardır. Devlet bir sosyal sözleşmenin ürünü olarak ortaya çıkmıştır ve tek maksadı korumayı sağlamaktır. İnsanın egoist bir yapıya sahip olduğunu bu sebeple de Hobbes'un tabiriyle insanın, insanın kurdu olduğunu kabul eden filoza göre devlet insanları diğer insanlardan korur, acıların homojen dağıtımını sağlamak suretiyle eşitliği sağlar ve nihayet insanları kendisinden koruyacak mekanizmaları geliştirir. Hukuk ve devlet haksızlık ve acıların olduğu bir dünyada bir telafi mekanizması olarak ortaya çıkmıştır. Zira tek olan istemede herkes herkesle bir ve bütündür. Böyle bir birlik durumu filozofun düşüncesinde ebedî-adalet olarak anılmıştır. İnsanlar gönüllü olarak bu adalete tâbi olabilirler ki böyle bir adalet filozofun düşüncesinde gönüllü-adalet olarak anılmıştır. Buna karşın tasavvurattaki düzenin sağlanabilmesi için dünyevî bir adalet / hukuk da vardır ki bu nevi bir adaleti filozof zamansal-adalet veya salt yasal doktrin olarak ifade etmektedir. Zamansal-adalet baş aşağı dönmüş, telafi edici bir mekanizmadan ibarettir.

Filozofun ceza adaleti tüm bu yaklaşımlar üzerine oturmaktadır. Zamansal-adalet ancak ceza hukukuyla birlikte sağlanabilir. Özgür iradeye sahip olmayan insanın karakterini değiştirmesi mümkün değildir. Ancak ceza tehdidiyle birlikte güdüler etkilenebilir. Zira bencil bir yapıda olan insan acıdan kaçmakta, hazza yönelmektedir. Cezaların kefaret olduğu yönündeki düşünceler kötü ruh hâlinin bir tezahürü olduğu gibi, ıslah da mümkün olmayan çelişkili bir yaklaşımdır. O hâlde cezalar caydırıcı olmalı, müstakbel suçluları korkutmalıdır. Bu yaklaşımıyla birlikte filozofun cezalandırmanın amacını açıklayan teorilerden Sosyal Fayda Teorisi ve Biyolojik Teori arasında, Biyolojik Teori'ye yakın özgün bir yaklaşım geliştirdiği ifade edebilir. Bununla birlikte haddinden daha ağır / orantısız bir ceza da verilmemelidir. Bu kapsamda hücre hapsi ve tecrit sistemini ele alan filozofa göre bu nevi cezalar bir insan için en korkunç işkence olan can sıkıntısına sebebiyet vermesi hasebiyle orantısız, caydırıcı olmaması açısından da başarısız bir cezadır. Bununla birlikte filozof bedensel cezaların terk edilmeye başlandığı bir çağda bedensel cezaları savunması bakımından da eleştirilebilir bir tutum içerisindeydi.

Çalışmamız Schopenhauer'ı Türk doktrinine tanıtmak amacını taşıdığından filozofun hukuk fikirleri olabildiğince çok konuya değinerek betimlenmeye çalışılmıştır. Bu sebeple esasında makalemizin her bir başlığı çok daha kapsamlı müstakil bir çalışmanın konusu olabilir. Söz gelimi hukuk ve devlet anlayışında filozofun fikirlerinin doğal hukukçu bir yaklaşımla açıklanabileceği tespit edilmiştir. Filozofun fikirlerinin doğal hukukla olan bağlantısı daha kapsamlı bir çalışmanın konusu olabilir¹⁴¹. Yine filozofun ortaya koymuş olduğu özgün adalet teorisi bizce ayrıntılı bir incelemeyle çalışılabilir. Filozofun devletin kökenine ilişkin sosyal sözleşmecî fikirleri olduğu tespit edilmiştir. Aynı şekilde filozof eserlerinde sosyal sözleşmecî büyük düşünürlerin fikirlerini eleştirerek bu düşünürler arasında adeta bir hakemlik yapmak iddiasındadır. Bu sebeple hem gelecek çalışmalarda

¹⁴⁰ İlginç olan ise Biyolojik Teori gibi pozitivist ontolojinin bir ürünü olan yaklaşımla Schopenhauer gibi idealist olarak ifade edilebilecek filozof arasında böylesine benzerliklerin mevcut olmasıdır. İlk bakışta çelişki gibi görünen bu benzerliğin temelinde Schopenhauer'ın özgürlüğü insana değil istence hasretmesinde bulmak mümkündür.

¹⁴¹ Krş. G.-V.DER KRONN, s.11-15. MARCIN, s.814 vd.

filozofun sosyal sözleşmecî yaklaşımı ayrıntılı olarak incelenebilir, hem de sosyal sözleşmecî düşünürler açıklanırken Schopenhauer'ın eleştirilerinden yararlanılabilir. Çalışmamızın içinde de ifade ettiğimiz üzere filozofun fikirleri özellikle hücre hapsi ve tecrit sistemine ilişkin tartışmalarda yol gösterici niteliktedir. Bu sebeple salt filozofun bu noktadaki yaklaşımına odaklanan psikoloji biliminin verileri de göz önüne alınarak multidisipliner bir çalışma yapılabilir. Hakeza filozofun ceza hukuku ve ceza-adaleti fikirleri özgün bir yaklaşım ortaya koymakta olup bizce Türk doktrini filozofun fikirlerinden istifade edebilir. Tüm bunların yanında bu çalışma bir hukukçu tarafından kaleme alınmıştır. Felsefe araştırmacılarının bu çalışmada kendi disiplinlerinin bakış açılarıyla pek çok eksik bulmaları pek mümkündür. Bu sebeple gelecekte felsefe alanında Schopenhauer üzerine yapılacak çalışmalarda Schopenhauer'ın hukuk fikirlerine de mutlaka yer verilerek bu fikirler felsefe akademisinin kavram ve bakışıyla da incelenmelidir.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Ahmet: Arthur Schopenhauer'un Ahlak Felsefesi ve Pesimizm, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2019.
- ATAYMAN, Veysel: Varolmanın Acısı: Schopenhauer Felsefesine Giriş, 1. Bası, Donkişot Yayınları, İstanbul 2004.
- AYDOĞDU, Ahmet: Schopenhauer, 1. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2009.
- BACAĞSIZ, Pınar: "Cezalandırma ve Toplumla Yeniden Kazandırma", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Prof.Dr.Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan Özel Sayısı), 2015, s. 4917-4941.
- CAF, Bahar: Arthur Schopenhauer'da Pesimizmin Felsefesi, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Van, 2019.
- CARTWRIGHT, David E.: Schopenhauer, Çev. Sibel Erduman, 1. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Nisan 2014.
- ÇALIŞKAN AKÇETİN, Nurhayat: "Merhamet ve Devlet: Schopenhauer", Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, (21), 2016, s.71-86.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti., 5. Basım, İstanbul 1973, s. 101.
- GODART-VAN DER KROON, Annette: "A. Schopenhauer's theory of justice and its implication to natural law", Jahrbuch der Schopenhauer-Gesellschaft 2003, 84(-), 2003, s.121-145.
- GÜRİZ, Adnan: Hukuk Felsefesi, 13. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2018.
- HEIMSOETH, Heinz: Kant'ın Felsefesi, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, 6. Bası, Doğu Batı Yayınları, Ankara Haziran 2014.
- HOBBS, Thomas: Leviathan, Çev. Semih Lim, 13. Bası, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul Ocak 2014.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: Hukuk Felsefesi, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul Kasım 2019.
- İMAMOĞLU, Kıymet Tuğba: Arthur Schopenhauer'da Metafizik Kötülük ve Varoluşun Verdiği Acıdan Kaçış Olarak Ahlaki Eylemler, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- KAYMAZ, Murat: Schopenhauer Felsefesinde Ahlakın Anlamı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- LOCKE, John: Yönetim Üzerine İkinci İnceleme, Çev. Fahri Bakırcı, 3. Baskı, Ebabil Yayınları, Ankara 2016.
- MARCIN, Raymond B.: "Schopenhauer's Theory of Justice", Catholic University Law Review., 43(3), 1994, s.813-865.
- ÖKTEM, Niyazi/TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi: Felsefe, Sosyoloj, Hukuk ve Devlet, 1. Bası, Der Kitabevi, İstanbul 2014.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 102.
- PARLAK, Cansu: Türkiye'de Siyasal Hayat ve Cezaevleri: Hayata Dönüş Operasyonları Üzerine Bir İnceleme, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2018.
- RUGGIERI, Davide: "The metaphysics of conflict: some reflections on Schopenhauer's politics", Voluntas Revista Internacional de Filosofia, 7(1), 2016, s.140-154.
- SCHOPENHAUER, Arthur: Din Üzerine (DİN), Çev. Ahmet Aydoğan, 2. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2011.
- SCHOPENHAUER, Arthur: Felsefe Tarihinden Kesitler (FTK), Çev. Ahmet Aydoğan, 1. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2014.
- SCHOPENHAUER, Arthur: Hukuk, Ahlak ve Siyaset Üzerine (HAS), Çev. Ahmet Aydoğan, 1. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2009.
- SCHOPENHAUER, Arthur: İsteme ve Tasarım Olarak Dünya (İTD), Çev. Levent Özşar, 2. Bası, Biblos Kitabevi, İstanbul 2009.
- SCHOPENHAUER, Arthur: Okumak, Yazmak ve Yaşamak Üzerine (OYY), Çev. Ahmet Aydoğan, 2. Bası, Say Yayınları, İstanbul 2008.

- SCHOPENHAUER, Arthur: Parerga ve Paralipomena Cilt II (PVP), çev. Gürkan Başay/Murat Kaymaz, 1. Baskı, Otügen Neşriyat, İstanbul 2021.
- SCHOPENHAUER, Arthur: The Two Fundamental Problems of Ethics (TTF), Trans. Christopher Janaway, 1. Press, Cambridge University Press, Cambridge 2009.
- SCHOPENHAUER, Arthur: The World as Will and Representation v. I (WWR1), Trans. Christopher Janaway, 1. Press, Cambridge University Press, Cambridge 2010.
- SCHOPENHAUER, Arthur: The World as Will and Representation v. II (WWR2), Trans. E. F. J. Payne, 1. Press, Dover Publications, Inc., New York 1966.
- SCHOPENHAUER, Arthur: Yaşam Bilgeliği Üzerine Aforizmalar (YBÜ), Çev. Mustafa Tüzel, 5. Bası, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul Kasım 2008.
- SHINER, Roger A.: "Philosophy of Law", in Alston, William P. vd. (ed.), The Cambridge Dictionary of Philosophy, Cambridge University Press, New York 1999, s. 676-677.
- TANER, Tahir, Ceza Hukuku Umumî Kısım, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. Basım, İstanbul 1953.
- USLU, Cennet: İnsan Haklarının Felsefi Temelleri: Doğal Hukuk ve Doğal Haklar, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.
- UYGUN, Oktay: Hukuk Teorileri, 2. Baskı, On İki Levha Kitabevi, İstanbul Haziran 2020.
- VAHAPOĞLU BİNDESEN, Zehra: Arthur Schopenhauer'da Kötülük Problemi ve Mutluluğun İmkânı, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, 2019.
- WOODS, David: "Seriously bored: Schopenhauer on solitary confinement", British Journal for the History of Philosophy, 27(5), 2019, s.959-978.

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİNDEKİ BAKAN YARDIMCISI İLE ÖNCEKİ SİSTEMDEKİ BAKAN YARDIMCISI VE MÜSTEŞARIN KIYASLANMASI

COMPARISON OF THE DEPUTY MINISTER IN THE PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM
AND THE DEPUTY MINISTER AND THE UNDERSECRETARY IN FORMER SYSTEM

Mustafa Oğuzhan BÖLÜKBAŞI*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.827731> 

Makale Bilgi

Gönderi: 18/11/2020
Kabul : 17/04/2021

Anahtar Kelimeler

Müsteşar,
Bakan Yardımcısı,
Bakanlık,
Hiyerarşi,
Tüzel Kişi.

Article Info

Received: 18/11/2020
Accepted: 17/04/2021

Keywords

Undersecretary,
Deputy Minister,
Ministry,
Hierarchy,
Legal Person.

Özet

Devlet tüzel kişiliğinin ve Türk idari teşkilatının en önemli parçalarından bir tanesi bakanlıklardır. Bakanlıkların ayrı tüzel kişiliği bulunmasa da Devletin sunduğu temel kamu hizmetlerinin yurttaşlara ulaştırılması konusunda görevleri bulunmaktadır. Bu görevi yerine getirirken kalabalık bir personel gücünden faydalanılmaktadır. Bakanlık içinde geniş bir hiyerarşik kademelenme bulunmaktadır. Bu kademelenmede en üstte bakan yer almaktadır. Eski sistemde bakandan sonraki hiyerarşik kademede müsteşara yeni sistemde ise bakan yardımcısına yer verilmiştir. Müsteşar, hiyerarşik kademeleri kariyer ve liyakat ilkeleri çerçevesinde yükselerek gelmiş en yüksek devlet memuruydu. Haklarında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanmaktaydı. Müsteşarlık görevine bir kişi atanabiliyordu. Yeni sistemde ise bakan yardımcısının birden fazla atanabilmesi öngörülmüştür. Bakan yardımcılarının hakkında 657 sayılı Kanunun istisnai memurluğa ilişkin hükümleri uygulanırsa da aynı zamanda 3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde üst düzey kamu yöneticisi olarak belirlenmiştir. Bakan yardımcılarının arasında hangisinin hiyerarşik olarak daha üstte olduğuyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Eski sistemde ise müsteşar bir kişiden oluşmakta ondan sonra hiyerarşik olarak müsteşar yardımcılarının bulunmaktaydı. Ayrıca yeni sistemdeki bakan yardımcılarının, kamu görevlileri arasından atanabileceği gibi kamu görevlileri dışından da atanabilmektedir.

Abstract

One of the most important parts of the state legal entity and the Turkish administrative organization is the ministries. Although the ministries do not have separate legal entities, they have duties in delivering the basic public services offered by the State to citizens. While performing this task, a large staff power is utilized. There is a wide hierarchical staging within the Ministry. This staging is at the top of the minister. In the old system, the undersecretary at the hierarchical level after the minister and the deputy minister in the new system. The undersecretary was the highest civil servant, whose hierarchical ranks had risen in line with the principles of career and merit. Civil Servants Law No. 657 was applied. One person could be appointed to the Undersecretariat duty. In the new system, it is envisaged that the deputy minister may be appointed more than once. Although the provisions of the Law No. 657 on exceptional civil service are implemented regarding the deputy ministers, they are also designated as senior public managers in the Presidential Decree No. 3. There is no regulation among the deputy ministers which one is hierarchically higher. In the old system, it was made up of an undersecretary, and then there were deputy undersecretaries. In addition, deputy ministers in the new system can be appointed from among public officials, or from outside public officials.

I. GİRİŞ

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan halk oylaması sonucu kabul edilen Anayasa değişiklikleriyle hükümet sistemi değişmiştir. Yeni hükümet sistemi eski sistemden farklı bir yapıdadır. Bu farklılığın en çok Devletin teşkilatlanmasında olduğu görülmektedir. İdari teşkilatlanmada yürütme yetkisi Cumhurbaşkanında toplanmıştır. Cumhurbaşkanının yürütmenin en önemli ögesi olması yanında, idare içindeki konumu da güçlenmiştir.

Bu kapsamda Devlet tüzel kişiliğinin yapılanması ile birlikte görev yapan kamu görevlilerinin atanma usulü ile görev ve yetkileri de yeniden düzenlenmiştir. Yeni sistemle birlikte birçok yetki ve sorumluluğun Cumhurbaşkanında toplandığı görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminden önceki dönemdeki birçok makamı işgal eden kamu görevlisinin unvanına yeni sistemde de aynı şekilde yer verilmiştir.

Devlet tüzel kişiliğinin önemli birimlerinden bir tanesi olan bakanlıklar, Türk idari teşkilatında kamu hizmetlerinin sunulmasında ve uzmanlaşmada önemli bir yere sahiptir. Bu yapı içinde en yukarıda bakan olmak üzere alta doğru hiyerarşik kademelenmeler bulunmaktadır. Bakan eski sistemde (Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminden önceki dönem) çoğunlukla hükümetin bir parçası olarak siyasi kimliği olan en üst yöneticiydi. Bakanlık bünyesinde siyasi kimliği olan bakan dışında görev yapan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi çok sayıda Devlet memuru bulunmaktadır. Bakanın hükümetin bir parçası olarak siyasetten gelmesi, görev süresinin sınırlı olması ve kamu hizmetlerinin genişlemesine bağlı olarak uzmanlaşma ihtiyacının hissedilmesi müsteşarlık makamını ortaya çıkarmıştır.

İlk olarak, 1937 yılında henüz Kurucu Lider Gazi Mustafa Kemal Atatürk hayattayken hem Anayasa'da hem de kanunda değişiklik yapılarak siyasi müsteşarlık uygulanmaya başlamıştır. Ancak uygulanması çok uzun sürmemiştir. Ardından günümüze kadar yürürlükte kalan idari müsteşarlık düzenlenmiştir. İdari müsteşar, memur güvenceli üst kademe yöneticisi pozisyonudur. 657 sayılı Kanun sistemi içinden, en alt kademeden başlayarak kariyer ve liyakat ilkeleri çerçevesinde yükselerek bakandan sonra en üst makam olan müsteşarlık makamına gelmekteydi. Müsteşar bakana, bakanlığın görev alanındaki idari işlerin yürütülmesinde gerekli olan desteği sağlayarak ona yardım ediyordu.

İdari müsteşarlığın uygulandığı dönemde çeşitli saiklerle idari yapılanmaya bakan yardımcılığı makamı eklenmiştir. Kanunda ve alt düzenleyici işlemlerde, hiyerarşik bir kademe verilmeyen bakan yardımcısının statüsünü çalışmamızda ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağız. O dönem müsteşarlık makamının yanına bakan yardımcılığı makamı getirilmiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki bakan yardımcılığı ile öncesindeki bakan yardımcılığı müessesesi aynı adı taşısa da yetki ve sorumluluk anlamında birbirinden farklı yapıdaki iki makam olarak görülmelidir.

Yeni sistemde idari müsteşarın yerini bakan yardımcıları almıştır. Görev, yetki ve bakanlık içindeki statüleri bakımından eski sistemdeki bakan yardımcılarından çok müsteşara benzemektedir. Ancak, atanma usulleri idari müsteşardan oldukça farklıdır. Görev ve yetkileri ile bakanlık içindeki statüleri konusunda benzerlikler bulunsa da sayılarının birden fazla olması, dışarıdan (kamu görevlileri dışında) ve kamu görevlileri içinden aynı anda atanabilmeleri ve görev yapabilmeleriyle ilgili uygulamaların işleyişinin nasıl olacağı konusunda önümüzdeki süreçte daha fazla fikir sahibi olacağız.

Çalışmamızda, ilk olarak siyasi müsteşar, idari müsteşar ile eski sistemde bakan yardımcısının statüsü ile görev ve yetkileri, aralarındaki farklar anlatılmaya çalışılacak, ardından ise yeni sistemde bakan yardımcısı ve idari müsteşar ile aralarındaki farklar üzerinde durulacaktır. Son olarak da birden fazla bakan yardımcısı sorunu açıklanacak ve yetki devri konusundaki sorumlulukları anlatılmaya gayret edilerek çalışma noktalanacaktır.

II. MÜSTEŞAR İLE ESKİ SİSTEMDEKİ BAKAN YARDIMCILIĞI MAKAMININ TARİHÇESİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Müsteşar

Devlet tüzel kişiliği içindeki makamlar ile bu makamları işgal eden kamu görevlilerinin unvanları yeni sistemde de aynı düzen içinde varlığını sürdürmektedir. Yeni sistemde bu makamlar içindeki en önemli değişikliğin müsteşar/bakan yardımcılığı değişikliğinde olduğu görülmektedir.

Türk idari teşkilatlanmasında iki tür müsteşar uygulamasına rastlanmaktadır. Bunlar idari ve siyasi müsteşardır. Siyasi müsteşarlık kurumu kısa süreliğine uygulanmasına karşın idari müsteşarlık uzun süre uygulanmıştır. Şimdi siyasi ve idari müsteşarın görev, yetki ve sorumlulukları ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Siyasi Müsteşar

1937 yılının en önemli olaylarından bir tanesi siyasi müsteşarlık adı verilen ve sekiz ay uygulanan bir kurumun hayata geçirilmesidir¹. Siyasi müsteşarlığın düzenlenebilmesi için öncelikli olarak 5.2.1937 tarihinde kabul edilen 3115 sayılı Kanunla, 1924 Anayasası'nın 44, 47, 49 ve 50. maddelerinde siyasi müsteşarlıkla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu değişiklik metninde bu konudaki ayrıntıların kanunla düzenleneceği söylenmiştir. Sonrasında 8.2.1937 tarihli ve 3117 sayılı Devlet Dairelerinin Vekâletlere Tefriki ve Siyasi Müsteşarların Vazifeleri Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. Söz konusu düzenlemeler çok kısa süre yürürlükte kalarak uygulanma imkânı bulmuştur. 29 Kasım 1937 tarihinde hükümetin değişmesiyle birlikte, 3272 sayılı Kanunla siyasi müsteşarlık kurumu yürürlükten kaldırılmıştır².

Siyasi müsteşarın temel düzenlenme gayesi, bakanların Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki (TBMM) işlerini bakan adına takip etmek ve bu işleri sonlandırmak, bakanlara sorulan soruları cevaplandırmak, bakanın bizzat kendisinin yapacağı iş ve işlemlerde ona yardımcı olmak olarak belirtilmektedir³.

Siyasi müsteşarlık, çok kısa süreliğine yürürlükte kalıp uygulanmasına karşın Türk idari teşkilatlanmasında önemli bir yere sahiptir. Sonraki dönemlerde müsteşarlık makamı ile bakan yardımcılığı makamının oluşturulmasına öncülük etmiş ve onların düzenlenmesine alt yapı oluşturmuştur. Bakan yardımcılığı ile müsteşarlık makamının benzerliği ile farklılıklarına ileriki bölümlerde değineceğiz. Bu bölümde siyasi müsteşarlığın özellikleri üzerinde durulacaktır.

Siyasi müsteşar, parlamentodan seçilir, her hükümet değişikliğinde o da değiştirilir⁴. 3115 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, siyasi müsteşarlar bakanlar gibi Başbakan tarafından TBMM üyeleri arasından seçilmekte ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanmaktadır⁵. 3117 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, siyasi müsteşarın hangi bakanlıkta görev yapacağına ve sayısının kaç olacağına Başbakan tarafından karar verilmektedir. Başbakan, söz konusu belirlemeyi de düzenleyeceği bir kararname ile yapmaktadır⁶. Bakanın siyasi müsteşarın belirlenmesine yönelik bir iradesinin bulunmadığı yani Başbakanın, bakanın en yakın çalışacağı siyasi müsteşarı belirleyerek doğrudan bakanlıkta söz sahibi olduğu görülmektedir.

3117 sayılı Kanunun 4. maddesinde, siyasi müsteşarların Bakanlar Kurulu toplantılarına katılabileceği düzenlenmiştir. Bunu kendi isteği veya bakanın daveti ya da bakanın isteği bulunmasa da doğrudan Başbakanın talebi ile yerine getirmektedir. Ayrıca, toplantıya katılan siyasi müsteşarın, Bakanlar Kurulu'nda kullandığı oy istişari niteliktedir⁷. Siyasi müsteşarların kendilerine, gerek bakan gerekse kanunla verilen görevlerden dolayı şahsi sorumlulukları bulunmaktadır. Bunun yanında, TBMM'ye karşı siyasi sorumluluklarının bulunduğu da kabul edilmiştir⁸. Siyasi sorumluluk, parlamenter sistemde, meclisin güvensizlik oyu vererek bakanın çekilmesinin sağlanmasıdır⁹. Siyasi müsteşarların da bakanlar gibi siyasi sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmiştir¹⁰.

Bakanlar Kurulu'nun istifası veya düşürülmesi halinde, siyasi müsteşarın görevi de tamamlanmaktadır. Ancak görev yaptığı bakanlıktaki bakanın istifası veya görevden alınması halinde yeni bakan döneminde de görevine devam etmektedir¹¹. Siyasi müsteşarın meclisin içinden seçilmesi ve görev süresinin hükümetle aynı süre olması sebebiyle bu görev, memurluk görevinden ziyade siyasi bir görev olarak görülmelidir.

Siyasi müsteşarın görevlerinin, bakanlığın faaliyet alanında bulunan idari görevlerin sınırlarını aşan, daha çok Bakanlar Kurulu'nun siyasetin yürütülmesine dair görevlerinin bakanlığa yansmasıyla ilgili görevler olduğunu görmekteyiz. Bakanın bizzat yürüttüğü işlerde ona yardım etmek, bakana

¹ ÖVGÜN, Barış: "1937: Anayasal Yenilenmeler ve Siyasi Müsteşarlık", Açıklamalı Yönetim Zaman Dizini 1929-1939, Ankara 2007, s.814.

² UYANIK, Halit: "Bakan Yardımcılığı Statüsünün İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, 15(2), 2012, s.103.

³ TOPACA, Mehmet: "Hukuki Temel ve Uygulama Bakımından Türkiye'de Bakan Yardımcılığı", Türk İdare Dergisi, 479, 2014, s.479; 3117 sayılı Kanunun 7. maddesi.

⁴ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esaslar C. II, 3. Baskı, Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 989.

⁵ UYANIK, s.103.

⁶ 3117 sayılı Kanunun 3. maddesi.

⁷ 3117 sayılı Kanunun 4. maddesi.

⁸ 3117 sayılı Kanunun 5. maddesi.

⁹ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2011, s.365.

¹⁰ TATAROĞLU, Muhittin: "Hükümet Yapısında Gelişme: Bakan Yardımcılığı", Celal Bayar Üniversitesi İİBF Yönetim ve Ekonomi, 23(2), 2016, s.523.

¹¹ 3117 sayılı Kanunun 6. maddesi.

vekâlet esnasında verilmesi gereken kararları vermek, bakanın TBMM üyesi olarak yürüteceği görevlere vekâlet etmek gerektiğinde bakan adına işlemler yapmak, TBMM’de bakana sorulan sorulara onun adına cevap vermek görevleri arasında sayılmıştır¹². Kanunda açıkça sayılan görevlerin, bakanlığın idari işleri olmadığı daha çok hükümetin işleyişine ve bakanın TBMM’deki görevlerine ilişkin olduğu görülmektedir.

3117 sayılı Kanunun 8. maddesine göre, yukarıda siyasi müsteşarın siyasi pozisyonuyla ilgili görev ve yetkilerinin Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konacak bir kararnameyle belirleneceği düzenlenmiştir.

Siyasi müsteşar konusundaki anayasal ve kanuni düzenlemeler tamamlanmasına karşın, atamalar hemen yapılmamıştır. 23 Mart 1937 tarihinde ilk siyasi müsteşar atama kararnamesiyle sekiz kişilik siyasi müsteşar ataması yapılmış, ardından 2 Nisan 1937 tarihinde ise iki siyasi müsteşarın daha ataması yapılmıştır¹³. Bir süre sonra diğer ülke uygulamaları, yaşanan sorunlar nedeniyle siyasi müsteşarlık görevinin gereksiz olduğuna karar verilmiştir. Bakanın bakanlık içindeki güç ve otoritesini sarstığı, müsteşarlık makamının uzmanlık esaslarına göre idare edilmesinin daha gerçekçi görülmesi nedeniyle kaldırılmasına karar verilmiştir¹⁴.

Siyasi müsteşarlık kurumu bakanlık teşkilatlanmasının genişlemeye başlamasıyla ortaya çıkmıştır. Bakan ile siyasi müsteşarın görev paylaşımı yaparak meclis ve bakanlıktaki görevleri birlikte yürütmeleri amaçlanmıştır¹⁵. Ancak, muhtemelen parlamenter sistemde seçimle iş başına gelen bakanın, meclis çalışmalarını kendisinin yürütmesinin daha faydalı olacağı düşünülerek bizce de isabetli olarak müsteşarın siyasi görevleri kaldırılmıştır. Bakandan sonra bir alt kademede yer alıp bakanlığı yönetecek kişinin de siyasi yönünden çok idari yönünün daha güçlü olması ve bakanlığı yakından tanıyan, bakanlığın uzmanlık alanında yetişmiş kişilerden oluşması daha yerinde olacaktır. Bu nedenle siyasi müsteşarlık müessesesinin kaldırılarak idari müsteşarlık sistemine geçilmiş olmasının daha faydalı olduğunu düşünmekteyiz.

2. İdari Müsteşar

3046 sayılı Kanunun mülga 22.maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

“Müsteşar, bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktif ve emirleri yönünde, ... düzenler ve yürütür. Bu amaçla bakanlık teftiş kurulu hariç bakanlık kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar. Müsteşar yukarıda belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden bakana karşı sorumludur.”

Mülga kanun maddesiyle müsteşarın bakana karşı doğrudan sorumlu olduğu, bakana bağlı Teftiş Kurulu Başkanlığı hariç bakanlığın tüm birimlerine doğrudan talimat verebileceği ve onları yönetebileceği hükme bağlanmıştır.

Müsteşarlık, meslektan yetişen ve memurluk güvencesine sahip yukarıda yer verilen merkez teşkilatının tüm birimleri ile bakanlığın taşra teşkilatının hiyerarşik olarak üstünde bir mevkiye yer alan sürekli bir görevdir¹⁶. Siyasi müsteşar, bu makama bakanlığın hizmet ettiği uzmanlık alanına göre atanmamakta, siyasi yönleri dolayısıyla atanmaktadır. Ancak idari müsteşarlar, meslektan yetişerek kariyer ve liyakat esaslarına göre yükseldiğinden bakanlık içinde ihtisas ve istikrarı temsil ederler¹⁷.

Siyasi müsteşar uygulamasının başarısız olmasından sonra, 29.11.1937 tarihinde yapılan Anayasa değişikliğiyle siyasi müsteşarlar görevlerini, idari müsteşarlara devretmiştir¹⁸. Böylece kısa süren siyasi müsteşar tecrübesi sona ermiştir. 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşen halk oylaması sonucu kabul edilen Anayasa değişiklik teklifiyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiş ve müsteşarlık makamı külliyen kaldırılmıştır. Bakanlıkta bakan, idarenin başıdır ancak aynı zamanda siyaseti temsil eder, siyasete dönük yüzü bulunmaktadır. Ancak idari müsteşar, siyasetin bir parçası değil memur güvencesine sahip yüksek devlet memurudur.

Bakanlıkta görev yapan kamu görevlilerinin atanmasına ilişkin kurallar eski sistemde, mülga 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanunda düzenlenmiştir. Başbakanlık ve bakanlıklarla, bunlara bağlı kuruluşlarda, teşkilat kanunu bulunup bulunmadığına

¹² 3117 sayılı Kanunun 7. maddesi.

¹³ TOPACA, s.312.

¹⁴ DİK, Esra: “643 Sayılı KHK ile Düzenlenen Bakan Yardımcılığı ve Hiyerarşik Örgütlenme İçindeki Konumu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 68(4), 2013, s.131.

¹⁵ ONAR, s.989.

¹⁶ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. I, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2009, s.280.

¹⁷ ONAR, s.763.

¹⁸ ÖVGÜN, s.889.

bakılmaksızın, atama ve nakillerin bu Kanunda belirtilen usullere göre yapılacağı öngörülmüştür¹⁹. Mülga 2451 sayılı Kanunun 2.maddesinde yer alan, “*Bu Kanuna ekli (1) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere Bakanlar Kurulu kararı ile, (2) sayılı cetvelde gösterilen unvanları taşıyan görevlere müşterek kararlar atama yapılır.*” hükmüyle kanunun ekinde yer alan cetvelde yer alan listeye göre atama yapılmaktaydı. Müsteşarlar mülga 2451 sayılı Kanuna ekli (2) sayılı cetvelde gösterildiğinden müşterek kararlar atanmaktadır. Müsteşar kararının uygulamadaki diğer adıyla müşterek kararnamenin tanımına mülga 2451 sayılı Kanunda yer verilmemiş olup uygulamada bakan, başbakan ve Cumhurbaşkanının imzaladığı kararnamelere verilen addır.

3046 sayılı Kanunun mülga maddelerinden 15. maddesinde, bakanlığın merkez teşkilatının hiyerarşik kademeleri içinde müsteşarlık en üstte bulunmaktadır. Söz konusu düzenlemeden, müsteşarın bakandan sonraki en üst hiyerarşik amir olduğunu anlamaktayız. Bakanlığa ait bütün işler uzman birimlerin incelemesinden geçtikten sonra bakanın imzasına sunulmaktadır²⁰. Bakandan sonra hiyerarşik kademelerde bir sonra gelen müsteşar, bakanın olası siyasi yönünü törpülemek ve kamu hizmetinin siyasi saikler olmadan dağıtılması amacıyla düzenlenmiştir²¹.

B. Eski Sistemde Bakan Yardımcısı

Eski sistemde bakandan sonra en üst hiyerarşik amir müsteşar iken, 643 sayılı KHK'nın 3. maddesiyle 3046 sayılı Kanuna eklenen 21/A maddesiyle, bakan yardımcılığı kadrosu eklenmiştir. “*Bakana ... bağlı olarak Bakana ve Bakanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesinde Bakana yardımcı olmak üzere Bakan Yardımcısı atanabilir. Bakan Yardımcıları bu görevlerin yerine getirilmesinden Bakana karşı sorumludur.*” hükmüyle bakan yardımcılarının doğrudan bakana karşı sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca, bakan yardımcılığı hükümetin görev süresiyle sınırlı olarak görev yaparlar ve görev süresi dolmadan görevden alınabilirler²².

Mülga 2451 sayılı Kanunun 2. maddesine göre, bakan yardımcılığı ekli (2) sayılı listede yer aldığından müşterek kararname ile atanmaktadır. 21/A maddesine göre, her bakanlığa bir bakan yardımcısı atanabileceği yani bakanlık sayısı kadar bakan yardımcısı olması öngörülmüştür²³. Ayrıca, 3046 sayılı Kanunun eski hali Milli Savunma Bakanlığı için uygulanmamasına karşılık bakan yardımcılığının Milli Savunma Bakanlığı'nda da bulunacağı düzenlenmiştir²⁴.

Bakan yardımcılığına ilişkin 2011 yılında yapılan düzenlemelerde, 657 sayılı Kanunun 59. maddesinde sayılan istisnai memurluklar arasına bakan yardımcısının eklenmesi de yer almaktadır. Bakan yardımcısının istisnai memur olarak düzenlenmesine bağlı olarak atanmaları konusunda öğrenim, kıdem, liyakat gibi bir şart öngörülmemiş olup sadece 48. maddede sayılan Devlet memurluğuna atanmadaki genel şartlar aranmaktadır²⁵. Bakan yardımcısının statüsü siyasi müsteşarinkine benzer şekilde, siyasi bir görev olarak düzenlenmemiş olup kadrosu bulunan istisnai memur olarak öngörülmüştür. Bakan yardımcılığı bu kadroya atandıklarında, bu kadronun derece aylığının ilk kademesini kazanılmış hak olarak elde ettikleri tarihten itibaren haklarında 657 sayılı Kanunun kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümleri uygulanmaktadır²⁶.

Bakan yardımcısının istisnai memur olarak düzenlenmesi nedeniyle bu kadroya atanma şartları daha kolay olduğundan bakan yardımcılığı uygulamasının bürokrasiden ziyade siyasi yönü ağır basan tarafı da bulunmaktadır²⁷. Siyasi müsteşarlar gibi siyasi görevi bulunmamakla birlikte seçilmiş değil bakanlıktaki diğer yöneticiler gibi atama yoluyla belirlenmektedir. Eski sistemde, bakanlıkta sadece bakanlar TBMM üyesi olarak seçilmiş ve siyasidir. Bunun dışındaki üst kademe yöneticiler atanmış kişilerdir²⁸.

C. Siyasi Müsteşar – Müsteşar – Eski Sistemde Bakan Yardımcısının Statüsünün Karşılaştırılması

Siyasi müsteşar, idari müsteşar ile bakan yardımcısının ortak özelliği, doğrudan bakana bağlı olmaları ve bakanlıkta bakandan sonra üst kademe yönetici konumunda bulunmalarıdır. Siyasi

¹⁹ 2451 sayılı Kanunun 1. maddesi.

²⁰ ONAR, s.990.

²¹ DİK, s.133.

²² 3046 sayılı Kanunun 21/A maddesi.

²³ GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dahil midir?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 98, 2012, s.13.

²⁴ DİK, s.134.

²⁵ ATAY, Ender E.: İdare Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.246.

²⁶ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku C. II, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2019, s.721.

²⁷ UÇMAN, Hamit: “Türk Kamu Yönetiminde Bakan Yardımcılığı Uygulaması Üzerine İnceleme ve Değerlendirmeler”, Akademik Hassasiyetler Dergisi, 2(3), 2015, s.202.

²⁸ ATAY, s.246.

müsteşarlar, idari müsteşar ile bakan yardımcısı gibi memur statüsünde bulunmamakta, milletvekilleri arasından atanmaktadır. Bakan yardımcısı ile idari müsteşar müşterek karamame ile atanırken siyasi müsteşar Başbakanın teklifi, Cumhurbaşkanının onayı ile atanmaktadır. Bakan yardımcısı eski sistemde, eski siyasetçiler arasından atanmak üzerine kurgulanmış olsa bile esasen milletvekilliği ile bağlantısı olmayan 657 sayılı Kanununun 48. maddesinde yer alan Devlet memurluğuna atanmadaki genel şartları taşıyanlar arasından atanabilmektedir. Anayasa'nın 82. maddesinde milletvekilliği ile bağdaşmayan işler sayılmış olup, söz konusu düzenlemeye göre, milletvekilliği ile bakan yardımcısı ve idari müsteşar görevleri kişide bir arada bulunamayacağından milletvekilleri arasından bakan yardımcısı ile idari müsteşar atanmamaktadır²⁹.

Siyasi müsteşarın birden fazla atanması mümkün iken, bakan yardımcısı ile idari müsteşar birer tane atanabilmektedir. Siyasi müsteşarların görevi yukarıda da belirttiğimiz üzere çoğunlukla bakanın meclisteki siyasi faaliyetlerine ilişkindir. Ancak bakan yardımcısı ile idari müsteşarın bakanın meclisteki faaliyetlerine vekâlet edebileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Müsteşar ile bakan yardımcısı bakanlıkta yürütülen iş ve işlemler konusunda bakana yardım etmektedir. Siyasi görevleri ise bulunmamaktadır.

Siyasi müsteşar, bakana doğrudan vekâlet edebiliyorken Anayasa'nın mülga 113. maddesine göre, müsteşar veya bakan yardımcısının böyle bir yetkisi bulunmamaktadır. Anayasa hükmüne göre, bir bakana ancak diğer bir bakan vekâlet edebilmektedir³⁰. Siyasi müsteşarın siyasi sorumluluğu kabul edilmesine karşın bakan yardımcılarını için böyle bir sorumluluk öngörülmemiştir³¹.

Siyasi müsteşarın statüsü ile görev ve yetkileri farklı olmasına karşın, idari müsteşar ile bakan yardımcısının aynı anda uygulanması belirli bir süre devam ettiğinden bu döneme ilişkin yapılan iş ve işlemlerden farklı yorum ve değerlendirmede bulunulabilir.

Müsteşar meslekten yetişen güvenceli bir memur olmasına karşın, bakan yardımcısı hükümet görevde kaldığı müddetçe görev yapabilmektedir. Atanma usulleri aynı olsa da istisnai memur olarak düzenlenmesi ve atanma kriterlerinin daha kolay olması nedeniyle bakan yardımcılarının statüsü müsteşarın statüsünden farklıdır. Kariyer ve liyakat ilkesi bakan yardımcısı için uygulanmazken müsteşar için kariyer ve liyakat ilkeleri tam olarak uygulanmaktadır.

Siyasi müsteşarlar bakandan sonra en yüksek hiyerarşik amirdir. Hem müsteşar hem de bakan yardımcısı doğrudan bakana karşı sorumlu olup katı hiyerarşinin uygulandığı bakanlıklarda, her iki kurumun aynı anda uygulandığı dönemde hiyerarşik olarak hangisinin daha yukarıda olduğu konusunda düzenlemelerde açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde bakan yardımcısının hukuki statüsü konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bakan yardımcılığına bakanlığın hiyerarşik kademeleri içinde yer verilmediğinden, bakanın yetkilerinin bir kısmını bakan yardımcısına devretmesine imkân bulunmamaktadır. Bakan yardımcısı bir nevi bakan danışmanı konumundadır³².

Diğer bir görüşe göre, 3046 sayılı Kanunun yetki devrini düzenleyen mülga 38. maddesinde, bakan, müsteşar ve her kademedeki yöneticinin yetkilerini astlarına devredebileceği düzenlenmiştir. Mülga 21/A maddesinde, bakana karşı sorumlu olmaları ve bakana yardımcı olmak amacıyla atanıyor olmaları sebebiyle, bakan tarafından yetki devri yapılması halinde, hiyerarşide müsteşardan üst bir konumda yer almasına engel bulunmamaktadır³³.

Kanaatimizce, müsteşar ile bakan yardımcısı arasında astlık üstlük ayrımının kanunda düzenlenmesi, hiyerarşinin de buna göre belirlenmesi daha yerinde olurdu³⁴. Bakanlıklarda müsteşarın bakandan sonra, en üst amir olmasının sebebi, meslekten gelen memur olmasıdır. Önceki sistemde hiyerarşik kademelenme idari müsteşar üzerine kurgulandığından, bakan yardımcısının yetkisinin ve hiyerarşideki yerinin, sadece bakana yardımcı olma ve karar alma sürecinde etkili olmayan bir konumda düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

III. YENİ SİSTEMDE BAKAN YARDIMCILIĞI STATÜSÜ (KAMU GÖREVLİSİ OLARAK)

Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrasında yer alan, “Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı

²⁹ GÖZLER/KAPLAN, s.13.

³⁰ UYANIK, s.104.

³¹ UYANIK, s.104.

³² Metin Günday'ın görüşüdür. Görüş için bkz. GÖZLER/KAPLAN, s.14; Ayrıca DİK'e göre, bakan yardımcılığı konusunda mevzuat değişikliği yapılarak uygulanmaya başlamış olsa da 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununda üst yönetici müsteşar kalmaya devam etmekteydi. (DİK, s.138.)

³³ GÖZLER/KAPLAN, s.15.

³⁴ GÖZLER/KAPLAN, s.18.

kararnamesiyle düzenler” hükmüyle üst kademe kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esasların CBK (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi) ile düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa’da yer alan üst kademe kamu yöneticileriyle ilgili düzenlemeye uyum amacıyla 3 Sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yürürlüğe konulmuştur.

1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin “Bakan Yardımcıları” başlıklı 504. maddesinde, bakan yardımcısı düzenlenmiştir. “*Bakan Yardımcıları, bakanın emrinde ve onun yardımcısı olup bakanlık hizmetlerini bakan adına ve bakanın direktif ve emirleri yönünde, ... düzenler ve yürütür*” hükmüne yer verilmiştir. Düzenlemeyle bakan yardımcılarının görevleri belirlenmektedir. Ayrıca bakan yardımcısının, bakana bağlı olduğu belirtilerek bakanlıkta bakandan sonraki en üst amir olduğu hükme bağlanmıştır.

3 sayılı CBK’nın 2. maddesinde, kararnameye ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı kararıyla, (II) sayılı cetvelde yer alan kadro, pozisyon ve görevlere Cumhurbaşkanı onayı ile atama yapılacağı düzenlenmiştir. Bu cetvellerde sayılmayan kadro, pozisyon ve görevlere, ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı, bakan veya atamaya yetkili amirler tarafından atama yapılabilmektedir.

3 sayılı CBK’nın 3. maddesinde ise, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’ne ekli (I) ve (II) sayılı cetvelde yer alan kadrolara atanacaklarda aranacak şartlar düzenlenmektedir³⁵. Üst kademe yöneticilerini atamada Cumhurbaşkanının Anayasa’dan kaynaklı yetkisi doğrudandır. CBK’da yer alan düzenlemelerden (I) ve (II) sayılı Cetvelde yer alan unvanların üst kademe kamu yöneticisi olduğu anlaşılmaktadır³⁶. (I) sayılı listede yer alanların doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanacağı ancak (II) sayılı listede yer alanların Cumhurbaşkanının onayı ile atamasının yapılacağı düzenlenmiştir. Doktrinde (II) sayılı listede yer alanların atamasının onaya tabi tutulmasının Anayasa’ya aykırı olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır³⁷. Çünkü Anayasa’da üst kademe kamu yöneticilerinin atamasının doğrudan Cumhurbaşkanıınca yapılacağı düzenlenmiştir. Ancak bu görüşe katılmak pek mümkün görünmemektedir. (II) sayılı listede yer alan unvanların atama işleminde son söz “onay” işlemiyle zaten Cumhurbaşkanına verilmiştir. Kanaatimizce, Cumhurbaşkanı dışında bir makamın atama işlemine katılmasının söz konusu işlemi başka bir makamın işlemi yapmayacaktır.

3 sayılı CBK’da bakan yardımcılarının kamuda ya da sosyal güvenlik kuruluşlarına dâhil olması şartıyla uluslararası kurumlar ile özel sektör ya da serbest olmak üzere en az beş yıl çalışmış olanlar arasından atanabileceği belirtilmiştir. Yani bakan yardımcısı kamu görevlisi olmayan ve özel sektörde çalışanlar arasından atanabilmektedir.

Bakan yardımcısı ekli (I) sayılı listede yer almaktadır. Yani bakan yardımcısı olarak atanacakların 3 sayılı CBK’nın 3. maddesinin birinci fıkrasında bulunan koşulları taşıması gerekmektedir. Bu kapsamda bakan yardımcısı, Cumhurbaşkanınca doğrudan ataması yapılacak üst düzey kamu görevlileri arasındadır.

703 sayılı KHK ile Anayasa değişikliğine uyum amacıyla yapılan kanuni değişiklikler kapsamında, 375 sayılı KHK’ya bütün üst düzey kamu yöneticilerini kapsayan hükümler ihdas edilmiştir. Söz konusu hükümlerin, bir üst düzey kamu yöneticisi olan bakan yardımcısı hakkında da uygulanacağı düşünülebilir. 3 sayılı CBK’nın 3. maddesinde, (1) sayılı listede yer alan üst düzey kamu yöneticiliğine atanmak için “*Kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmak*” şartı yer almaktadır. 375 sayılı KHK’nın ek 35. maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

“Üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanacaklar için aranan hizmet süresinin hesabında, dört yıllık yükseköğrenim gördükten sonra kamu kurum ve kuruluşlarında, sosyal güvenlik kurumlarına tâbi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak fiilen çalışılan sürelerin tamamı dikkate alınır”

1 sayılı CBK’nın 3. maddesinde yer alan hükmün ayrıntısı olabilecek kamu görevlileri dışından

³⁵ (I) Sayılı Cetvelde yer alanlara atanacaklarda; 657 sayılı Kanununun 48. maddesinde yer alan genel şartları taşımak, en az dört yıllık yükseköğrenim kurumundan mezunu olmak, kamuda ya da sosyal güvenlik kurumlarına tabi olması koşuluyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektör ya da serbest olarak en az beş yıl çalışmış olmak,

(II) Sayılı Cetvelde atanacaklarda, 657 sayılı Kanununun 48. maddesinde öngörülen genel şartları taşımak, en az dört yıllık yükseköğrenim mezunu olmak, ilgilinin kamuda en az 5 yıllık hizmeti bulunmak, il ve bölge müdürü kadro, pozisyon ve görevleri ile kamu iktisadi teşebbüsleri yönetim kurulu üyeliklerine atanacaklar için kamuda ve/veya sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmak kaydıyla uluslararası kuruluşlar ile özel sektörde veya serbest olarak, alanında en az beş yıl çalışmış ve temayüz etmiş olmak koşulları aranmaktadır.

³⁶ Bu unvanların hangileri olduğuna bkz. 3 sayılı CBK’nın eki (I) ve (II) sayılı liste.

³⁷ GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2019, s.337-338.

atanacakların hizmet süresinin hesaplanması konusunda düzenlemeye yer verilmiştir³⁸. Ek 35. maddenin üçüncü fıkrasında aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

“Üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevleri ile yurtdışı teşkilatındaki sürekli görevlere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinde yer alan şartları taşımak kaydıyla 657 sayılı Kanunun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesine ilişkin hükümleriyle bağlı olmaksızın atama yapılabilir. Ancak bu şekilde atanmış olmak, kamu kurum ve kuruluşlarındaki diğer herhangi bir kadro, pozisyon ve göreve atanma veya kamuda herhangi bir statüde çalışma açısından kazanılmış hak teşkil etmez. Bu fıkraya göre açıktan atanarlardan görevi sona erenlerin veya görevden alınanların memuriyetle ilişkileri kesilir”

Fıkra, üst düzey kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslara yer verildiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemede herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Tüm üst düzey kamu yöneticileri hakkında uygulanması gerekmektedir. Ancak, CBK'nın ekinde bakan yardımcısına yer verilmesi ve 375 sayılı KHK'da üst düzey kamu yöneticileriyle ilgili düzenlemeler yer alsa da 657 sayılı Kanunun istisnai memurların kimlerden oluştuğunu gösteren 59. maddesinde hali hazırda bakan yardımcısı varlığını sürdürmektedir. O halde bakan yardımcılarını, CBK ile birlikte uygulanan ek 35. maddede yer alan düzenlemelere mi yoksa 657 sayılı Kanunun 59, 60 ve 61. maddesinde yer alan istisnai memurluklara ilişkin hükümlere mi tabi olacaktır? Bakan yardımcısı ilk kez 2011 yılında bakan yardımcılığı müessesesinin Türk idari teşkilatına girmesiyle birlikte 59. maddede yer alan istisnai memurluklar arasına ilave edilmiştir. Ancak söz konusu hükümler, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin yürürlüğe girmesine karşın uyum çalışmaları kapsamında yürürlükten kaldırılmamıştır.

İstisnai memurluk, kurum dışından atanan ve kanunda öngörülen ilerleme sistemi dışına çıkılarak daha yüksek maaşla atanan memurlara verilen addır³⁹. İstisnai memurluk kadrosu, kariyer ve liyakat ilkesinin egemen olduğu sistemlerde sınırlı sayıda bulunan kadrolar için uygulanan istisnai özellik taşıyan bir kadrodur⁴⁰. 657 sayılı Kanunun 61. maddesinde, *“60. madde gereğince istisnai memurluklara atananlar hakkında bu Kanunun atanma, sınavlar, kademe ilerlemesi ve derece yükselmesi dışında kalan bütün hükümleri uygulanır”* hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemede istisnai memurluk kadrosuna atama yapılırken ve atama yapıldıktan sonra bir takım düzenlemelerin uygulanmayacağı belirtilmiştir. İstisnai memurlar için kademe ilerlemesi ile derece yükselmesi uygulanmaz, atanılan istisnai memurluk kadrosu emeklilik aylığının hesabında kazanılmış hak oluşturmaz, atanılan kadronun aylığı alınır ve işgal edilen kadrolar atanacak diğer memurluklarda kazanılmış hak oluşturmazlar⁴¹.

İstisnai memurluğa ilişkin hükümlerin üst düzey kamu yöneticileri hakkında uygulanan hükümlere benzerlik gösterdiği görülmektedir. Bir önceki paragrafta istisnai memurlar hakkında sayılan hükümlere benzer düzenlemeler üst düzey kamu yöneticileri hakkında da öngörüldüğünden istisnai memurların tabi olduğu rejime üst düzey kamu yöneticilerinin de tabi olduğu söylenebilir⁴². Bu kapsamda, istisnai memurların tabi olduğu kuralların tüm üst düzey kamu görevlileri için uygulanacak olması, istisnai olarak uygulanması amacıyla düzenlenen hükümlerin sürekli hâle gelmesi olarak değerlendirilebilir.

3 sayılı CBK'nın 3. maddesinin dördüncü fıkrasında hem üst düzey kamu yöneticisi hem de istisnai memurluk statüsünde bulunanlar için bir düzenlemeye yer verilmiştir. *“657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesine göre yapılacak atamalarda birinci ve ikinci fıkraların (a) bentleri hariç, bu madde hükümleri uygulanmaz”* hükmü yer almaktadır. 3. maddenin muhtevasında, üst düzey kamu görevlilerinin atanma usulü bulunmaktadır. Burada ekli cetvellerde yer verilen üst düzey kamu yöneticisi kadrosuna atanabilmek için gereken koşullar yer almaktadır. Bunun dışında, üst düzey kamu yöneticileri için çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak dördüncü fıkra maddeye bir istisna getirmektedir. 657 sayılı Kanunun 59. maddesinde yer verilen istisnai memurların aynı zamanda üst düzey kamu yöneticisi olması durumunda, atanma koşulu olarak 3. maddenin birinci fıkrasındaki şartlar uygulanacaktır. Bunun dışında 3 sayılı CBK'nın 3. maddesinde üst düzey kamu yöneticileriyle ilgili bir hüküm varsa bu hüküm uygulanmayacak, 657 sayılı Kanunun 60 ve 61. maddeleri ile diğer maddelerindeki istisnai memurlar için yer alan düzenlemeler uygulanacaktır.

³⁸ KARSLI, Mehmet Rauf: “Üst Düzey Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(1), 2020, s.193.

³⁹ YILDIRIM, Turan/YAŞIN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/TEKİNSOY, Okay: İdare Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s.242.

⁴⁰ SEZER, Yasin: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi Açısından İstisnai Memurluklar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(3-4), 2003, s.182.

⁴¹ YILDIZ, Günay: “İstisnai Memurluk Kavramının Kayırmacılık ile İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 19(3), 2017, s.1050.

⁴² 375 sayılı KHK'nın Ek 35. maddesi.

Söz konusu hükümler, hem üst düzey kamu yöneticisi olup hem istisnai memurluk statüsünde bulunanlar için ikili uygulama yapılması sonucunu doğurmaktadır. İstisnai memurlukla üst düzey kamu yöneticilerinin statüsü birbirine benzemektedir. Ancak ikili uygulama çeşitli sorunları beraberinde getirebilir. Kanun ile kararname gibi düzenlenme biçimi farklı türdeki iki mevzuatın uygulanmasından ziyade, tek bir mevzuat türünün uygulanması daha yerinde olabilirdi.

657 sayılı Kanunun istisnai memurluğa atanmak için gereken koşulları belirleyen 60. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “*Kuruluş kanunlarındaki veya Cumhurbaşkanlığı kararnamelerindeki özel hükümler saklıdır*” hükmüyle kurumların kuruluş kanunları ile CBK’larda istisnai memurlar için özel hükümler öngörülebilir⁴³. Söz konusu kanuni düzenleme sonucu, 3 sayılı CBK’nın 3. maddesinde üst düzey kamu yöneticisi olarak atanabilmek için bazı koşullar öngörülmüştür. Ancak, 3. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemeler dışında, istisnai memurluk için 657 sayılı Kanunun 48. maddesindeki koşullar dışında bir koşul öngörülmemiştir. O yüzden 3 sayılı CBK’nın 3. maddesinde istisnai memurlarla ilgili bir düzenlemeye yer verilmeseydi de 657 sayılı Kanun kapsamında bakan yardımcılığına istisnai memurların atanma koşullarını taşıyanlar arasından atama yapılabilirdi.

3 sayılı CBK’nın 3. maddesi ile istisnai memurlar için kriter getirilmiştir. Kamuda veya özel sektörde beş yıldan az çalışması olanlar bakan yardımcılığına atanmamaktadır. Eğer CBK’daki bu düzenleme yer almasa idi idare, herhangi bir kısıtlama olmaksızın 657 sayılı Kanunda istisnai memurlar için öngörülen genel atama koşullarını taşıyanlar arasından atama yapabilirdi.

Üst düzey kamu görevlilerinden olan bakan yardımcıları hakkında kanaatimizce, hem 657 sayılı Kanunda yer alan istisnai memurluklara ilişkin düzenlemeler hem de 3 sayılı CBK’nın 3. maddesinin birinci fıkrasının uygulanması gerekmektedir. Ancak mevzuatta yer alan düzenlemelerin birbiriyle çelişmemesi ve karmaşıklığın önlenmesi için bakan yardımcılığının istisnai memurlukların sayıldığı 657 sayılı Kanunun 59. maddesinden çıkartılması böylece sadece 3 sayılı CBK kapsamında bulunması ya da doğrudan ve sadece 657 sayılı Kanundaki düzenlemelere tabi tutulması daha yerinde olurdu.

Anayasa’nın 128. maddesinde; Devletin yapmakla yükümlü olduğu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmiştir. Kamu görevinin sürekli görev olmasından anlaşılması gereken, yapılacak görevin kadroya bağlanması yani memurun söz konusu kadroyla bütünleşmesidir⁴⁴. Memurlar atama işlemiyle birlikte Devlet memuru statüsüne dâhil olmakta ve kamu hizmetinin yürütülmesine sürekli olarak katılmaktadır⁴⁵. Ancak sürekli olmayan sözleşmeli statü gibi bir statü içinde bulunmak Anayasa’nın 128. maddesi bağlamında süreklilik oluşturmamaktadır⁴⁶. 375 sayılı KHK’ da üst kademe kamu yöneticilerinin sözleşmeli statüde çalıştırılabileceği öngörülmüştür⁴⁷. Burada asli ve sürekli bir görev olan bakanlıklardaki bakan yardımcısı görevinin sözleşmeli statüde hatta kamu görevlisi olmayanlar arasından atanabileceğinin kabul edilmesi bizce kamu görevinin sürekli bir görev olması ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Yeni sistemde bakan yardımcısının idari teşkilattaki konumu ve önemi sebebiyle sözleşmeli statüde çalıştırılması mümkün görünmemektedir.

Asli ve sürekli görevlerin memurlar ve kamu görevlileri eliyle gördürülmesi kuralına bağlı kalınarak bakan yardımcısı atamasının memurlar ve diğer kamu görevlileri arasından yapılması daha uygun olacaktır.

IV. ESKİ SİSTEMDE MÜSTEŞAR – YENİ SİSTEMDE BAKAN YARDIMCISI KARŞILAŞTIRMASI

Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, “*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir*” hükmüne yer verildiğinden tüm kamu görevlileriyle ilgili her türlü husus eski sistemde kanunla düzenleniyordu. Ancak yeni sistemde, üst düzey kamu görevlileriyle ilgili usul ve esasların CBK ile düzenleneceği belirtildiğinden, belirli statü ve sayıdaki kamu görevlisinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar artık kanunda düzenlenmeyecektir. Kaynağını doğrudan Anayasa’dan alan yetkiyle çıkartılan CBK’lar ile üst düzey kamu görevlilerine ilişkin düzenlemeler

⁴³ SEZER, s.184.

⁴⁴ GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 6. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2002, s.507.

⁴⁵ KARSLI, s.198.

⁴⁶ GÜNDAY, s.507; Genel idare esaslarına göre bir işi geçici olarak yürüten bir kişinin memur olarak kabul edilemeyeceği kabul edilmektedir. (GÖZLER, İdare Hukuku C. II, 2019, s.669)

⁴⁷ 375 sayılı KHK’ nın ek 35. maddesinin yedinci fıkrasında, “*Üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atananlar, atandıkları kadro, pozisyon ve görevlerde 657 sayılı Kanunun ve diğer kanunların sözleşmeli personel çalıştırılması hakkındaki hükümlerine bağlı olmaksızın sözleşmeli olarak da çalıştırılabilir*” hükmüne yer verilmiştir.

yapılmıştır⁴⁸. Eski sistemde müsteşarın atanmasına ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenirken yeni sistemde bakandan sonra bakanlıkta en üst hiyerarşik amir olan bakan yardımcılarının atanmasına ilişkin usul ve esaslar CBK ile düzenlenmektedir.

Bakanlıkta görev yapan memurların atanmasına dair usul ve esaslar (üst düzey kamu görevlileri hariç) 657 sayılı Kanuna tabidir⁴⁹. Ayrıca bu görevdekiler için 657 sayılı Kanunun 3. maddesine göre kariyer ve liyakat ilkeleri geçerlidir. Eski sistemde, bakanlıkta görev yapan ve hiyerarşide yer alan tüm personel için bu ilkeler uygulanmaktaydı. Kariyer ilkesi, devlet memurlarının yaptıkları hizmetler için gerekli bilgilere ve yetişme şartlarına uygun olarak sınıfları içinde, en yüksek derecelere kadar ilerleme imkânıyla yükselmelerinin sağlanması olarak tanımlanabilir⁵⁰. Liyakat ilkesi ise, kişilerin devletin yürüttüğü kamu hizmetine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevinin sona ermesinde yetenek ve başarının esas alınması şeklinde açıklanabilir⁵¹.

Müsteşar, meslekten yetişen ve bakanlık hiyerarşisinde bulunan, kariyer basamaklarından geçerek bu makama gelmiş yüksek dereceli bir memurdur⁵². Dolayısıyla haklarında 657 sayılı Kanun uygulanmaktadır. Ayrıca, bu kanundaki kademe ilerlemesi ile derece yükselmesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bu kişi, bakanlıkta bakandan sonra hiyerarşik olarak bir alta yer alan yüksek memur statüsündeki kamu görevlisidir. Memurlar arasından yükselerek müsteşarlığa atanabilmektedir. Ancak yeni sistemde bakan yardımcılığı için böyle bir durum öngörülmemiştir. 657 sayılı Kanundaki kariyer ve liyakat ilkeleri ile statü hukuku yeni sistemde bakan yardımcılarını için bulunmamaktadır⁵³. Bunlar için diğer üst düzey kamu yöneticileriyle birlikte Devlet memuru statüsünden ayrılan yeni ve farklı bir statü oluşturulmuştur⁵⁴. Bakan yardımcılarını müsteşarlar gibi 657 sayılı Kanundaki sistem içinde bulunmamakta, yeni ve farklı bir statü içinde yer almaktadır. Bu statü, bir önceki bölümde bahsedilen ve ayrıntıları 3 sayılı CBK ile 657 sayılı Kanunun 59, 60 ve 61. maddesinde düzenlenen statüdür. Müsteşarlar 657 sayılı Kanunun 4/A maddesinde yer alan kadrolu memur statüsü dışından atanamazken yeni sistemde bakan yardımcılarını için durum tamamen farklıdır. Onlar, sözleşmeli statüde istihdam edilebileceği gibi bunun dışında kamu görevlisi olmayan yüksek öğrenim mezunu ve özel sektörde beş yıllık tecrübesi olanlar arasından da atanabilmektedir.

Müsteşar ile bakan yardımcısının atanma usulü birbirinden tamamen farklıdır. Mülga 2451 sayılı Kanunun 2. maddesinde, ekli (2) sayılı listede yer alanların müşterek kararname ile atanacağı belirtilmiştir. Müşterek kararname, ilgili bakanın, Başbakanın ve Cumhurbaşkanının imzalarının bulunduğu kararnamedir⁵⁵. Eski sistemde müsteşar atanmasına ilişkin kararnamede, yürütmeyi oluşturan unsurların en önemli öğelerinin irade ve imzasının bulunduğu görülmektedir. Ancak yeni sistemde, yürütmenin yegâne sahibi olan Cumhurbaşkanı kararı ile bakan yardımcısı atanmaktadır. Atamalar bireysel işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanı kararı ile yapılmaktadır. Yeni sistemde bakan yardımcısının atanmasında bakanın yetki ve iradesi bulunmamaktadır. Yeni sistemde bakana, bakanlıkta birlikte çalışacağı bakan yardımcısını belirleme konusunda herhangi bir yetki verilmemiştir⁵⁶.

Müsteşar hakkındaki tüm düzenlemeler kanunla yapıldığı gibi haklarındaki mali konulara ilişkin düzenlemeler de kanunla yapılmaktaydı. Yeni sistemde mali ve sosyal hakların CBK ile düzenleneceğine dair Anayasa hükmü bulunmadığından ve Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, mali konuların kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunması nedeniyle CBK ile düzenleme yapılmaması gerekmektedir. Sadece üst düzey kamu yöneticilerinin atanmasına ilişkin usul ve esaslar CBK ile düzenlenebilmektedir. Anayasa Mahkemesi (1) sayılı CBK'ya eklenen 4/A maddesinde yer alan "...Kurul üyelerine yapılabilecek ödemeler Cumhurbaşkanınca belirlenir" cümlesinin iptali istemiyle açılan davada düzenlemenin Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasına aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme kararında Yüksek İstişare Kurulu üyeliği, kadro ve pozisyona bağlı olmayan bir görev olarak görülmüştür. Asli ve sürekli bir görevi ifa etmemeleri ve kurul üyeliği yanında başka bir görevi de aynı anda ifa edebilmeleri nedeniyle Anayasa'nın 128.

⁴⁸ YILDIRIM, Turan: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(2), 2017, s.17.

⁴⁹ 657 sayılı Kanunun kapsamını düzenleyen 1. maddesi.

⁵⁰ GÖZLER, İdare Hukuku C. II, 2009, s.671.

⁵¹ YILDIRIM/YAŞIN/KAMAN/ÖZDEMİR/ÜSTÜN/TEKİNSOY, s.215.

⁵² GÜNDAY, s.348.

⁵³ KAMAN, Nur: "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu Personel Hukukuna Etkileri", Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2018, s.93.

⁵⁴ KARSLI, s.197.

⁵⁵ GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2009, s.244.

⁵⁶ ARDIÇOĞLU, M. Artuk: "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, 3, 2017, s.27.

maddesinde yer alan diğer kamu görevlileri arasında değerlendirilmemiştir⁵⁷. Söz konusu kararın mefhumu muhalifinden asli ve sürekli görevlerde bulunanlar hakkında yapılacak mali konulara ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerekmektedir.

Ancak, 1 sayılı CBK'nın bakan yardımcılarını ile ilgili 504. maddesinin dördüncü fıkrasında atamaya ilişkin olmayan bir düzenlemeye yer verilmiştir.

“Bakan Yardımcısı kadrosuna atananların varsa emeklilik veya yaşlılık aylıkları kesilmez. Ayrıca bu kadroya atanmadan önce veya atandıktan sonra emeklilik ya da yaşlılık aylığına hak kazananlara, talep etmeleri halinde mevcut görevleriyle ilişkileri kesilmeden emeklilik veya yaşlılık aylığı bağlanır.”

Düzenlemeye göre, kamu görevine ataması yapılan bakan yardımcısına emeklilik aylığı ödenmeye devam etmektedir. Atamaya ilişkin usul ve esaslardan olmayan kamu görevlilerinin mali haklarına ilişkin düzenlemenin kanunda yer alması gerektiği düşünülmektedir.

Bakanlıklar, kamu hizmetinin süratli, etkili, verimli ve ekonomik olarak yürütülebilmesi için oluşturulmuş, kamu hizmetinin belirli bir bölümünde uzmanlaşmış merkezden yönetimin bir birimidir⁵⁸. Müsteşar da belirli bir konuda uzmanlaşan bakanlığın siyasi olmayan memur kökenli en üst amiridir. Müsteşar, kamu hizmetinin belirli bir alanında uzmanlaşmış olan bakanlıkta, idari olarak bakan tarafından verilen bütün görevleri yerine getirir ve bakanlık için merkez, taşra ve varsa yurtdışı teşkilatı arasında işbirliğinin sağlanmasına yardımcı olur⁵⁹. Yeni sistemde müsteşarın yetkilerine bakan yardımcısı sahiptir. Ancak eski sistemde olduğu gibi her bakanlıkta bir bakan yardımcısı değil birden fazla bakan yardımcısı bulunmaktadır. Birden fazla bakan yardımcısıyla ilgili meseleleri ilerleyen bölümlerde değerlendireceğiz. Hem müsteşarın görevlerini düzenleyen 3046 sayılı Kanunun mülga 22. maddesi hem de yeni sistemde bakan yardımcısının görev ve yetkilerini düzenleyen 1 sayılı CBK'nın 504. maddesinde görev ve yetkiler benzerdir. Bu kapsamda, yeni dönemde müsteşarın görev ve yetkilerini yerine getirecek makamın bakan yardımcılığı olduğu söylenebilir⁶⁰.

Müsteşarın, 657 sayılı Kanuna tabi statüde görev yapması nedeniyle, görevden alınmaları da yine bu kanunda öngörülen şekilde yapılmaktaydı. Görevden alma işleminde aşağıda yer alan 657 sayılı Kanunun 76. maddesinin uygulandığı görülmektedir.

“Kurumlar, görev ve unvan eşitliği gözetmeden kazanılmış hak aylık dereceleriyle memurları buldukları kadro derecelerine eşit veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde daha üst, kurum içinde aynı veya başka yerlerdeki diğer kadrolara naklen atayabilirler.”

Söz konusu düzenlemenin yargı kararlarına da yansıdığı görülmektedir. Düzenlemede, idarece görevden alınan bir memurun kadro derecesine eşit veya üst bir kuruma atanabileceği öngörülmüştür. İdarenin görevden almayı düşündüğü müsteşar hakkında somut sebepler ortaya koyması gerekmektedir. Aksi takdirde, takdir hakkına dayanarak hiçbir somut sebep ortaya koymadan görevden alma işlemi tesis edilmesi halinde işlem hukuka aykırı olmaktadır.

Görevden alınarak bakan müşavirliğine atanan müsteşarın açtığı dava hakkında Danıştay aşağıdaki gerekçeye yer vermiştir.

“Davacının müsteşarlık görevini yaptığı süre içinde Bakanlık ve bağlı kuruluşlardaki memur alımı, müfettiş yardımcılığı yeterlik sınavı, yönetici kadrolara yapılan atamalar gibi bir çok konuda hakkında şikayetler olduğu, davalar açıldığı ve halen devam eden soruşturmalar bulunduğu dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır. Belirtilen durum karşısında gerek öğrenim durumu ve geçmiş hizmetleri ile Müsteşarlık görevinin önem ve özelliği ve gerekse hakkındaki soruşturmalar sonucu yıprandığı gözetilerek davacının müsteşarlık görevinden alınarak müşavirlik görevine atanmasında sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılık görülmüştür.”⁶¹

Yüksek Mahkeme, müsteşarın görevden alınması konusunda somut gerekçeler ortaya koyan idari işlemi hukuka uygun bularak davayı reddetmiştir. Ayrıca, 657 sayılı Kanunun 76. maddesi kapsamında uyumsuzluk incelenmiştir. Yani, müsteşarlık görevinden alınmada somut gerekçeler

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 23.01.2020 tarih ve E:2019/78, K:2020/6 sayılı kararı, RGT. 13.05.2020, S. 31126.

⁵⁸ AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s.208.

⁵⁹ GÜNDAY, s.349.

⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. 3046 sayılı Kanunun mülga 22. maddesi ile 1 sayılı CBK'nın 504. maddesi. Bakan yardımcılarının görevleri arasında müsteşardan farklı olarak sadece “stratejik plan ve performans hedefleri ile hizmet gereklerine, uygun olarak belirler.” yer almaktadır.

⁶¹ Danıştay 5. Dairesinin 07.02.2000 tarih ve E. 1997/2082, K.2000/398. “... 76. madde ile memurların naklen atanmaları konusunda idareye verilen takdir yetkisinin ancak Yasanın temel ilkeleri, kamu yararı ve hizmet gerekleri gözardı edilerek kullanıldığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince saptanması halinde, dava konusu edilen idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka aykırılığı nedeniyle iptalinin gerektiği yerleşmiş yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır.” açıklamasıyla müsteşar atamasının yargısal denetiminin diğer memur atamalarıyla aynı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, sebep unsurunun da bulunması gerektiği söylenmiştir.

belirtildiğinden işlem hukuka uygun bulunmuştur⁶².

Bakan yardımcılarının üst düzey kamu yöneticileri hakkındaki hükümlerin tümüne tabi olmadığını daha önce söylemiştik. Kamu görevlileri arasından üst düzey kamu yöneticisi ataması yapıldıktan sonra görev süreleri dolduğunda daha sonraki görev yeriyle ilgili 375 sayılı KHK'nın Ek 35. maddesinde aşağıdaki düzenleme yer almaktadır.

“Kamu görevlileri arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanandan; a) Ek göstergesi (6400) ve daha yüksek tespit edilen üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler, Cumhurbaşkanlığına bağlı, ilgili, ilişkili kurum ve kuruluşlarda müşavir veya danışman kadro veya pozisyonlarına ya da bakanlıkların merkez teşkilatlarında bakanlık müşaviri unvanlı kadrolara, b) İl valilerinden görevden alınanlar, vali-mülkiye başmüfettişi unvanlı kadrolara, c) (a) ve (b) bentleri dışında kalanlardan görevlerinden alınanlar veya görevleri sona erenler; 1) Yönetici kadroları dışında daha önce buldukları veya öğrenim durumları itibarıyla ihraz etmiş oldukları unvanlara ilişkin kadro veya pozisyonlara, 2) Denetim elemanı ya da uzman kadro veya pozisyonlarına, 3) Araştırmacı veya uygun görülecek diğer kadro ve pozisyonlara, Cumhurbaşkanınca veya bakanlarca ya da atamaya yetkili amirlerce atanırlar”

Buna göre, kamu görevlileri arasından üst düzey kamu yöneticisi ataması yapılmasından sonra görev süreleri dolunca, Cumhurbaşkanlığı ya da bakanlıklara veyahut üst düzey kamu yöneticiliğine atanmadan önceki kadrolarına dönebilmeleri sağlanmaktadır. Bakan yardımcılarını hakkında uygulanacak görevden almaya ilişkin hükümler ise 657 sayılı Kanunun 163. maddesinde düzenlenmiştir⁶³. Maddede, 657 sayılı Kanuna tabi kurumlarda çalışırken istisnai memurluk kadrosuna atanmışlar için, *“ayrıldıkları sınıfa dönmek istedikleri takdirde, istisnai memuriyetlerde geçirmiş oldukları süre, bu Kanunda derece terfii için belirtilen esaslara göre girebilecekleri yeni derecenin tayininde normal derece terfii sürelerine karşılık sayılır.”* hükmüne yer verilmiştir⁶⁴. Söz konusu hükümde, bakan yardımcısı kadrosuna atanmışların eski görevine döneceği ve bakan yardımcılığında geçirdiği hizmet süresinin derece terfiinde değerlendirileceği belirtilmiştir.

Kamu görevlisi olmayanların üst düzey kamu yöneticisi olarak atanmasından sonra görevlerinin sona ermesi halinde haklarında aşağıdaki hüküm uygulanacaktır.

*“Kamu görevlisi olmayanlar arasından üst kademe kamu yöneticisi kadro, pozisyon ve görevlerine atanandan görevleri sona eren veya görevden alınanlara tazminat ödenip ödenmemesi ve tazminat miktarı ile buna ilişkin diğer hususlar Cumhurbaşkanınca belirlenir.”*⁶⁵

Ataması yapılan bu kişilerin görev süresi bittiğinde, kamu ile ilişkisi kesilmektedir. Ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek miktarda tazminat ödenmesi mümkün görünmektedir. Bu konuda yapılan düzenlemeler, özel hukuka tabi işçi çalıştırmaya benzetilmektedir⁶⁶. Kadroya atanmayla birlikte teşkilat ile bütünlük oluşmuş olsa da personel bütünlüğüne dâhil olunmamaktadır⁶⁷. Ancak bakan yardımcılarını için bu hükümler uygulanmayacaktır.

657 sayılı Kanunun 163. maddesinde yer alan istisnai memurlar için aşağıdaki düzenlemeye yer verilmiştir.

“Bu Kanuna tabi olmayan kurumlardan atanmışlar, bu Kanuna tabi kurumlarda bir göreve atanmayı istedikleri takdirde, istisnai memuriyette geçirilen süre (a) fıkrasındaki esaslara göre ve girecek derecenin sınav veya seçmesini başarmak kaydıyla, derece ve kademe ilerlemesine sayılır. Bu gibiler için adaylık hükümleri uygulanmaz”

Görüldüğü üzere, kamu görevlileri dışından bakan yardımcısı ataması yapılmasından sonra görev süresinin bitmesi halinde bir tazminat ödeneceği belirtilmemiştir. Sadece, sonradan sınav şartı sağlanarak başarılı olup memurluğa girilmesi durumunda, bakan yardımcılığında geçirilen süreler sınavla girilen görev için, derece ve kademe ilerlemesinde değerlendirilmektedir.

Müsteşarın görev süresi bakan yardımcılarını gibi kanunda belirtilmemiştir. Kariyer ve liyakat ilkeleri geçerli olduğu için somut gerekçeler bulunmadığı sürece, görevden alınmazlar. Ancak bakan yardımcılarının görev süresi 3 sayılı CBK'nın 4. maddesi gereğince Cumhurbaşkanının görev süresi kadardır. İkinci defa bu görevi yapamayacakları belirtilmediğinden, görev süreleri dolduktan sonra Cumhurbaşkanınca yeniden atanabilirler. Müsteşarlık görevine, kamu görevlileri dışından birisinin atanamaması sebebiyle, dışarıdan atanmış bir bakan yardımcısı hakkında uygulanacak hükümler

⁶² Danıştay 5. Dairesinin 07.02.2000 tarih ve E. 1997/2082, K.2000/398 sayılı kararı; İDDK'nın 17.05.2002 tarih ve E. 2000/496, K. 2002/450.

⁶³ SEZER, s.187.

⁶⁴ 657 sayılı Kanunun 163. maddesinin birinci fıkrası.

⁶⁵ 375 sayılı KHK'nın Ek 35. maddesi.

⁶⁶ 4857 sayılı İş Kanununun 11. maddesinde yer alan belirli süreli iş sözleşmesine benzetilebilir.

⁶⁷ KARSLI, s.199.

müsteşar için geçerli değildir.

Mülga 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun ile eski sistemde başbakanlık teşkilatı düzenlenmiştir⁶⁸. Başbakanlık teşkilatı, Anayasa ve kanunların Bakanlar Kurulu, Başbakan ve Başbakanlığa verdiği görevleri yerine getirmek üzere oluşturulmuştur⁶⁹. Kamu hizmetlerinin yürütülmesi konusunda her hizmet birimi için farklı bakanlık bulunmaktadır. Başbakanlık ise bu bölümlemede koordinasyon ile görevliydi⁷⁰.

Başbakanlık teşkilatında Başbakandan sonra en üst hiyerarşik amir Başbakanlık Müsteşarıdır⁷¹. Başbakan siyasi bir figür olmasına ve seçimle iş başına gelmesine karşın Başbakanlık Müsteşarı Devlet memurudur. Bu statü içinde en yüksek Devlet memuru olarak öngörülmüştür. Görevlerini yerine getirirken Başbakana karşı sorumluydu⁷².

Başbakanlık Müsteşarının görevleri mülga 3056 sayılı Kanununun 5. maddesinde yer almaktadır. Görevleri arasında “bakanlıklar arasında koordinasyon ve işbirliğini temin etme” bulunmaktadır. Ayrıca tüm devlet tüzel kişiliğini kapsayan alanda da görevleri bulunmaktadır. Mesela “Devlet idaresinde etkinliğin sağlanmasını, görevlerin tam ve verimli bir şekilde zamanında yerine getirilmesini temin etmek üzere sistem ve prensipleri geliştirmek” görevi bulunmaktadır. Başbakanlık müsteşarının, bakanlıkların görev alanına giren işler konusunda ise karar alma ya da eylemde bulunma görevleri bulunmamaktadır. Sadece bakanlıklar arası koordinasyon ve işbirliğini sağlama görevleri bulunduğu görülmektedir.

İdari İşler Başkanı yeni sistemde Başbakanlık Müsteşarının yerini almak üzere düzenlendiğini düşünmekteyiz. Buna bizi götüren sebep ise, 1 sayılı CBK’nın 5. maddesinde yer alan İdari İşler Başkanının en yüksek devlet memuru olarak öngörülmesidir⁷³.

En yüksek Devlet memuru olarak düzenlense de atanma usulüne dair herhangi bir kurala yer verilmemiştir. Atandığı statü Devlet memurluğu olarak belirtilmesine karşın, Devlet memurluğu yukarıda bahsedildiği üzere süreli değil sürekli bir görevdir. Eski sistemde, müsteşar güvenceli Devlet memurluğu ve sürekli bir görev olarak öngörüldüğünden en yüksek Devlet memuru olarak yer almaktaydı. Yeni sistemde İdari İşler Başkanının statüsünün Devlet memuru değil bir nevi üst düzey kamu yöneticisi olduğunu düşünmekteyiz. Ancak, 3 sayılı CBK’da İdari İşler Başkanı yer almamaktadır. Fakat Cumhurbaşkanlığı teşkilatında yer alan İdari İşler Başkanının Cumhurbaşkanlığının idari bakımdan en üst amiri olarak düzenlenmesi nedeniyle üst kademe yönetici olduğunu düşünmekteyiz.

İdari İşler Başkanının görevleri 1 sayılı CBK’nın 6. maddesinde yer almaktadır. Görevleri arasında yer alan “Devlet Teşkilatının düzenli ve etkin bir şekilde işlemlerini temin edecek prensiplerin tespiti için gerekli çalışmaları yapmak” görevi, önceki sistemde Başbakanlık müsteşarının görevleri arasında da bulunmaktadır. Yeni sistemde yasama ve yürütme erkleri arasındaki kuvvetlerin birbirinden sert bir şekilde ayrılığına bağlı olarak kuvvetler arası etkileşim ve iletişim için mekanizmaların kurulması gerekmektedir⁷⁴. Ayrıca yeni sistemde, hükümet meclis içinden çıkmamaktadır. Bu nedenlerle, İdari İşler Başkanına Başbakanlık Müsteşarından farklı olarak “Türkiye Büyük Millet Meclisi ile olan münasebetlerin yürütülmesi ve kamu kurum ve kuruluşları arasında koordinasyonun sağlanması için gerekli çalışmaları yapmak” görevi verilmiştir⁷⁵. İdarenin bir ajanı olan İdari İşler Başkanına verilen söz konusu görev, idare ile TBMM arasındaki işbirliğini ve koordinasyonu sağlayarak erkler arasındaki ilişkileri güçlendirme görevi olarak görülmelidir.

V. BİRDEN FAZLA BAKAN YARDIMCISI – YETKİ DEVRİ

Mülga 2451 sayılı Kanununun eki 2 sayılı Cetvelde tek bir müsteşar ile birden fazla müsteşar yardımcısından söz edilmiştir. Müsteşar ile müsteşar yardımcılarının yerini yeni sistemde birden fazla bakan yardımcısı almıştır⁷⁶. Müsteşar, bakandan sonra en yüksek memurdur ve tek kişiden oluşması

⁶⁸ Mülga 3056 sayılı Kanununun 1. maddesi.

⁶⁹ Mülga 3056 sayılı Kanununun 1. maddesi.

⁷⁰ Mülga 3056 sayılı Kanununun 2. maddesi.

⁷¹ Mülga 3056 sayılı Kanununun 5. maddesi.

⁷² Mülga 3056 sayılı Kanununun 5. maddesi.

⁷³ Doktrinde Gözler ise yeni sistemdeki Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanının eski sistemdeki karşılığının Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri olduğunu belirtmiştir. (GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2009, s.366.)

⁷⁴ YÜKSEL, Saadet: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Güvence Altına Alınması Bağlamında Denge-Denetim Mekanizmaları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(2), 2018, s.10.

⁷⁵ 1 sayılı CBK’nın 6. maddesi.

⁷⁶ ULUSOY, Ali: Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.190.

öngörülmüştür. Ancak bakan yardımcısı, birden fazla sayıda atanmaktadır. Ataması yapılacak kişilerin ise Devlet memuru statüsünde olması zorunlu değildir⁷⁷.

3046 sayılı Kanunun 15. maddesine göre, hiyerarşik kademelenmeler arasında Müsteşarlık en yukarıda yer almaktaydı. Müsteşarlık içerisinde, müsteşar yardımcıları da bulunmaktadır. Dolayısıyla müsteşarın ardından müsteşar yardımcıları bir alt hiyerarşik amirlerdir. Bakanlıkların teşkilat kanunlarında, müsteşar yardımcılığına yer verilmiştir⁷⁸. Genel müdürler müsteşar yardımcılarında bir sonraki hiyerarşik kademede yer almaktaydı. Yeni sistemde müsteşar ve yardımcıları yerine, bakan yardımcıları bulunmaktadır⁷⁹. Genel müdürlükler ve daire başkanlıkları bakan yardımcılarında sonraki kademede yer alırlar. Müsteşarın yetkilerini müsteşar yardımcılara devretmesi ve müsteşar yardımcılarının kendi görev alanlarından yani genel müdürlüklerden sorumlu olmaları şeklinde bir örgütlenme bulunmaktaydı. Genel müdürler bir üstte yer alan müsteşar yardımcısına karşı hiyerarşik olarak sorumluydular. Çünkü müsteşar yardımcılığı hakkında, müsteşarlar hakkında öngörüldüğü gibi bakana doğrudan sorumlu olmaları düzenlenmemiştir. Ayrıca hiyerarşi genel bir yetkidir ve kanunda düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır⁸⁰.

Bakan yardımcılığı ise birden fazladır ve bakana karşı sorumludur. O halde bakan yardımcılığı arasında hiyerarşik üstünlük bulunmamaktadır. CBK hükümleri de bu konuda bir astlık üstlük ilişkisi öngörmemiştir. Bu durumda, bakan yardımcılarının tümünün müsteşar pozisyonunda, onun hak ve yetkilerine sahip oldukları kabul edilmelidir.

Bakanlar eski sistemde olduğu gibi milletvekilleri arasından seçilmesi halinde bakan olarak belirlenen kişinin milletvekilliği düşmekte ve bakanlık görevinden alındığında milletvekilliği görevine dönememektedir⁸¹. Cumhurbaşkanı bakan ataması yaparken, eski sistemde müsteşarın bakanlığın uzmanlık alanı kapsamında görevlendirilmesi gibi bakanlığın sorumluluğundaki kamu hizmetiyle ilgili konularda uzmanlığı bulunan birisini bakan olarak görevlendirmesi mümkündür. Bakanlığın uzmanlık alanında belirli bir kıdeme sahip tecrübeli bir müsteşarın varlığı yeni sistemde aranmayabilir. Çünkü yürütmenin başı konumundaki Cumhurbaşkanının konusunda uzman, siyasi kimliği bulunmayan birisini bakan yapacağı akla gelebilir. Elbette böyle bir senaryo mümkündür. Ancak, bunun gerçekleşmemesi durumunda, yani bakanlığın uzmanlık alanına yabancı birisinin bakan olarak atanması halinde, memurluğun en alt basamağından gelerek kariyer ve liyakat ilkelerine uygun olarak yükselmiş bir müsteşarın bilgi ve tecrübesine ihtiyaç duyulabilir. Kamu hizmetinin etkin ve verimli yürütülebilmesi, kesintiye uğramaması için müsteşarın taşıdığı niteliğe sahip birisinin bulunması gerekmektedir. Bu durumun sağlanmasına, Anayasa değişiklikleri ile bakan yardımcılığı sistemi engel değildir. CBK ve kanun değişikliği yapılarak bu sistemin kurulabileceğini düşünmekteyiz. Mesela birden fazla bakan yardımcısı arasından birisi hiyerarşik olarak üstte olacak şekilde düzenleme yapılabilir.

Günümüzde idarenin yürüttüğü sayısız iş ve işlem bulunmaktadır. Konular arasında uzmanlık gerektiren çalışmaların sayısı artmıştır. Yöneticilerin yetkilerinin bir kısmını astlarına devretmeden tüm işleri tek başlarına yapmalarına olanak bulunmamaktadır⁸². Hiyerarşik olarak en üstte bulunan amirlerin tüm kararları alması ve imzalaması çok zaman alacak ve işlerin uzamasına kırtasiyeciliğe neden olacaktır. Bunu engelleyecek aygıt, yetki devri müessesesidir. Yetki devri, karar alma yetkisinin, şahıs adı belirtilmeden bir makamdan başka bir makama devredilmesidir⁸³. Yetki devri idarenin işleyişinde doğal bir süreçtir. Eski sistemde 3046 sayılı Kanunun 38. maddesinde, “*Bakan, müsteşar ve her kademedeki bakanlık ve kuruluş yöneticileri, gerektiğinde sınırlarını yazılı olarak açıkça belirlemek şartıyla yetkilerinden bir kısmını astlarına devredebilir. Ancak yetki devri yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz*” hükmü yer almaktaydı. Bakanlıkta bakan, sahip olduğu yetkilerin bir bölümünü alt kademelere devredebilir⁸⁴. Bu noktada bizzat belirli bir makamın alması gereken kararlar hariç olmak üzere, bakanın hiyerarşik olarak bir alt kademede bulunan, eski sistemde müsteşara yeni sistemde bakan yardımcısına birçok yetki devri yapması mümkündür⁸⁵. Eski sistemde

⁷⁷ 3 sayılı CBK'nın 3. maddesi.

⁷⁸ Örneğin, Mülga 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun 7. maddesinde düzenlenmiştir.

⁷⁹ 1 sayılı CBK'nın hiyerarşik kademelerini düzenleyen 509. maddesi.

⁸⁰ GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2019, s.256.

⁸¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.209.

⁸² AYTÜRK, Nihat: “Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri”, Amme İdaresi Dergisi, 33(1), 2000, s.79.

⁸³ GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2019, s. 860; YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2009, s.180.

⁸⁴ GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2019, s.863.

⁸⁵ 1 sayılı CBK bakanlıkları da kapsamaktadır. Bakanlıkların tümünü kapsayan ortak hükümler içinde yetki devrine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. 506. maddede, “*Bakan ve her kademedeki Bakanlık yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve*

yetki devrini düzenleyen 3046 sayılı Kanununun 38. maddesine göre, yetkiyi devreden makamın sorumluluğunun devam ettiği söylenebilir.

Yetki devri olduğunda, yetkiyi devralan makamın cezai ve şahsi sorumluluğu da aldığı doktrinde çoğunluk görüşü olarak benimsenmektedir⁸⁶. Ancak, doğurabileceği sonuçlar bakımından yönetme, temsil ve denetleme yetkisi kapsamındaki idari sorumluluk devam edecek, yetkiyi devralana geçmeyecektir⁸⁷. Bu durumda bakan, bakan yardımcısına yetkisini devretmesiyle veya bakan yardımcısı alt kademelere sahip olduğu yetkiyi devretmesiyle idari sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Yeni sistemde ise yetki devrine ilişkin hükümler 1 sayılı CBK’da yer almaktadır. Yürütme yetkisinin asli sahibi konumundaki tek organ olan Cumhurbaşkanı kendisine ait olan yetkileri Bakanlara vermesi yetki devri niteliği taşımaktadır⁸⁸. Cumhurbaşkanlığının tüm teşkilatına ilişkin düzenlemeler içinde ortak hükümler arasında yer alan 506. maddede “*Bakan ve her kademede ki Bakanlık yöneticileri sınırlarını açıkça belirtmek ve yazılı olmak kaydıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur*” düzenlemesi bulunmaktadır. Hükümde sorumluluğun kimde olacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun yanında İdari İşler Başkanlığı bünyesindeki sorumluluğu düzenleyen 16. maddede, “*Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz*” hükmüyle yetkiyi devreden amirin sorumluluğunun devam edeceği kurala bağlanmıştır. 1 sayılı CBK’da Dışişleri Bakanlığına ait maddelerde ise “*Yetki devri, yetkisini devreden amirin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz*” hükmü göze çarpmaktadır. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde yetki devri sonucu iş ve işlemlerde sorumluluk konusunda karışıklık ve çelişki bulunmaktadır⁸⁹. Ortak hükümler bölümündeki düzenlemeler tüm bakanlıkları kapsamaktadır. Bu sebeple, yetkiyi devreden makamın sorumluluğunun devam edeceğine dair bir hükme yer verilmediğinden sorumluluk, yetkiyi devralan makamındır⁹⁰. Çünkü, yetki varsa sorumlulukta bulunmaktadır⁹¹. Bizce de, yetki devri yapılan makamın hukuki ve cezai sorumluluğu doğrudandır. Çünkü suç ve cezalarda şahsilik ilkesi geçerlidir. Ancak idari sorumluluğun mesela disiplin sorumluluğu gibi, yetkiyi devreden makamın, devrettiği makam üzerindeki yönetim, gözetim ve denetim konusundaki yetkileri devam etmektedir. Söz konusu yetki, sorumluluğunu da gündeme getirmektedir.

Kamu hizmetlerinin idarece görülmesi veya idarenin faaliyetleri sebebiyle yasayla ya da alt düzenleyici işlemlerle yetkinin alt kademelere devri yasaklanmışsa veya yetki bizzat makamın sahibine verilmişse yetki devri yapmak mümkün değildir⁹². Bu kapsamda yetkinin bakan tarafından bizzat kullanılması gerektiğine dair bir yasa hükmü yoksa ya da kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yetki devri yasaklanmışsa bakan tarafından bakan yardımcısına o konuda yetki devri yapılması mümkün görünmemektedir. Örneğin, 3 sayılı Üst Kademe Kamu Yöneticileri İle Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 11. maddesinde astsubaylığa ve subaylığa terfilerin bakan tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca, bakanın bu yetkisini alt kademe yöneticilerine devredebileceğine dair hükme de yer verilmemiştir. Bu sebeple, terfi işlemini Milli Savunma Bakanının bizzat yapması gerekmektedir. Bakan yardımcısına bu konuda yetki devri yapılamaz.

Bakanın yetki devri yapamayacağı durumlar bakan yardımcısı için de geçerlidir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 58. maddesinde, Adalet müşavirleri hakkındaki sicillerin Bakan yardımcıları tarafından verileceği düzenlenmiştir. CBK hükmünde sicilın bakan yardımcısı tarafından verileceği belirtilmiştir. Yetkinin bizzat bakan yardımcısı tarafından kullanılması gerekmektedir.

yazılı olmak kaydıyla, yetkilerinden bir kısmını alt kademelere devredebilir. Yetki devri, uygun araçlarla ilgililere duyurulur.” düzenlemesi yer almaktadır.

⁸⁶ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.155; DERDİMAN, R. Cengiz/UYSAL, Yusuf: “Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri”, Uludağ Üniversitesi Fen- Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 27(2), 2014, s.268; GÖZLER ise, yetkiyi devreden makam o yetkisini devretmiş olacağını ve bu nedenle hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağını savunmaktadır. (GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2019, s.887)

⁸⁷ DERDİMAN/UYSAL, s.268.

⁸⁸ ÇAKIR, Hüseyin Melih: “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı-Bakan İlişkisi”, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Kitabı, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, s.49.

⁸⁹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.154.

⁹⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.155.

⁹¹ GÖZLER, İdare Hukuku C. I, 2019, s.887.

⁹² DERDİMAN/UYSAL, s.259.

VI. SONUÇ

Ülkemizde müsteşarlık makamının tarihçesi Cumhuriyetin kuruluş yıllarına kadar dayanmaktadır. Türk idari teşkilatlanmasında müsteşarlık makamının bulunması idarenin işleyişinin sorunsuz gerçekleşmesi bakımından önemlidir. İdarenin işlemlerinin artmasıyla birlikte ilk olarak siyasi müsteşarlık uygulaması yapılmıştır. Çok kısa süren siyasi müsteşarlık tecrübesinden sonra, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçinceye kadarki dönemde idari müsteşarlık sistemi uygulanmıştır.

Güvenceli memur statüsünde yer alan idari müsteşar bakanın siyasi yönünü törpüleyerek bakanlığın uzmanlık alanını temsil eden bir makamdır. İdari müsteşarlığın uygulandığı dönem içinde, bir süre aynı anda bakan yardımcılığı uygulaması da yapılmıştır. Bakan yardımcılığı idari müsteşar gibi 657 sayılı Kanuna tabi Devlet memuru olarak düzenlenmemiş istisnai memur statüsünde öngörülmüştür. İstisnai memur olarak düzenlenmeleriyle göreve atanmaları kolaylaşmış, görev süreleri ise hükümetle aynı süre olarak öngörülmüştür.

Yeni sistemle birlikte müsteşarlık makamı külliyen kaldırılmıştır. Artık müsteşar ile birden fazla müsteşar yardımcısı yer almayacaktır. Bunun yerine bakandan sonra ona hiyerarşik olarak bağlı birden fazla bakan yardımcısı yer almaktadır. Bakan yardımcılığı 3 sayılı CBK'ya ekli 1 sayılı listede yer alsa da üst düzey kamu yöneticilerinin tabi olduğu rejime tabi değildir. 375 sayılı KHK'da yer alan üst düzey kamu yöneticileri hakkındaki hükümlerden istisnadır. Haklarında 3 sayılı CBK'nın 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 657 sayılı Kanundaki istisnai memurlar hakkındaki hükümler uygulanmaktadır.

Eski sistemde müsteşar, Devlet memuru olup kariyer ve liyakat ilkelerine göre yükselen kişiler arasından atanabilmekteydi. Yeni sistemde üst düzey kamu yöneticisi olan bakan yardımcısı, istisnai memur statüsünde kamu görevlileri dışından da atanabilmektedir. Bu durum bakanlığın kamu hizmetinde uzman olduğu alana yabancı kişilerin bakan yardımcısı olma ihtimalini ortaya çıkarmaktadır.

İdari müsteşarlık sistemi, uzun tecrübeler sonucu belirli bir düzene oturtulmuş olup idari teşkilatın işleyişinde önemli bir rol üstlenmiştir. Yeni sistemdeki bakan yardımcılığı müessesesinin uygulaması konusunda yorum yapmak için çok erken olduğunu düşünüyoruz. Ancak, bakan yardımcılığı kurumunun siyasi müsteşarlık kurumunun özelliklerine sahip olması yerine hem idari müsteşarlık hem de siyasi müsteşarlık müesseseleri bir arada düşünülüp karma bir sistem öngörülebilir. Bu durum, idari müsteşarlık kurumunun eksik görülebilecek yönlerini törpüleyecektir. Örneğin, birden fazla bakan yardımcısı arasında bakanlığı bilen, kariyer ve liyakat ilkelerine göre yetişmiş bir bakan yardımcısının bulunması sağlanarak bakanlığın uzmanlık alanındaki işlerin daha kolay çözülmesi sağlanabilir.

Birden fazla bakan yardımcısının bulunması, bakanlığın işleyişinde hiyerarşik sorunlara yol açabilir. Bu sebeple bizce, birden fazla bakan yardımcısı arasında hiyerarşik olarak üstte bulunacak bir bakan yardımcısı belirlenmesi yerinde olacaktır.

Yeni sistemdeki bakan yardımcılığı ile eski sistemde görev yapan müsteşar arasında sorumluluk, hiyerarşik kademe ile görev ve yetki anlamında fark bulunmamaktadır. Her ikisi de doğrudan bakana karşı sorumludur ve bakandan bir sonraki hiyerarşik kademede yer almaktadır. Ayrıca bakanın siyasi konulardaki görevleriyle ilgili yetkileri bulunmamaktadır. Siyasi konularda yetki, kısa süreliğine uygulanan siyasi müsteşara verilmiştir. Bunun dışında kabine toplantısına katılma gibi konularda eski sistemdeki müsteşarın, yeni sistemdeki bakan yardımcısının yetkisi bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA


- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil: Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk: “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2017, s.20-51.
- ATAY, Ender E.: İdare Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- AYTÜRK, Nihat: “Yönetimde Yetki Devri ve İmza Yetkileri”, Amme İdaresi Dergisi, 33(1), 2000, s.79-110.
- ÇAKIR, Hüseyin Melih: “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanlığı-Bakan İlişkisi”, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Kitabı, İstanbul: Marmara Üniversitesi Yayınevi, 2019, s.35-55.
- DİK, Esra: “643 Sayılı KHK ile Düzenlenen Bakan Yardımcılığı ve Hiyerarşik Örgütlenme İçindeki Konumu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 68(4), 2013, s.121-145.
- DERDİMAN, R. Cengiz/UYSAL, Yusuf: “Türk Kamu Yönetiminde Yetki Devri”, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, 27(2), 2014, s.251-277.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. I-II, 2. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2009.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C. I-II, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa 2019.
- GÖZLER, Kemal/KAPLAN, Gürsel: “Bakan Yardımcıları Bakanlık Hiyerarşisine Dahil midir?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 98, 2012, s.11-24.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, 6. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2002.
- KAMAN, Nur: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Kamu Personel Hukukuna Etkileri”, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2018, s.88-94.
- KARSLI, Mehmet Rauf: “Üst Düzey Kamu Yöneticilerinin Atama Usul ve Esasları Üzerine Bir İnceleme”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 28(1), 2020, s.187-208.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esaslar, C. II, 3. Baskı, Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- ÖVGÜN, Barış: “1937: Anayasal Yenilenmeler ve Siyasi Müsteşarlık”, Açıklamalı Yönetim Zaman Dizini 1929-1939, Ankara 2007, s.811-895.
- SEZER, Yasin: “Kamu Hizmetine Girme Hakkı ve Liyakat İlkesi Açısından İstisnai Memurluklar”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 11(3-4), 2003, s.173-193.
- TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 10. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2011.
- TATAROĞLU, Muhittin: “Hükümet Yapısında Gelişme: Bakan Yardımcılığı”, Celal Bayar Üniversitesi İİBF Yönetim ve Ekonomi, 23(2), 2016, s.519-544.
- TOPACA, Mehmet: “Hukuki Temel ve Uygulama Bakımından Türkiye’de Bakan Yardımcılığı”, Türk İdare Dergisi, 479, 2014, s.305-331.
- UÇMAN, Hamit: “Türk Kamu Yönetiminde Bakan Yardımcılığı Uygulaması Üzerine İnceleme ve Değerlendirmeler”, Akademik Hassasiyetler Dergisi, 2(3), 2015, s.191-225.
- ULUSOY, Ali: Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- UYANIK, Halit: “Bakan Yardımcılığı Statüsünün İdare Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, 15(2),2012, s.101-114.
- YILDIRIM, Turan: “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23(2), 2017, s.13-28.
- YILDIRIM, Turan/YASİN, Melikşah/KAMAN, Nur/ÖZDEMİR, H. Eyüp/ÜSTÜN, Gül/TEKİNSOY, Okay: İdare Hukuku, 5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- YILDIZ, Günay: “İstisnai Memurluk Kavramının Kayırmacılık ile İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 19(3), 2017, s.1045-1061.
- YÜKSEL, Saadet: “Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Güvence Altına Alınması Bağlamında Denge-Denetim Mekanizmaları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 23 (2), 2018, s.10-14.
- YAYLA, Yıldızhan: İdare Hukuku, 1. Bası, Beta Basım, İstanbul 2009.

Danıştay kararları www.uyap.gov.tr adresinden alınmıştır.

DOLANDIRICILIK SUÇUNUN SUSMAK SURETİYLE İŞLENMESİ SORUNSALI

THE PROBLEMATIC OF WHETHER FRAUD CAN BE COMMITTED BY SILENCE

Güneş OKUYUCU ERGÜN*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.840591> 

Makale Bilgi

Gönderi: 14/12/2020
Kabul : 17/04/2021

Anahtar Kelimeler

*Dolandırıcılık,
Malvarlığına Karşı
Suç,
İhmal,
Susma,
Aydınlatma
Yükümlülüğü.*

Article Info

Received: 14/12/2020
Accepted: 17/04/2021

Keywords

*Fraud,
Crime Against Property,
Omission,
Silence,
Obligation to Disclose.*

Özet

Dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı TCK'nın Malvarlığına Karşı Suçlar başlıklı onuncu bölümünde 157. maddede düzenlenmiştir. Buna göre dolandırıcılık, “Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağla” maktan ibarettir. Susmanın dolandırıcılık suçunda hile teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bunun mümkün olduğunu savunan yazarlar kadar mümkün olmadığını düşünen yazarlar da vardır. Her türlü susma değilse de kişinin hukuken var olan bir aydınlatma yükümlülüğünün ihmali anlamına gelen susma, dolandırıcılık suçunda hile teşkil edebilir. Bu yükümlülük, kanundan, sözleşmeden ya da sözleşme dışındaki bir nedene dayanan güven ilişkisinden yahut iyi niyet kurallarından kaynaklanabilir. Belirtmek gerekir ki her türlü sözleşme ilişkisinden böyle bir aydınlatma yükümlülüğü doğmayacağı gibi güven ve iyi niyet kuralları da her durumda genel bir aydınlatma yükümlülüğü getiren kurallar olarak düşünülemez. Burada bir taraftan sözleşme serbestisi, ticari örf ve adetten kaynaklanan uygulamalar ve gündelik hayat ilişkileri ile diğer taraftan bunların kişileri aldatma özgürlüğü ve başkalarını aldatma konusunda açık çek olarak değerlendirilmemesi gereği arasında bir denge kurulmalıdır.

Abstract

The crime of fraud is regulated in article 157 of the tenth chapter titled Crimes Against Property of the Turkish Penal Code numbered 5237. According to this clause, fraud refers to “deceiving a person with fraudulent behavior and gaining a benefit to oneself or another, to the detriment of such person or another.” It is controversial whether or not silence could constitute a fraudulent behavior for the purposes of the crime of fraud. In the legal literature, there are scholars who think it is not possible as much as those who argue that this is possible. Even if not all silence, the silence, which appears in the form of omission of a legal obligation to disclose, may constitute a fraudulent behavior for the purposes of the crime of fraud. This obligation may stem from law, contract or a non-contractual trust relationship, or the good faith principles. It should be noted that all contractual relationships, trust or good faith principles should not be interpreted as rules providing such a general obligation to disclose. Here, a balance must be established between the freedom of contract, practices stemming from commercial customs and daily life relations, on one hand, and the requirement that such principles and practices should not be considered as a ground for a freedom to deceive others or an open check to deceive others, on the other hand.

I. GİRİŞ

Dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) Malvarlığına Karşı Suçlar başlıklı onuncu bölümünde 157. maddede düzenlenmiştir. Buna göre dolandırıcılık, “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağla*” maktan ibarettir. İnsandaki artan yağma içgüdüsünün daha incelikli hale gelmesiyle doğru orantılı olarak dolandırıcılık suçu, modern hayatta daha sık işlenmeye başlamıştır¹. Dolandırıcılık suçunun failleri çoğunlukla yetişkinlerdir. Dolandırılanların da çoğunlukla aslında birer dolandırıcı sayılabilecekleri, ancak kendilerini dolandıranlara nazaran daha saf, acemi yahut şanssız oldukları savunulmuştur². Dolandırıcılık, bir yandan kişilerin malvarlığına ilişkin menfaatlerini, diğer yandan irade özgürlüklerini ihlal eden bir suç tipidir³. Bununla beraber, kanunkoyucu tarafından malvarlığına karşı suçlar arasında düzenlenmekle, bu suçun hukuki konusu kişilerin malvarlığına ilişkin menfaatleri olarak belirlenmiş olmaktadır. Söz konusu suç, mağdurun işbirliği ile işlenen suçlardan biri olarak değerlendirilmiştir⁴. Gerçekten de mağdurun aldatılarak kendi malvarlığı aleyhine ve başkalarının lehine tasarrufta bulunmaya sevk edilmesi ve hile ile elde edilen rızası, dolandırıcılık suçuna asıl özelliğini vermektedir⁵. Dolayısıyla hile kavramının incelenmesi, anlamının ve kapsamının belirlenmesi bu suç bakımından büyük önem taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu kavrama ilişkin olarak ceza hukuku öğretisinde ve uygulamasında tartışmalar devam etmektedir. Uzun süre savunulan ceza hukuku hilesi ve özel hukuk hilesi ayrımı, bugün için önemini yitirmiş olsa da hileye ilişkin tartışma sona ermiş değildir. Bu konudaki temel görüş ayrılıklarından biri de susmanın hile sayılıp sayılmayacağı, aldatmanın icrai biçimde gerçekleştirilmesinin gerekip gerekmediği, başka bir ifade ile dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla da işlenebilir işlenemeyeceğidir. Suçun esasına ilişkin olan ve bu makalenin konusunu oluşturan bu tartışma, kolaylıkla sona erecek gibi görünmemektedir.

II. DOLANDIRICILIK SUÇU AÇISINDAN HİLELİ DAVRANIŞ VE MAĞDURUN ALDATILMASI KAVRAMLARI

Günlük dilde de kullanılan hile sözcüğü, Güncel Türkçe Sözlük'te “*Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika*” şeklinde tanımlanmıştır⁶. Ceza hukukunda ise hile, kimi suçlar bakımından suçun unsurunu kimi suçlar bakımından ağırlaştırıcı nedenini oluşturan önemli bir kavramdır. Gerçekten de hile, örneğin dolandırıcılık gibi bazı suçlarda suçun kurucu unsurlarından birini oluştururken, zimmet gibi suçlar bakımından suçun ağırlaştırıcı nedenini teşkil eder. Dolayısıyla hilenin anlamının ve kapsamının belirlenmesi ceza hukuku bakımından zorunludur. Bununla beraber, daha önce de belirtildiği üzere, ceza hukuku öğretisinde ve uygulamasında hile konusunda görüş birliğine varılmış değildir. Bu konudaki en önemli görüş ayrılıklarından birisi, ceza hukuku hilesi ve özel hukuk hilesi ayrımından kaynaklanmaktaydı⁷. Her ne kadar bugün için anlamını yitirmiş olsa da böyle bir ayrımın varlığını savunanlara göre, özel hukukta hilenin varlığının kabulü için mağdurun aldatılmış olması yeterli iken; ceza hukukunda hileden söz edilebilmesi için basit bir yalandan veya mağdurun aldatılmış olmasından fazlası, bir tür sahneye koyma gerekmektedir⁸. Ancak bu ayrıma karşı çıkmış ve daha saf ya da daha az zeki olan kimselerin aslında cezai korumaya daha fazla gereksinme duyduklarının göz ardı edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır⁹. Gerçekten de ticari özgürlük ile başkalarının iyi niyetlerinin suistimal edilmesi karıştırılmamalı ve daha saf ve kolay kandırılabilir durumda olan kimseler dolandırıcıların insafına terk edilmemelidir¹⁰. Dolayısıyla dolandırıcılık suçunun kapsamı gerek yasal düzenleme boyutunda gerekse yorum boyutunda daha önce dolandırıcılık sayılmayan fiilleri de

¹ ANTOLISEI, Francesco: *Parte speciale.*, I, 13. Edizione, Giuffrè editore, Milano 1999, s.348; MANTOVANI, Ferrando: *Diritto penale, Parte speciale, II, Delitti contro il patrimonio*, 4. Edizione, Cedam, Milano 2012, s.197.

² MANTOVANI, s.197.

³ ANTOLISEI, s.349.

⁴ MANTOVANI, s.12 vd.

⁵ ANTOLISEI, s.348; TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 10. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 2019, s.178.

⁶ Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim tarihi: 06.09.2020). Hilenin “*oyun, aldatma, düzen*” anlamına geldiğine dair bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Kişilere Karşı)*, Cilt I, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.502.

⁷ TOROSLU, s.182; ANTOLISEI, s.350; CANESTRARI, Stefano/GAMBERINI, Alessandro/INSOLERA, Gaetano/MAZZACUVA, Nicola/SGUBBI, Filippo/STORTONI, Luigi/TAGLIARINI, Francesco: *Diritto penale, Lineamenti di parte speciale*, 3. Edizione, Monduzzi editore, Bologna 2003, s.537; SELÇUK, Sami: *Dolandırıcılık*, İstanbul 1982, s.105 vd.; EKİCİ ŞAHİN, Meral: *Dolandırıcılık Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.204 vd.

⁸ TOROSLU, s.181-182; SELÇUK, s.92 vd.

⁹ MANTOVANI, s.198.

¹⁰ TOROSLU, s.182; ANTOLISEI, s.350.

kapsayacak şekilde genişlemiştir¹¹. Bizim hukukumuzda da aynı doğrultuda bir gelişme gözlemlemek mümkündür. 765 sayılı yürürlükten kaldırılan TCK’da 1990 yılına kadar hile ve desiselerin kandırıcı mahiyette olması ve başkalarının iyi niyetlerinden yararlanılması aranırken, bu tarihte yapılan değişiklikle başkalarının iyi niyetinden yararlanma koşulundan vazgeçilmiştir. 5237 sayılı TCK’da ise, yalnızca hileli davranışlarla bir kimsenin aldatılması koşulu öngörülmeyle yetinilmiş, hileli davranışların aldatıcı olması dahi aranmamıştır¹².

Buna göre hileli davranış, ikna etmeye yönelik sözlerle ya da yalanlarla gerçeği gizlemek veya olanı yokmuş, olmayanı varmış gibi dış gerçekliğe farklı bir görünüm kazandırmak şeklinde ortaya çıkabilir¹³. Sahneye koyma olmaksızın söylenen basit bir yalan bile eğer mağduru aldatmışsa hiledir¹⁴. Ancak Yargıtayın yerleşik içtihadı, dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabul edilebilmesi için, basit bir yalanı aşan, mağdurları yanıltacak ve kandıracak yoğunlukta ustaca planlanıp sergilenen hilenin aranması yönündedir¹⁵. Ne var ki yukarıda da açıklandığı üzere gerek ceza hukuku öğretisinde ceza hukuku hilesi-özel hukuk hilesi ayrımının terkedilmesi gerekse 5237 sayılı TCK’da dolandırıcılık suçunun düzenlenme biçimi karşısında, basit bir yalan dahi, mağduru aldatmışsa hile teşkil eder ve diğer koşulları da mevcutsa dolandırıcılık suçunu oluşturabilir.

Bu noktada mağdurun aldatılması ve mağdurun aldanmasından yararlanılması arasındaki fark üzerinde de durmak gerekmektedir. TCK m.157’de hileli davranışlarla mağdurun aldatılması koşulu açıkça öngörülmüş olmasına karşın, mağdurun aldanmasından yararlanılması düzenlenmemiştir. Buna göre fail, hileli davranışlarıyla mağduru aldatmış olmalıdır. Başka bir deyişle mağdurun aldanmasının nedeni failin davranışları olmalıdır¹⁶. Mağdurun aldanmasının failin hileli davranışlarından kaynaklanmadığı; yanlıgı ya da bilgisizlik gibi nedenlerle mağdurda zaten var olan aldanma halinden yararlanıldığı durumlarda dolandırıcılık suçu söz konusu olmayacaktır¹⁷.

Ne var ki kişide esasen var olan hatanın devam ettirilmesine ve kuvvetlendirilmesine yönelik icrai davranışlarda bulunulması da yine hileli davranışlarla mağduru aldatmak sayılacak ve dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır¹⁸. Öte yandan aydınlatma yükümlülüğü bulunmayan bir kimse, aldatmaya yönelik başkaca bir davranışta bulunmaksızın salt karşı tarafın hatasından yararlanacak olursa, dolandırıcılık suçunu işlemiş olmayacaktır¹⁹. Buna karşın aydınlatma yükümlülüğü bulunan kimse, bu yükümlülüğüne aykırı olarak susmak suretiyle karşı tarafın aldanmasından yararlanacak olursa, bu susmanın bir beyan değeri taşıması halinde dolandırıcılık suçunda hile gerçekleşmiş olacaktır²⁰.

¹¹ MANTOVANI, s.198.

¹² Söz konusu değişikliğin pratik açıdan önemli bir sonucunun olmadığı ve “hile ve desise” ile “hileli davranışlar” ibarelerinin aynı anlama geldiği hakkında bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı s. 503; TEZCAN, Mahmut/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.867.

¹³ TOROSLU, s.183.

¹⁴ ANTOLISEI, s.351; TOROSLU, s.183; EKİCİ ŞAHİN, s.228; CANESTRARI/GAMBERINI/INSOLERA/MAZZACUVA/SGUBBI/STORTONI/TAGLIARINI, s.538. Aksi yönde bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı, s.506.

¹⁵ YGCK, E. 2017/13-4; K. 2019/383, T. 7.5.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim tarihi: 21.11.2020); YCGK, E. 2017/15-1061, K. 2019/426, T. 14.5.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim tarihi: 21.11.2020); YCGK; E. 2015/15-8; K. 2018/437; T. 16.10.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim tarihi: 21.11.2020), YCGK E. 2014/15-505, K. 2017/130, T. 7.3.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim tarihi: 21.11.2020). Yargıtayın 765 sayılı TCK dönemindeki içtihadını sürdürmesinin eleştirisi ve artık yürürlükteki TCK bakımından hilenin belirli bir ağırlığa ulaşmış olmasının aranmaması gerektiği hakkında bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.871 vd.

¹⁶ ANTOLISEI, s.353; TOROSLU, s.184; CANESTRARI/GAMBERINI/INSOLERA/MAZZACUVA/SGUBBI/STORTONI/TAGLIARINI, s.537; DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (Mala Karşı), 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s.383; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı, s.508; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.882.

¹⁷ MANTOVANI, s.200; TOROSLU, s.185. Eğer koşulları varsa, böyle bir durumda TCK m.160 veya TCK m.250/3’te düzenlenen suçlar söz konusu olabilir.

¹⁸ ANTOLISEI, s.353; EREM, Faruk: Ceza Hukuku Hususi Hükümler (Hususi Hükümler), Cilt II, Ajans-Türk Matbaacılık, Ankara 1968, s.461; Dönmezer, Mala Karşı, s.383; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler), 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.693.

¹⁹ TOROSLU, s.185; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı, s.507, EKİCİ ŞAHİN, s.260.

²⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı, s.507.

III. İHMALİ DAVRANIŞ/SUSMA DOLANDIRICILIK SUÇUNDA HİLE TEŞKİL EDEBİLİR Mİ?

İhmali tartışan teorilerin ayrıntısına girmeksizin belirtmek gerekirse²¹, ceza hukuku bakımından ihmal, normatif bir esasa sahiptir ve hukuken yapılması gereken davranışın yapılmamasından ibarettir²². İhmali davranışla gerçekleştirilen suçlar ise ihmal suçlarıdır ve farklı ölçütlere dayanarak farklı açılardan çeşitli ayrımlara ve nitelendirmelere tabi tutulmuştur. Salt ihmal bir davranışın suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli olup olamamasına ve ihmalî davranış ile bir neticenin gerçekleştirilmesine göre ihmal suçlarını, gerçek ihmal suçları ve gerçek olmayan ihmal suçları olmak üzere ikiye ayırarak incelemek mümkündür.²³

Dolandırıcılık suçu sonuçlu bir suçtur ve kanunda bu sonucun belirli davranış modaliteleriyle gerçekleştirilmesi öngörüldüğünden aynı zamanda bağlı davranışlı suçlardandır²⁴. Yukarıdaki tartışmaya paralel olarak, dolandırıcılığın ihmalî davranışla işlenebilir işlenemeyeceği tereddütlere neden olmaktadır. Türk öğretisinde baskın görüş, dolandırıcılık suçunun ihmalî davranışla da işlenebileceği yönündedir²⁵. Bununla beraber, ihmalî davranışlarla gerçekleştirilen hilenin dolandırıcılık suçuna vücut vermeyeceği ve cezalandırılmayacağı görüşünü savunan yazarların sayısı da az değildir²⁶. Esasen bu görüşü savunan yazarlar, gerçek olmayan ihmal suçlarının cezalandırılabilmesi için failin sonucu önleme konusunda bir yükümlülüğünün bulunması ve ihmalî davranışın icrai davranışa eşdeğer olması gerekliliğinden hareket etmektedirler²⁷. Buna göre de ya (örneğin kasten insan öldürme ve yaralama suçlarının ihmalî davranışla işlenmesinde olduğu gibi) özel kısımda icrai davranışla işlenebilir suçun ihmalî davranışla işlenmesi hali ayrıca düzenlenmeli ya da İtalyan ve Alman Ceza Kanunlarında (“İCK” ve “ACK”) olduğu gibi genel kısımda ihmalî davranışa ilişkin genel bir düzenleme bulunmalı ve böylece genel kısımdaki ihmalî davranış öngören norm ile özel kısımda suç tipini düzenleyen normun birleşmesi sonucu gerçek olmayan ihmal suçu tipi ortaya çıkmalıdır²⁸.

İCK’nın ‘Nedensellik Bağı’ başlıklı 40. maddesi şu şekildedir²⁹:

“Suçun varlığı gerçekleşmesine bağlı olan zarar ya da tehlike, kendi hareketinin ya da ihmalinin sonucu olmadıkça, hiç kimse kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiilden ötürü cezalandırılmaz.”

²¹ Bu konuda kapsamlı bilgi ve değerlendirme için bkz. HAKERİ, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalin Çeşitleri (İhmal), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.61; ÖNTAN, Yaprak: Ceza Hukukunda Fiil, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020, özellikle s.69 vd.; ERBAŞ, Rahime: Türk Ceza Hukukunda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s.18 vd.

²² ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s.40; TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 2019, s.138; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş (Ceza Hukuku), 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.257; ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 14. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s.159; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.234; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 11. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s.132; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s.234; SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.230; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım (Genel Kısım), I, 13. Bası, Beta Yayınları, Ankara 1997, s.475; DUBBER, Markus D./HÖRNLE, Tatjana: Criminal Law A Comparative Approach, Oxford University Press, Oxford 2014, s.208.

²³ Bu konudaki tartışmalar için bkz. HAKERİ, İhmal, s.99 vd.; ÖNTAN, s.140 vd.; ERBAŞ, s.72 vd.; BİRTEK, Fatih: Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.165 vd.

²⁴ MANTOVANI, s.200. Dolandırıcılığın serbest davranışlı suç olduğuna dair bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere, s.502.

²⁵ EREM, Faruk: Dolandırıcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1956, s.9; TOROSLU, s.184; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s.406; ÖZGENÇ, İzzet: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar (Ekonomik Çıkar), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.23; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.651; ÖNTAN, s.177.

²⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı, s.507; BAYRAKTAR, Köksal/YILDIZ, Ali Kemal/AKSOY RETORNAZ, Eylem/AKYÜREK, Güçlü/EVİK, Ali Hakan/ KANGAL, Zeynel/MEMİŞ KARTAL, Pınar/SINAR, Hasan/SONAY EVİK; Vesile/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/BOSTANCI BOZBAYIR, Gülşah/ERMAN, Barış: Özel Ceza Hukuku Malvarlığına Karşı Suçlar, C. IV, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.258; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.869, ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.713; EKİCİ ŞAHİN: s.248; DÖNMEZER, Mala Karşı, s.383.

²⁷ EKİCİ ŞAHİN, s.249-250.

²⁸ GROSSO, Carlo Federico/PELISSERO, Marco/DAVIDE Petrini/PISA Paolo: Manuale di diritto penale, Parte Generale, Giuffrè Editore, Milano 2013, s.222.

²⁹ “Art. 40. Rapporto di causalità. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se l'evento dannoso o pericoloso, da cui dipende l'esistenza del reato, non è conseguenza della sua azione od omissione. Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo.” <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/09/del-reato> (Erişim tarihi 12.11.2020).

Hukuken önlemekle yükümlü olunan bir sonucun önlenmemesi, o sonuca neden olmaya eşdeğerdir.”

ACK'nın 'İhmal ile İşleme' başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrası ise şöyledir³⁰:

“Ceza kanununda öngörülen bir suçun unsuru olan bir sonucu önleme konusunda başarısız olan kimse, bu kanuna göre ancak sonucun gerçekleşmemesini garanti etme konusunda hukuki yükümlülüğünün bulunması ve bu ihmali tipik fiilin unsurlarının icrai davranışla gerçekleştirilmesine eşdeğer olması halinde cezalandırılabilir.”

5237 sayılı TCK'da İCK ve ACK'daki hükümlere benzer bir genel hüküm yer almamaktadır. Öte yandan 765 sayılı TCK'dan farklı olarak yürürlükteki TCK kasten öldürme, yaralama ve işkence suçları bakımından bu suçların ihmal ile işlenmesini özel olarak düzenlemiştir. Ancak bu özel düzenleme, kanunda ihmali düzenleyen genel bir hükmün yer almaması da göz önünde bulundurularak, ihmal ile işlenmesi özel olarak düzenlenmemiş olan suçların ihmalle işlenebilir işlenemeyeceği tartışmasını daha da alevlendirmiştir. Zira kanunkoyucunun belirli suçlar için ihmali düzenlemesi ve diğer suçlar bakımından böyle bir düzenleme yapmamasına bir anlam atfetmek gerektiği; bu konuda genel bir hüküm de sevk etmemiş olması ve kanunilik ilkesi karşısında aksinin düşünülmemeyeceği belirtilmiştir³¹. Elbette bu görüşlerde haklılık payı vardır. Bununla beraber, nasıl ki bu yönde herhangi bir düzenlemenin yer almadığı 765 sayılı TCK döneminde icra ile işlenebilen suçların ihmal ile de işlenebileceği genel olarak kabul görüyorduyorsa³², şimdi de aynı şekilde düşünmeye devam etmek mümkündür. 765 sayılı TCK döneminde örneğin insan öldürme suçunun icra ile olduğu kadar ihmal ile de işlenebileceğine dair bir tartışma bulunmamaktaydı. Dolayısıyla, bebeğini boğarak öldüren anne gibi; bebeğini beslemeyerek öldüren anne de insan öldürme suçundan sorumluydu. Şimdi aksi yönde bir kabul, öldürme, yaralama ve işkence dışındaki suçların ihmal ile işlenmemesi³³; hatta öldürme ve yaralama suçlarının taksirli biçimlerinin dahi ihmalle işlenmemesi ve dahası icrai suçlara ihmal suretiyle iştirak edilememesi anlamına gelecektir³⁴. Bu ise, cezalandırmanın kapsamını, ceza hukuku gerekleri ve tekniği ile bağdaşmayacak ölçüde sınırlandıracaktır. Hangi suçların ihmal ile işlenebileceğinin kanunda tek tek gösterilmesi ise mümkün değildir. Tüm bu tereddütlere ve tartışmalara son vermek adına genel hükümler arasında İCK ve ACK'dakine benzer bir hüküm sevk edilmesi önerilmiştir³⁵. Ancak bu noktada, ihmal konusunda genel kısımda genel düzenlemelere yer verilen Alman ve İtalyan hukukunda dahi konuya ilişkin tartışmalar son bulmuş değilken, bizim hukukumuzdaki tartışmaların öyle kolaylıkla son bulmasını beklemenin mümkün olmadığı vurgulanmalıdır³⁶.

Bu tartışmaya paralel olarak, dolandırıcılık suçunda hilenin ihmalle gerçekleştirilmesi halinde cezalandırmanın mümkün olup olmadığı tartışması da öyle kolay sona erecek gibi görünmemektedir. Ne var ki tıpkı 765 sayılı TCK döneminde yapılageldiği gibi, ihmal ile işlenebileceği özel olarak düzenlenmemiş suçlar bakımından eşdeğerlik değerlendirmesi, kanunda ihmale ilişkin genel bir

³⁰“Section 13 Omissions (1) Whosoever fails to avert a result which is an element of a criminal provision shall only be liable under this law if he is responsible under law to ensure that the result does not occur, and if the omission is equivalent to the realisation of the statutory elements of the offence through a positive act.” https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/criminal_code_germany_en_1.pdf (Erişim tarihi 12.11.2020)

³¹ Söz konusu tartışmaların ayrıntısı için bkz ÖNTAN, s.152 vd; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.505, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.869, EKİCİ ŞAHİN, s.245 vd. Hukuki değerinin ihlali modelleri ve bunların kanunilik ve belirlilik ilkeleri açısından ayrıntılı değerlendirmesi için ayrıca bkz. ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s.909 vd.

³² DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, s.476.

³³ Bu konudaki çeşitli değerlendirmeler için bkz. CENTEL, Nur: “İhmali davranışla Kastan Öldürme veya Yaralama Suçu (TCK m.83, 88/2)”, in Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Köksal Bayraktar'a Armağan, III, İstanbul 2010, s.86; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.268-269; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel hükümler), 22. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s.167; GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat: “Kasten Öldürme ve Yaralama suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m.83, 88), Ceza Hukuku Dergisi, 7(18), 2012, s.23; KATOĞLU, Tuğrul: “Hekimin Ceza Sorumluluğu ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı, C. I, s.220.

³⁴ ÖNTAN, s.156-157.

³⁵ DEMİRBAŞ, s.268-269; DÖNMEZER, Sulhi: “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 9(3-4), 1944, s.493; TEZCAN/ERDEM: “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, ERGÜL, Teoman (ed), TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s.334-335; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.870; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, Genel Hükümler, s.235; ÖNTAN, s.158.

³⁶ Serbest davranışlı bir suç ihdas ederken, bu suçun ihmali davranışla da işlenebileceğine yönelik açık bir hüküm getirmesi dahi, serbest davranışlı suç kuramının mahiyeti gereği, kanunkoyucunun bu suçların ihmali davranışla işlenmesini tipik fiil olarak kabul ettiği ve dolayısıyla bu kuramdan hareketle serbest davranışlı suçların ihmali davranışla işlenmesine yönelik özel bir düzenlemeye gerek olmadığı belirtilmiştir (bkz. ÜNVER, Adliye'ye Karşı, s.909 vd.; BİRTEK, s.167-169.)

düzenleme bulunmasa dahi yapılabilir³⁷ ve dolayısıyla dolandırıcılık suçu gerçek olmayan ihmal suçu biçiminde ortaya çıkabilir³⁸. Burada eşdeğerlikten kast edilen, failin hukuken yapması gerekeni yapmayarak neticeyi önlemeye ilişkin hukuki yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu ihmali davranışla netice arasındaki nedensellik bağına dayanarak ihmalin icraya eşdeğer sayılmasıdır³⁹.

Ancak elbette her türlü susma dolandırıcılık suçuna vücut vermeyecektir. Bunun için failin icrai davranışta bulunma/aydınlatma konusunda hukuki bir yükümlülüğü bulunmalıdır. Dolayısıyla her türlü susma ve hareketsiz kalma değil; ancak hukuken mağduru aydınlatmakla yükümlü olduğu halde susan kimsenin susması ihmali davranışla gerçekleştirilen hile sayılacaktır⁴⁰. Demek ki dolandırıcılık suçunun susmak suretiyle işlenebilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi şarttır. Buna göre susmak, mağdurun aldanmasının nedeni olmalı ve failin hukuken var olan bir yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmelidir⁴¹.

Hukuken failin mağduru aydınlatma yükümlülüğünün ne zaman bulunduğu ne zaman böyle bir yükümlülüğün söz edilemeyeceğinin belirlenmesi hiç de kolay değildir⁴². Bu yükümlülük kanundan, sözleşmeden yahut sözleşme dışında başka bir nedene dayanan güven ilişkisinden veya iyi niyet kuralından kaynaklanabilir⁴³. Kanundan kaynaklanan bir aydınlatma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının belirlenmesi görece daha kolaydır. Aydınlatma yükümlülüğü ceza kanunlarından ya da ceza kanunları dışındaki kanunlardan kaynaklanabilir. Örneğin, Arbuluculuk Kanunu m.9 ve 11; Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu m.78 ve 86; Türk Ticaret Kanunu m.1435'te düzenlenen aydınlatma yükümlülüğü gibi. Dolayısıyla “ölen eşinden bağlanan dul aylığını almakta olan kimsenin, sonrasında evlenmesine rağmen durumu kuruma bildirmeyerek söz konusu aylığı almaya devam et”mesi dolandırıcılık suçunu oluşturacaktır⁴⁴. Aynı şekilde “...Bankası'ndan aldığı yaşlılık ve muhtaçlık maaşını, annesinin ölümünü gizleyip, ilgili kurumlara bildirmeden almaya devam etmek” de dolandırıcılık kapsamındadır⁴⁵.

Sözleşmeden yahut sözleşme dışında başka bir nedene dayanan güven ilişkisi veya iyi niyet kuralından kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğünün belirlenmesi çok daha zordur. Öncelikle belirtmek gerekir ki her türlü sözleşme ilişkisi kişiye aydınlatma yükümlülüğü yüklenmez. Burada sözleşme serbestisi ilkesi, ticari hayatın gerekleri, ticari örf ve adet de göz önünde bulundurulacaktır. Sözleşme ilişkisinin aydınlatma yükümlülüğü doğurabilmesi için, ortada, danışmanlık sözleşmelerinde olduğu gibi, karşı tarafın menfaatlerini ve dolayısıyla malvarlığını koruma yükümlülüğü yükleyen ve özel güven ilişkisine dayanan bir sözleşme olması gerektiği⁴⁶; ticari risk sınırları içinde kalan veya taraflardan birinin tecrübesizliğinden ve basiretsizliğinden kaynaklanan durumların ve sıradan alışveriş sözleşmelerinin aydınlatma yükümlülüğü doğurmayacağı savunulmuştur⁴⁷. Ancak belirtmek gerekir ki bu, aydınlatma yükümlülüğünün sınırlarını oldukça daraltan bir yaklaşımdır. Aynı şekilde mağdurun

³⁷ Aynı yönde olmak üzere, ihmali düzenleyen genel bir cezalandırıcı normun varlığının gerekip gerekmediğine dair Alman hukuku ile karşılaştırmalı tartışmalar ve buna gerek olmadığı hakkında değerlendirmeler için bkz. ÜNVER, Yener: TCK'da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar İftira Suç Uydurma Suç Üstlenme Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik İnfaz Kurumlarından Kaçma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.80-81; ÖNTAN, s.152 vd.

³⁸ Aksi yönde olmak üzere, “standarda aykırı motorinin satışa sunulması hususunda failin alıcıları yanılgıya düşürecek herhangi bir faaliyeti veya dolandırıcılıkta aranan boyut ve etkinlikte hile sayılabilecek aktif bir hareketinin bulunduğu”nun söylenemeyeceğine dair bkz. YCGK E. 2003/4-285, K. 2004/7, T. 20.01.2004.

³⁹ ÖNTAN, s.175.

⁴⁰ TOROSLU, s.184; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı, s.507; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.869; EKİCİ ŞAHİN, s.251; CRESPI, Alberto/FORTI, Gabrio/ZUCCALA, Giuseppe: Commentario breve al codice penale complemento giurisprudenziale, 11. Edizione, Cedam, Milano 2010, s.2355.

⁴¹ TOROSLU, s.184.

⁴² EKİCİ ŞAHİN, s.251 vd.

⁴³ TOROSLU, s.184; DÖNMEZER/ERMAN, Genel Kısım, s.478 vd; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.869, KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s.632; EKİCİ ŞAHİN, s.248 vd.

⁴⁴ Aksi yönde olmak üzere, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ölen eşinden bağlanan dul aylığını almakta olan kimsenin, sonrasında evlenmesine rağmen durumu kuruma bildirmeyerek söz konusu aylığı almaya devam ettiği olayda dolandırıcılığın oluşmadığına karar vermiştir (YCGK, E. 2013/15-510, K. 2013/579, T. 3.12.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim tarihi: 21.11.2020). Halbuki esasen burada kanundan kaynaklanan bir aydınlatma yükümlülüğünün bulunduğunu ve dolayısıyla susmak suretiyle işlenen bir dolandırıcılık suçunun varlığını kabul etmek gerekirdi.

⁴⁵ Aksi yönde olmak üzere, “... Bankası'ndan aldığı yaşlılık ve muhtaçlık maaşını, annesinin ölümünü gizleyip, ilgili kurumlara bildirmeden almaya devam etmek suretiyle haksız menfaat temin ettiğinin iddia ve kabul” olunan olayda hilenin ne şekilde gerçekleştiğinin tesbit edilememesi nedeniyle dolandırıcılığa hükmedilmesini bozma nedeni sayan karar için bkz. Yarg. 11. CD., E. 2009/16131, K. 2010/7284, T. 24/06/2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi 21.11.2020).

⁴⁶ Bkz. CARD, Richard/MOLLOY, Jill: Criminal Law, 22. Edition, Oxford University Press, Oxford 2016, s.487; ORMEROD, David/LAIRD, Karl: Criminal Law, 12. Edition, Oxford University Press, Oxford 2017, s.432.

⁴⁷ CANESTRARI/GAMBERINI/INSOLERA/MAZZACUVA/SGUBBI/STORTONI/TAGLIARINI, s.538; EKİCİ ŞAHİN, s.256-257.

basit bir araştırma ile gizlenen hususu öğrenebilecek olmasının da hilenin varlığını engellemeyeceğini kabul etmek gerekir⁴⁸. Bu nedenle örneğin, gayrimenkul satım sözleşmesi esnasında, satışa konu gayrimenkul üzerinde haciz, rehin gibi 3. kişi lehine tesis edilen aynı hakların bulunduğu gizlemesi, her ne kadar basit bir araştırma ile öğrenilebilecek olsa da mağdur öğrenmemişse, failin davranışı susma suretiyle hile sayılır ve dolandırıcılık suçunu oluşturur⁴⁹.

Aydınlatma yükümlülüğü sözleşme dışında başka bir nedene dayanan güven ilişkisi ve iyi niyet kuralından kaynaklanıyor da olabilir⁵⁰. Ancak tıpkı sözleşme gibi, özel hukuktaki dürüstlük ve iyiniyet kuralı da her durumda geçerli olan genel bir aydınlatma yükümlülüğü doğurmaz. Zira nasıl ki her türlü sözleşme ilişkisi taraflara aydınlatma yükümlülüğü yüklemiyorsa, güven ve objektif iyiniyet kurallarından da bu yönde genel bir yükümlülük çıkarılamaz⁵¹. Böyle bir yükümlülüğün ancak iradenin oluşumu aşamasında ortaya çıkan, karşı taraf için önem arz eden ve sözleşmenin yapılmasında belirleyici olan hususlara ilişkin olarak söz konusu olabileceği savunulmuştur⁵².

Belirtmek gerekir ki gerek sözleşmeden gerekse sözleşme dışındaki bir güven ilişkisi ya da iyi niyet kuralından doğan aydınlatma yükümlülüğü ile ilgili söylenenler, kişileri aldatma özgürlüğü olarak yorumlanamaz. Sözleşme serbestisi ve ticari örf ve adetten kaynaklanan uygulamalar, başkalarını aldatma konusunda açık çek anlamına gelmemektedir. Öte yandan her aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin ve susmanın dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmediği ve değerlendirilemeyeceği de ortadadır. Bir kere her türlü hukuka aykırılığın ceza hukuku ile karşılanmak zorunda olmadığı, özel hukuk yaptırımlarına da konu olabileceği akıldan çıkarılmamalıdır. Kaldı ki aydınlatma yükümlülüğüne aykırı her davranışın ve her susmanın cezalandırılmaması bazen aydınlatma yükümlülüğünün olmamasından veya susmanın hile teşkil etmemesinden ileri gelmemektedir. Aslında bazı hileli davranışlarla aldatmalar, esasen ihmali davranışla gerçekleştirildikleri için cezalandırılmıyor değillerdir. Bu gibi hallerde hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilmiş olsaydı da söz konusu hileli davranışlar dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmeyeceklerdi ve o nedenle cezalandırılmamaktadırlar. Örneğin son kullanma tarihi geçmiş bir dayanıksız tüketim malzemesini bunu bildiği halde, fark etmeyen müşterisini uyarmaksızın satan satıcı, söz konusu malı överek satmış olsaydı da dolandırıcılıktan sorumlu tutulmayacaktır.⁵³

IV. SONUÇ

TCK m.157’de düzenlenen dolandırıcılık suçu “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağla*” maktan ibarettir. Hileli davranış, ikna etmeye yönelik sözler veya yalanlar söyleyerek ya da olanı yokmuş, olmayanı varmış gibi gerçekliğe farklı bir görünüm kazandırarak gerçeğin gizlenmesi şeklinde ortaya çıkabilir. Sahneye koyma olmaksızın söylenen basit bir yalan bile eğer mağduru aldatmışsa hiledir. Susmanın dolandırıcılık suçunda hile teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bunun mümkün olduğunu savunan yazarlar kadar mümkün olmadığını düşünen yazarlar da vardır. Hilenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesinin dolandırıcılık suçuna vücut vermeyeceğini düşünenler, dolandırıcılık suçunu düzenleyen normda ihmali davranışla işlenmesi halinin öngörülmemesine ve TCK’da ACK ve İCK’da olduğu gibi ihmali düzenleyen genel bir düzenlemenin de bulunmayışına dayanmaktadırlar. Halbuki 765 sayılı TCK döneminde de yasal durum bu açıdan pek farklı olmamasına karşın, icrai davranışla işlenen suçların ihmalle de işlenebileceği genel olarak kabul edildiği gibi, dolandırıcılık suçunun da susmak suretiyle işlenebileceği düşünülmekteydi. Dolayısıyla tıpkı 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi, bugün de ihmal ile işlenebileceği özel olarak düzenlenmemiş suçlar bakımından eşdeğerlik değerlendirmesi, kanunda ihmale ilişkin genel bir düzenleme bulunmasa dahi yapılabilir ve dolayısıyla dolandırıcılık suçu gerçek olmayan ihmali suçu biçiminde ortaya çıkabilir. Ancak tüm bu tartışmaların

⁴⁸ CRESPI/FORTI/ZUCCALA, s.639. Aksi yönde bkz. YCGK E. 2014/15-505, K. 2017/130, T. 7.3.2017, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim tarihi 21.11.2020).

⁴⁹ CRESPI/FORTI/ZUCCALA, s.638. TCK m.157’nin gerekçesinde “*Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir.*” şeklinde bir açıklama yer almaktadır. Her ne kadar gerekçe kanun metnine dahil olmasa da bir yorum aracı olarak kullanılabilir kuşkusuzdur.

⁵⁰ MANTOVANI, s.199-200.

⁵¹ CANESTRARI/GAMBERINI/INSOLERA/MAZZACUVA/SGUBBI/STORTONI/TAGLIARINI, s.539.

⁵² Hukuki bir ilişkide olan herkesin objektif iyi niyet kuralları gereği karşı tarafı aydınlatmakla yükümlü olduğuna ve aksi halde dolandırıcılık suçunun söz konusu olabileceğine dair bkz. ÖZGENÇ, Ekonomik, s.24-25.

⁵³ Korunun hukuki varlık veya menfaatin ihlali, ihlalin ağırlığı ve cezaya liyakat ile ilgili olarak ayrıca bkz. TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 2019, s.119 vd; ÜNVER, Hukuki Değer, s.172 vd.

önüne geçilmesi bakımından ihmale ilişkin olarak kanunda ACK ve İCK'dakine benzer genel bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Dolandırıcılık suçunda her türlü susma değil, kişinin hukuken var olan bir aydınlatma yükümlülüğünün ihmali anlamına gelen susma hile teşkil edebilir. Bu yükümlülük, kanundan, sözleşmeden ya da sözleşme dışındaki bir nedene dayanan güven ilişkisinden yahut iyi niyet kurallarından kaynaklanabilir. Belirtmek gerekir ki her türlü sözleşme ilişkisinden böyle bir aydınlatma yükümlülüğü doğmayacağı gibi; güven ve iyi niyet kuralları da her durumda genel bir aydınlatma yükümlülüğü getiren kurallar olarak düşünülemez. Burada bir taraftan sözleşme serbestisi, ticari örf ve adetten kaynaklanan uygulamalar ve gündelik hayat ilişkileri ile diğer taraftan bunların kişileri aldatma özgürlüğü ve başkalarını aldatma konusunda açık çek olarak değerlendirilmemesi gereği arasında bir denge kurulmalıdır. Ayrıca aydınlatma yükümlülüğüne aykırı her davranışın ve her susmanın cezalandırılmaması, bazen aydınlatma yükümlülüğünün olmamasından veya susmanın hile teşkil etmemesinden değil; bu gibi hallerde hilenin, icrai bir davranışla gerçekleştirilmiş olsaydı da dolandırıcılık kapsamında değerlendirilmeyecek olmasından kaynaklandığı da unutulmamalıdır.


KAYNAKÇA


- ALACAKAPTAN, Uğur: Suçun Unsurları, Sevinç Matbaası, Ankara 1970.
- ANTOLISEI, Francesco: Parte speciale, I, 13. Edizione, Giuffrè editore, Milano 1999.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- BAYRAKTAR, Köksal/YILDIZ, Ali Kemal/AKSOY RETORNAZ, Eylem/AKYÜREK, Güçlü/EVİK, Ali Hakan/KANGAL, Zeynel/MEMİŞ KARTAL, Pınar/SINAR, Hasan/SONAY EVİK, Vesile/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/BOSTANCI BOZBAYIR, Gülşah/ERMAN, Barış: Özel Ceza Hukuku Malvarlığına Karşı Suçlar, Cilt IV, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- BİRTEK, Fatih: Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- CANESTRARI, Stefano/GAMBERINI, Alessandro/INSOLERA, Gaetano/MAZZACUVA, Nicola/SGUBBI, Filippo/STORTONI, Luigi/TAGLIARINI, Francesco: Diritto penale, Lineamenti di parte speciale, 3. Edizione, Monduzzi editore, Bologna 2003.
- CARD, Richard/MOLLOY, Jill: Criminal Law, 22. Edition, Oxford University Press, Oxford 2016.
- CENTEL, Nur: "İhmali davranışla Kasten Öldürme veya Yaralama Suçu (TCK m.83, 88/2)", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Köksal Bayraktar'a Armağan, III, İstanbul 2010, ss.75-91.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (Kişilere Karşı), Cilt. I, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş (Ceza Hukuku), 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- CRESPI, Alberto/FORTI, Gabrio/ZUCCALA, Giuseppe: Commentario breve al codice penale complemento giurisprudenziale, 11. Edizione, Cedam, Milano 2010.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- DÖNMEZER, Sulhi: Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (Mala Karşı), 15. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1998.
- DÖNMEZER, Sulhi: "İhmal Suretiyle İcra Suçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 9(3-4), 1944, ss.473-494.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım (Genel Kısım), Cilt I, 13. Bası, Beta Yayınları, Ankara 1997.
- DUBBER, Markus D./HÖRNLE, Tatjana: Criminal Law A Comparative Approach, Oxford University Press, Oxford 2014.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral: Dolandırıcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- ERBAŞ, Rahime: Türk Ceza Hukukunda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- EREM, Faruk: Dolandırıcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1956.
- EREM, Faruk: Ceza Hukuku Hususi Hükümler (Hususi Hükümler), Cilt II, Ajans-Türk Matbaacılık, Ankara 1968.
- GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat: "Kasten Öldürme ve Yaralama suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m.83, 88), Ceza Hukuku Dergisi, 7(18), 2012, ss.7-30.
- GROSSO, Carlo Federico/PELLISSERO, Marco/DAVIDE Petrini/PISA Paolo: Manuale di diritto penale, Parte Generale, Giuffrè Editore, Milano 2013.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Bası, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalin Çeşitleri (İhmal), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel hükümler), 22. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- KATOĞLU, Tuğrul: "Hekimin Ceza Sorumluluğu ve Yeni Türk Ceza Kanunu", in Marmara Üniversitesi Hukuk

- Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı, I, s. 220, ss.217-220.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 11. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, (Özel Hükümler), 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- MANTOVANI, Ferrando: Diritto penale, Parte speciale, II, Delitti contro il patrimonio, 4. Edizione, Cedam, Milano 2012.
- TEZCAN, Mahmut/ERDEM, Mustafa Ruhan: “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, in ERGÜL, Teoman (ed), TBB Türk Ceza Kanunu Reformu, 2. Kitap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s.327-355.
- TEZCAN, Mahmut/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18.Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 2019.
- TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 2019.
- TOROSLU, Nevzat: Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 2019.
- ORMEROD, David/LAIRD, Karl: Criminal Law, 12. Edition, Oxford University Press, Oxford 2017.
- ÖNTAN, Yaprak: Ceza Hukukunda Fiil, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Özel Hükümler), 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÖZGENÇ, İzzet: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar (Ekonomik Çıkar), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler), 14. Bası, Seçkin Yayınevi, 2018.
- SELÇUK, Sami: Dolandırıcılık, İstanbul 1982.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- ÜNVER, Yener: Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.
- ÜNVER, Yener: TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar İftira Suç Uydurma Suç Üstlenme Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik İnfaz Kurumlarından Kaçma, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA HÜKMÜN TAMAMLANMASI (HMK m. 305/A)

COMPLETION OF JUDGEMENT IN CIVIL PROCEDURE LAW

Derya BELGİN GÜNEŞ* 

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.869441> 

Makale Bilgi

Gönderi: 27/01/2021
Kabul : 21/04/2021

Anahtar Kelimeler

Hükümün
Tamamlanması,
Tamamlayıcı Hüküm,
Ek Karar,
Hukuk Muhakemeleri
Kanunu Madde 305/A,
7251 Sayılı Kanun.

Article Info

Received: 27/01/2021
Accepted: 21/04/2021

Keywords

Completion of the
Judgement,
Complementary
Judgement,
Additional Decision,
Civil Procedure Law
Article No. 305/A,
Law No. 7251.

Özet

Türk hukukunda hükmün tamamlanması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesinde düzenlenmiştir. Mahkemenin, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar vermediği hallerde, asıl karardaki bu eksiklikler sonradan tamamlanabilir. Hükmün tamamlanması için taraflardan birinin talebi gereklidir. Hükmün tamamlanması talebi mahkemece kabul edilirse, hüküm ek bir karar vermek suretiyle tamamlanır. Hükmün tamamlanması düzenlemesinin amacı, eksik olan nihaî kararların tamamlanmasını sağlamaktır. Hükmün tamamlanması yoluyla mahkeme kararının düzeltilmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir. Hükmün tamamlanması eksik hükmü veren mahkemeden talep edilir. Bu yola dilekçe ile başvurulur. Mahkeme, kanundaki şartlar altında hükümde eksik bırakılmış bir husus olduğunu tespit ederse, tamamlama talebinin kabulüne karar verir. Hükmün tamamlanması talebinin mahkemece kabul edilmesi üzerine "tamamlayıcı hüküm" verilir. Tamamlama talebi, gerekli şartlara sahip değilse, mahkeme tamamlama talebinin reddine karar verir. Gerek tamamlama talebinin kabulü (tamamlayıcı hüküm) gerek tamamlama talebinin reddi kararları ek karar niteliğindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, tamamlama talebi üzerine verilen kararlara karşı kanun yolları açıktır.

Abstract

The completion of the judgement in Turkish law is regulated in Article 305/A of the Code of Civil Procedure. These deficiencies in the essential decision may be completed later in cases where the court does not give full or partial ruling about it, although it is required to be submitted in the trial or to be adjudicated ex officio. The request of one of the parties is required for the completion of the judgement. If the request for the completion of the judgement is accepted by the court, the judgement is completed by making an additional decision. The purpose of the regulation on the completion of the judgment is to ensure the completion of the missing final decisions. It is not possible to rectify or change the court decision by completing the judgement. The completion of the judgement is requested from the court that gave the missing judgement. This method is applied with a petition. If the court finds that there is something missing in the judgement under the conditions of the law, it decides to accept the request for completion. Upon acceptance of the request for completion of the judgement by the court, a "complementary judgement" is given. If the request for completion does not meet the required conditions, the court decides to refuse the request for completion. Both the acceptance of the request for completion (complementary judgement) and the rejection of the request for completion are additional decisions. According to the 2nd sentence of the 1st paragraph of the article 305/A of the Civil Procedure Law, legal remedies are open against the decisions made upon the request for completion.

I. GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'na 7251 sayılı Kanun¹ ile 305/A maddesi eklenmiştir. Söz konusu madde ile nihaî kararın verilmesinden sonra hükmün tamamlanması imkânı getirilmiştir. Düzenleme şöyledir: “*Taraflardan her biri, nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda, ek karar verilmesini isteyebilir. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir.*”

Hukukumuzda ilk derece mahkemesi hâkimi nihaî karar verip dosyadan el çektikten sonra maddi hataların düzeltilmesi için tashihi (HMK m.304) ve açık olmayan veya çelişkili ifadelerin açıklanması için tavzihi (HMK m.305) kurumları yer almaktaydı. Bu düzenleme ile bunların yanına hükümdeki eksikliklerin giderilmesi için hükmün tamamlanması kurumu da eklenmiştir. Esasen bir hükmün tamamlanması müessesesi, hukukumuza tamamen yabancı değildir. Çünkü tahkim yargılamasında hakemlerce verilen hükmün tamamlanmasına imkân veren düzenleme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte usul hukukumuza girmiştir (HMK m.437, IV). Dolayısıyla hükmün tamamlanması kurumunun Türk hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Ekim 2011 tarihinden beri mevcut olduğu rahatlıkla söylenebilir. Buna karşılık 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde ne mahkeme kararı ne de hakem kararının tamamlanmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaktaydı.

Aşağıda medenî usûl hukukumuza mahkeme kararları bakımından getirilen hükmün tamamlanması kurumu incelenmektedir. Çalışmamızda hükmün tamamlanmasının şartları, usûlü, verilen kararın hukukî niteliği, kanun yollarına başvuru ile ilişkisi ve tamamlayıcı hükme karşı kanun yollarına gidilmesi ve son olarak zaman bakımından uygulanma konuları işlenmektedir. İlgili bahislerde yeri geldikçe ve ihtiyaç görüldükçe Alman, İsviçre ve Avusturya hukukları hakkında da açıklama yapılmaktadır.

II. HÜKMÜN TAMAMLANMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Hukukumuzda Hükmün Tamamlanmasına İlişkin Düzenlemeler

Türk hukukunda devlet mahkemelerindeki yargılama açısından hükmün tamamlanması esas itibarıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, mahkemenin, yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar vermediği hallerde, asıl karardaki bu eksiklikler sonradan tamamlanabilir. Aynı maddenin içeriğinden açıkça anlaşıldığı üzere, hükmün tamamlanması için öncelikle taraflardan birinin talebi gereklidir. Eğer taraflardan birinin hükmün tamamlanması yönündeki talebi kabul edilirse, mahkeme bunun gereğini bir ek karar vermek suretiyle yerine getirir.

Hükmün tamamlanması usûlü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7251 sayılı Kanun'la değiştirilmiş bulunan 306. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; hükmün tamamlanması, kararı veren mahkemeden istenir. Tamamlama dilekçesine tarafların sayısı kadar nüsha eklenir ve dilekçenin bir nüshası karşı tarafa tebliğ edilir. Karşı taraf, mahkeme tarafından belirlenen cevap süresi içerisinde tamamlama talebine cevap verebilir. Karşı tarafın cevap dilekçesi, tamamlama talebinde bulunan kişiye tebliğ edilir. Mahkeme tamamlama talebi üzerine incelemesini kural olarak dosya üzerinden yapar, gerekli görürse tarafları sözlü açıklamalarını yapmak üzere davet edebilir. Dosya üzerinden inceleme yapılması için, karşı tarafın tamamlama dilekçesine cevap vermiş olması zorunlu değildir. Mahkeme tamamlama talebini kabul ederse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 304. maddesinin 2. fıkrasına göre işlem yapar. Buna göre mahkeme, tamamlanan hususlarla ilgili kararı, asıl kararın mahkemede bulunan nüshaları ile verilmiş olan suretlerinin altına veya bunlara eklenecek ayrı bir kâğıda yazarak imzalar ve mühürler.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hükmün tamamlanması kurumu, sistematik açıdan hükmün tashihi ve tavzihi ile beraber beşinci kısmın ikinci bölümünde yer almıştır. Hükmün tamamlanması ile hükmün tashihi ve tavzihi taşıdıkları ortak özellikler nedeniyle bu bölüm altında düzenlenmiştir. İlk olarak, hükmün tashihi, tavzihi ve tamamlanması ancak mahkeme dosyadan el çektikten sonra bir başka deyişle nihaî kararın verilmesinden sonra başvurulabilen yollardır. İkinci olarak, bu üç yolun her biri için mahkemenin mutlaka ek karar vermesi gerekir.

B. Hükmün Tamamlanması Yolunun Genel Özellikleri

Hükmün tamamlanması düzenlemesinin amacı, eksik olan nihaî kararların tamamlanmasını sağlamaktır. Bu amacı göz önüne alındığında, hükmün tamamlanması etkin hukukî himayenin

¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG: 28.7.2020, S. 31199.

sağlanmasına hizmet eder². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesinin hukukumuzda girmesinden önceki dönemde, mahkemece karar verilmesi unutulmuş talepler hakkında yalnızca kanun yollarına başvurmak mümkündür³. Unutulmuş talepler hakkında şartları sağlamadığı için hükmün tashihi veya tavihi yoluna gidilmesi de mümkün değildir⁴. Bu nedenle özellikle kanun yolu süresi kaçırılıp kesinleşmiş veya kesin olarak verilmiş nihaî kararlar bakımından mahkemece karar verilmesi unutulmuş hususlar hakkında hükmün tamamlanması imkânı bulunması etkin hukukî himaye açısından oldukça yerindedir.

Hükmün tamamlanması yoluyla önceki mahkeme kararının düzeltilmesi veya değiştirilmesi mümkün değildir⁵. Hatalı kararlar, şartları varsa kanun yolları ile veya hükmün tashihi yoluyla düzeltilebilir⁶. Buna karşılık, mahkemenin nihaî kararının hem tashihi edilmesi hem de tamamlanması gerekiyorsa, bu iki yola aynı anda başvurulması mümkündür⁷.

Hükümde eksik kalan hususlar tamamlanırken, asıl karar ile çelişen bir kararın verilmesi mümkün değildir. Aksi halde, bu çelişki artık kanun yolu aşamasında giderilebilir. Örneğin yargılama giderleri hakkında karar verilmesi unutulmuş ise, tamamlayıcı hükümde yargılama giderleri asıl kararda davayı kazanan tarafa yükletilemez.

Hükmün tamamlanması kurumunun hukukî niteliği konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu kurumun hukukî niteliği dar ve teknik anlamda kanun yolu değildir. Zira hükmün tamamlanması, dar ve teknik anlamda kanun yollarının genel özellikleri olan ne aktarıcı ne de erteleyici etkiye sahiptir⁸. Hükmün tamamlanması aktarıcı etkiye sahip değildir. Çünkü hükmün tamamlanması, üst mahkemeden değil, asıl kararı veren mahkemeden talep edilir. Hükmün tamamlanmasının erteleyici etkisi de yoktur. Çünkü bu yola başvuru hükmün kesinleşmesini ertelemeyebilir; hatta başvuru süresi dolmadığı müddetçe kesinleşmiş mahkeme kararları için de hükmün tamamlanması talep edilebilir. Sonuç itibarıyla nihaî bir karara karşı başvuru imkânı sunması nedeniyle hükmün tamamlanmasının hukukî çare niteliğinde olduğu söylenebilir.

Dar ve teknik anlamda kanun yollarında (istinaf ve temyiz) mahkeme kararlarının üst mahkemece maddi ve hukukî açıdan denetimi yapılır. Ayrıca bu kanun yolları, mahkemelerce hukuk kurallarının uygulanmasında birliğin sağlanmasını amaçlar⁹. Hükmün tamamlanması kanun yolu olmadığından bu amaçlar karşımıza çıkmaz. Hükmün tamamlanmasının kanun yolu niteliğinde olmayıp hukukî çare kabul edilmesinin önemli bir diğer sonucu anayasa şikâyeti bakımından görülür. Alman Anayasa Mahkemesi, anayasa şikâyetinin tali nitelikte olduğu ve hukukî çarelerin de tüketilmesi gerektiği gerekçesiyle bu yola başvurmadan önce, şartları mevcutsa hükmün tamamlanmasının tüketilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁰. Bizim hukukumuz bakımından da Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğinden, ilgililerin hükmün tamamlanması yolunu tükettikten sonra bu yola başvurulması gerekir. Her ne kadar Anayasa'nın 148. maddesinin 3. fıkrasında "olağan kanun yollarının tüketilmesi" şartı bulunsa da, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 2. fıkrası açıkça "yargısal başvuru yolları"nın tüketilmesinden bahsetmektedir.

² PRÜTTING, Hanns/GEHRLEIN, Markus: ZPO Kommentar, 2. Auflage, Köln, 2010, §321, Kn. 1; STEIN, Friedrich/JONAS, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Tübingen, 2013, §321, Kn. 1; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku (Usûl), 8. Bası, İstanbul, 2020, s.435.

³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2735) ve Adalet Komisyonu Raporu, HMK m.305/A'nın gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf> (Erişim tarihi: 1.10.2020), s.17; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: "7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", İBD, 94(5), 2020, s.25; BUDAK, Ali Cem/ KARAASLAN, Varol: Medeni Usûl Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2020, s.307.

⁴ KURU, Baki: Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara, 2020, s.1585; ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M.Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usûl Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2009, s.591-592; ATALI, Murat: Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. III, İstanbul, 2017, s.2005; "...Tavzihi yolu ile verilen hüküm değiştirilemeyeceği gibi, unutulmuş talepler hakkında da bir karar verilir hükme eklemeye yapılamaz..." 2. HD, 24.9.2012, E. 2011/11250, K. 2012/22079 (Lexpera).

⁵ THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans: Zivilprozessordnung, München, 2016, §321, Kn. 1; PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 1; BAUMBACH, Adolf/LAUTERBACH, Wolfgang: Beck'sche Kurz Kommentare Zivilprozessordnung, 62. Auflage, München, 2004, §321, Kn. 2; FASCHING, Hans W.: Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. Auflage, Wien, 2004, §423, Kn. 4.

⁶ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 1.

⁷ THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 1.

⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.436.

⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.467-468; ATALI Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2020, s.600-601; BUDAK/KARAASLAN, Usûl, s.368.

¹⁰ BVerfG, 27.4.2000, 1 BVR 2077/99 (NJW-RR 2000, 1664); BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 10; STEIN/JONAS, §321, Kn. 29.

Anayasa Mahkemesi, bir başvurucunun hükmün tashihi yoluna başvurup talebinin reddedilmesinden sonra bireysel başvuru yapmasını kabul edilemez bulmuştur. Yüksek Mahkeme, hükmün tashihi bakımından herhangi bir süre sınırı bulunmadığı için, bu yolun tüketilmesinden sonra bireysel başvuru süresinin başlayacağı kabul edilmesinin süresiz bireysel başvuru yapabilme yolunu açabileceğine ve böyle bir uygulamanın hukuki belirlilik ilkesi ve bireysel başvurunun mahiyeti ile bağdaşmayacağına karar vermiştir¹¹. Söz konusu kararında Anayasa Mahkemesi “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kesin bir süre sınırı bulunmayan hukuk yollarının belirsizlik yaratacağını ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 35. maddesinde yer alan altı aylık süre kuralını işlevsiz kılacağını içtihatlarında belirtmiştir (Williams/Birleşik Krallık (k.k.), B. No: 32567/06, 17/2/2009)*” ifadelerine de yer vermiştir. Bu karardan yola çıkarak, hükmün tamamlanmasına başvuru süresinin açık bir biçimde mahkemenin nihaî kararının tebliğinden itibaren bir ay olması karşısında, hükmün tashihiindeki gibi belirsizliğe yol açmayacağı söylenebilir. Sonuç itibarıyla, hükmün tamamlanması yoluna başvurulması neticesinde verilen kararın kesinleşmesinden itibaren işletilecek otuz günlük bireysel başvuru süresi içerisinde temel hak veya özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması kanaatimizce mümkündür.

C. Karşılaştırmalı Hukukta Hükmün Tamamlanmasına İlişkin Düzenlemeler

1. Alman Hukukunda

Alman Medenî Usûl Kanunu'nda (Zivilprozessordnung/ZPO) hükmün tamamlanması, 321. paragrafta düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme şöyledir:

“(1) Taraflardan birinin önceden tespit edilmiş veya sonradan düzeltilmiş vakıalar çerçevesinde ileri sürdüğü asıl veya tali talep yahut yargılama giderleri nihaî kararda tamamen ya da kısmen unutulmuşsa; hüküm, talep üzerine verilen sonraki bir kararla tamamlanır.

(2) Ek karar hükmün tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde dilekçe ile talep edilir.

(3) Hükmün asli talebinin tamamlanmasına ilişkin bir talep varsa, sözlü yargılama için bir duruşma günü tayin edilir. Talep edenin karşı tarafına, duruşma gününe ilişkin davetiye ile beraber talebi içeren dilekçe de tebliğ edilir. Hükmün tali talebinin veya yargılama giderinin tamamlanmasına ilişkin talep hakkında, uyuşmazlığın konusu sözlü yargılamayı gerektirmiyorsa, sözlü yargılama yapılmaksızın karar verilebilir; § 128 fıkra 2 cümle 2 geçerlidir.

(4) Sözlü yargılamanın konusu, yalnızca uyuşmazlığın yerine getirilmemiş kısmıdır.”

Bunun yanında ZPO § 518'de hükmün tamamlanması halinde istinafa başvuru düzenlenmiştir. Buna göre “*İstinafa başvuru süresi içerisinde, hüküm ek bir karar ile tamamlanırsa, ek kararın tebliğinden itibaren ilk verilen karara karşı istinafa başvuru süresi yeniden işlemeye başlar. Her iki karara karşı aynı taraf istinafa başvurursa, iki istinaf incelemesi birbirini bağlar.*” ZPO § 716 düzenlemesinde ise geçici icra edilebilirlik (vorläufige Vollstreckbarkeit) hakkında karar verilmemişse, § 321'e göre hükmün tamamlanmasının uygulanacağı öngörülmüştür.

2. Avusturya Hukukunda

Alman hukukuna oldukça benzer şekilde Avusturya Medenî Usûl Kanunu (österreichische Zivilprozessordnung/öZPO) § 423'te hükmün tamamlanması düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre;

“(1) Hükümde hakkında karar verilmesi gereken bir talep unutulmuş ise veya taraflardan biri tarafından karşılanması istenen yargılama gideri hakkında hiç karar verilmemiş veya eksik karar verilmişse, hüküm ek bir karar ile tamamlanır (Tamamlayıcı hüküm).

(2) Tamamlama talebi, karar veren mahkemeden hükmün tebliğinden itibaren on dört gün içerisinde istenir.

(3) Mahkeme gerekli hallerde, önceki sözlü yargılamanın yapılmasına karar verir. Bu duruşma uyuşmazlığın yerine getirilmeyen kısmı ile sınırlıdır. Tamamlama talebi, karar (Beschluss) ile reddedilir.”

Avusturya Medenî Usûl Kanunu'nda tamamlama talebi üzerine kanun yoluna başvurulmasının etkisi de § 424'te düzenlenmiştir. Buna göre, “*Hükmün tamamlanması yargılaması, kanun yollarına başvuru üzerinde herhangi bir etki doğurmaz.*”

3. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda, Alman veya Avusturya hukuklarında olduğu gibi hükmün tamamlanmasına ilişkin herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Kanunî bir düzenleme bulunmadığı için, hükmün sonradan tamamlanması kabul edilmemektedir. İsviçre hukukuna göre, mahkeme kararının en azından taraflardan biri tarafından tebliğ alınması, kural olarak mahkemenin kararını kaldırmasına, değiştirmesine ve tamamlanmasına engel olur. Bu kural “*lata sententia iudex desinit esse iudex*” (“Hüküm verildikten sonra hâkimin hâkimliği kalmaz; hüküm verilmekle dosyadan el çekilir ve artık

¹¹ Setenay Çeçeren, 16.6.2016, Başvuru No. 2014/5669, §44.

dosyaya el atılamaz”) ilkesi ile açıklanır. Fakat mahkeme oylama ile tebliğ arasında kararından dönebilir ve yeni bir çoğunluk kararı ile hükmünü değiştirebilir. Bu ilkenin bazı istisnaları da bulunmaktadır. Tavzih, tashih, yargılamanın yenilenmesi, değişiklik davası ve kararın üst mahkemede kaldırılması veya değiştirilmesi halinde bu ilke uygulanmaz¹².

III. HÜKMÜN TAMAMLANMASININ ŞARTLARI

A. Nihâî Bir Mahkeme Kararının Bulunması

Kanun koyucu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesini kaleme alırken “hüküm” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Medenî usûl hukukunda “hüküm” kavramından anlaşılması gereken, esasa ilişkin nihâî karardır (HMK m.294, I, 2. cümle). Hukuk Muhakemeleri Kanunu sistematik açıdan nihâî kararlara ilişkin düzenlemeler yaparken “hüküm” (esasa ilişkin nihâî karar) kavramını esas alır¹³. Hükme ilişkin hususlar ise, niteliğine aykırı düşmedikçe, usule ilişkin nihâî kararlar hakkında da uygulanır (HMK m.294, VI). Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesi açısından yalnızca esasa ilişkin nihâî kararlar için hükmün tamamlanması yoluna başvurulmaz. Esasa ilişkin nihâî kararların yanı sıra, usûle ilişkin nihâî karar veya esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararında da eksiklik bulunabilir. Örneğin derdestlik itirazı nedeniyle davanın reddi kararında yargılama giderlerine hükmedilmesi unutulmuşsa, bu karar tamamlanabilir. Başka bir örnek olarak ileri sürülen birden fazla talebin tamamı için karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekirken biri hakkında karar verilmemişse tamamlanabilmesi verilebilir. Sonuç itibarıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesinde yalnızca “hüküm” ifadesi yer alsın da mahkeme tarafından verilen tüm nihâî kararlar bakımından söz konusu kuralın uygulanması mümkündür. Bir başka deyişle hükmün tamamlanması yoluna başvurulması için, öncelikle nihâî bir mahkeme kararının bulunması gerekir.

Kural olarak, nihâî kararın verilmesi ile hâkim dosyadan elini çeker. Dosyadan el çekmek, üst mahkeme tarafından yapılan inceleme sonucunda dosya mahkemeye geri gönderilmediği müddetçe, mahkemenin dosyayı tekrar ele alamamasını ifade eder. Bu kuralın çeşitli istisnaları bulunmaktadır. Örneğin, ilk derece mahkemesi istinaf dilekçesinin reddine (HMK m.346) dosyadan el çekmiş olsa da karar verebilir. Keza başka bir örnek olarak hükmün verilmesinden sonra davadan feragat veya dava kabul edilmiş ise ilk derece mahkemesi veya istinaf mahkemesinin, kanun yoluna başvurulmuş olsa da, bu konuda ek bir karar vermesi gösterilebilir (HMK m.310, II). Hükmün tamamlanması da hâkimin dosyadan el çekmesinin istisnalarından biridir. Buna göre, mahkeme, nihâî karar vermiş olmasına rağmen kararda eksiklik bulunması halinde, tamamlama talebini kabul veya reddederek ek bir karar verebilir.

Hükmün tamamlanmasına başvurulacak nihâî kararın türü önem arz etmez. Eksiklik söz konusu ise, esasa ilişkin bir nihâî kararın tamamlanması talep edilebileceği gibi, usûle ilişkin bir nihâî kararın veya karar verilmesine yer olmadığı kararının da tamamlanması mümkündür. Önemli olan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesinde ifade edilen nitelikte bir eksiklik bulunmasıdır. Hatta tamamlayıcı hükmün kendisi de şartları varsa tamamlanabilir¹⁴. Keza çekişmesiz yargı kararlarına karşı da hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir.

Alman hukukuna göre, geçici hukukî himaye tedbiri kararlarına karşı da hükmün tamamlanmasına başvurulması kabul edilmektedir. Örneğin ihtiyati tedbir kararı verilirken teminatın miktarı hakkında karar verilmesi unutulmuşsa, bu kararın tamamlanması mümkündür¹⁵. Ancak hukukumuz bakımından bu sonuca varılması kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü hükmün tamamlanmasının uygulanabilmesi için nihâî kararın varlığı zorunlu olduğundan ve ihtiyati tedbir üzerine verilen kararlar bu nitelikte olmadığından ihtiyati tedbir üzerine verilen kararlara karşı hükmün tamamlanması istenemez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu tarafından ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararlarının nihâî karar olarak kabul edilmediğini, HMK m.341, I’de istinafa başvurulacak kararları düzenlerken nihâî kararlardan ayrı olarak bu kararları belirtmesinden anlaşılmaktadır. İhtiyati tedbir kararlarına, genel olarak geçici hukukî himaye tedbiri kararlarına karşı hükmün tamamlanması yoluna başvurulması için kanunda özel bir düzenleme bulunması zorunludur. Bu konuda Avusturya Medeni Usul Kanunu’nda özel bir düzenleme yer almaktadır (öZPO § 430).

Mahkeme kararının kesin nitelikte veya kesinleşmiş olması hükmün tamamlanmasına engel teşkil etmez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesinde yer alan bir aylık süre dolmadığı

¹² STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal: Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich, 2013, s.452.

¹³ ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.554.

¹⁴ FASCHING, §423, Kn. 6.

¹⁵ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 10.

sürece, mahkeme kararı kesin olarak verilmiş veya kanun yoluna başvurulmadığı için karar kesinleşmiş ise hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir.

Hükmün tamamlanması imkânı, yalnızca ilk derece mahkemesi kararları için değil, eksik hükmü veren her derecedeki mahkeme için söz konusudur¹⁶. İstinaf ve temyiz mahkemesi kararları için de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesindeki şartlarla tamamlanmasının talep edilmesi mümkündür.

Ara kararlarında yer alan eksikliklerin tamamlanması için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesi uygulama alanı bulmaz. Mahkeme tutanaklarında yer alması gereken hususlar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 154. maddesinin 3. fıkrasında tek tek sayılmış olmakla beraber, ara kararının tamamlanmasına ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ara kararında taraflarca ileri sürülen veya mahkemece kendiliğinden karar verilmesi gereken hususlarda eksiklik bulunması halinde mahkeme bunu re'sen veya talep üzerine tamamlayabilir. Cebri icra yoluyla yerine getirilmesinin istenebileceği ara kararları (örneğin, tedbir nafakası kararı) bakımından da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Hükmün tamamlanması yolu için nihaî karar bulunması zorunlu olduğundan icra kabiliyeti bulursa da farklı bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.

B. Hükümde Eksiklik Olması

1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesine göre, hükmün tamamlanması “yargılamada ileri sürülmesine veya kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olmasına rağmen hakkında tamamen veya kısmen karar verilmeyen hususlarda” talep edilebilir. Hükmün tamamlanmasının konusunu, mahkemenin nihaî olarak karar vermesi gerektiği halde eksik bıraktığı hususlar teşkil eder. Burada kanun koyucunun “husus”tan ne kastettiğinin belirlenmesi gerekir. Söz konusu düzenlemenin ifadesine bakarsak, “husus” yargılamada ileri sürülen veya kendiliğinden hükme geçirilen ve hakkında mahkemenin bir karar vermesi gereken bir unsurdur. “Husus” kelime anlamı itibarıyla ilk olarak “konu, madde”, ikinci olarak “özellik, yön” anlamlarına gelmektedir¹⁷. Kanaatimizce burada “husus” kelimesine sözlük anlamından farklı bir anlam yüklenmesi amacı bulunmamaktadır. Keza hükmün kapsamını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297. maddesi bakımından hüküm, çeşitli “husus”lardan oluşmakta ve altı bent halinde sayılmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesi anlamında, hakkında kısmen veya tamamen karar verilmemiş olan “husus”lar, “yargılamada ileri sürülen” ve “kendiliğinden hükme geçirilen” hususlar olarak ikiye ayrılabilir. Bu iki grup “husus”u birbirinden ayıran özellik, ilkinin taraflarca ileri sürülmesi, ikincisinin mahkemece re'sen hükme geçirilmesidir.

“Yargılamada ileri sürülen husus” ifadesinden medenî usûl hukuku bakımından anlaşılması gereken “talep” kavramıdır. Bir başka ifadeyle, taraflardan birinin yargılamada ileri sürdüğü “talep” hakkında mahkeme tamamen veya kısmen karar vermemiş ise hükümde eksiklik ortaya çıkar. Alman ve Avusturya hukuklarındaki kanunî düzenlemelere¹⁸ baktığımızda da, hükmün tamamlanması yoluna başvuru için, taraflardan birini ileri sürdüğü taleplere hükümde yer verilmemiş olması gerekir.

“Kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olan hususlar” bakımından ortak tek bir kavram kullanmak pek mümkün görünmemektedir. Bunlar örneğin, yargılama giderleri, kanun yolu ve süresi, hükmün hangi sıfatla verildiği gibi hükümde yer alması gereken hususlar olabilir. Yine Alman ve Avusturya hukuklarına baktığımızda, bu ikinci grup eksiklik bakımından yalnızca “yargılama gideri” göz önünde bulundurulmaktadır. Türk hukukunda ise “kendiliğinden hükme geçirilmesi gerekli olan husus” ifadesi kullanılarak, hükümdeki eksiklik, yargılama giderini de içine alacak biçimde daha geniş bir biçimde öngörülmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesi anlamında mahkemenin bir talep hakkında karar vermemesinin sebebi, bunu unutmuş olmasıdır¹⁹. Bir başka deyişle mahkemenin sehven veya bilinçsiz bir şekilde, nihaî karar verirken bazı talepleri veya hususları atlamış olması gerekir. Alman hukukuna göre hâkim, bilinçli bir şekilde bazı talepler hakkında karar vermemişse, kısmî karar (ZPO § 301) söz konusu olur²⁰. Bu şekilde mahkeme iradî olarak bir talep hakkında karar vermediği hallerde hükmün tamamlanması uygulanmaz²¹. Türk hukuku bakımından ise, kısmî karar verilmesine ilişkin

¹⁶ FASCHING, §423, Kn. 11; RECHBERGER, Walter H./KLICKA, Thomas: Zivilprozessordnung, 5. Auflage, Wien, 2019, §423, Kn. 1; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.436.

¹⁷ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr (Erişim Tarihi: 10.12.2020).

¹⁸ Bkz. I, C.

¹⁹ MUSIELAK, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München, 2011, §321, Kn. 4.

²⁰ WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Berlin, 2014, §321, Kn. 1; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 2.

²¹ MUSIELAK, §321, Kn. 5; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 2.

herhangi bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır²². Buna karşılık kısmî karar verilmesini yasaklayan bir kural da bulunmamaktadır²³. Dolayısıyla Türk hukukunda kısmî karar verildiği, başka bir deyişle iradi olarak hâkim kararını eksik bıraktığı takdirde hükmün tamamlanması yoluna başvuru mümkün olmayacaktır.

Hükümde bulunan eksikliğin mahkemece unutulması gerekir, tarafların ileri sürmeyi unuttukları taleplerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesi yoluyla tamamlanması mümkün değildir. Taraflar dava konusu uyuşmazlık ile bağlantılı bir talebi ileri sürmeyi unutmuş ve mahkeme kararı bu şekliyle kesinleşmiş ise, artık yeni bir dava açılması gerekir²⁴.

2. Yargılamada İleri Sürülen Talep Bakımından

Taraflarca ileri sürülen taleplerin her birinin, mahkemenin nihâî kararında gerekçeleri ile birlikte kabul veya ret nedenlerinin yazılmaları gerekir. Mahkeme bu taleplerden biri veya birkaçı hakkında karar vermeyi unutmuşsa, hükmün verilmesinden sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesindeki şartlarla bu talepler hakkında tamamlayıcı bir karar verilebilir.

Nihâî kararın verilmesinden sonra tamamlanabilen talepler, “usûlî talepler”dir. Neticeî talebe dâhil olan bir talep (yahut onun bir kısmı) hakkında karar verilmemiş ise ancak bunun tamamlanması söz konusu olur; yoksa talep sonucunu etkileyecek bir iddia yahut savunma sebebinin (vakiasının) hüküm kurulurken gözetilmemesi suretiyle karar verilmişse, bu eksikliğin giderilmesi hükmün tamamlanması yoluyla sağlanamaz. Kısaca, hakkında karar verilmemiş olan maddi hukuka ait taleplerin tamamlanması mümkün değildir²⁵. Örneğin, davada ileri sürülen talep içerisinde yer alan itiraz hakkında karar verilmesi unutulmuşsa, hükmün tamamlanması ile bu hatanın giderilmesi mümkün değildir, ancak bu karar kanun yollarına götürülebilir²⁶. Taraflardan birinin ileri sürdüğü iddia veya savunma vasıtaları mahkeme tarafından atlanmışsa, bu eksiklik sadece kanun yollarında ileri sürülebilir, hükmün tamamlanması söz konusu olmaz. Bu nedenle örneğin davalının takas itirazı²⁷, hapis hakkı²⁸ veya edimin ifa edildiği iddiası²⁹ ile ilgili karar verilmesi unutulmuşsa, hükmün tamamlanmasına başvurulamaz. Çünkü maddi hukuka ilişkin bu gibi savunmalar hakkında tamamlayıcı bir karar verilecek olursa, asıl kararın etkisiz hale getirilmesi veya değiştirilip düzeltilmesi sonuçlarından biri ortaya çıkabilir ki bunun hükmün tamamlanması yolu ile yapılması mümkün değildir. Keza taksif ilkesi kapsamında tarafların iddia ve savunmalarını ileri sürebilecekleri usûl kesiti (HMK m.141) kanunen belirlenmiş olduğundan hükmün tamamlanması yoluyla bunun kabul edilmesi söz konusu ilkenin ihlali anlamına gelir.

Taraflarca ileri sürülen talebin tamamı veya bir kısmı hakkında karar verilmesi unutulmuş olabilir³⁰. Birden fazla talep objektif dava birleşmesi şeklinde ileri sürülmüş, fakat mahkeme bunlardan biri hakkında karar vermeyi unutmuşsa, hükmün tamamlanması talep edilebilir³¹. Örneğin davacı boşanma davası ile beraber çocuğun velayetinin kendisine verilmesini talep ettiği halde, mahkeme velayet hakkında bir karar vermemişse, hükmün tamamlanması mümkündür³². Talebin kısmen unutulması örneğin, mahkemenin alacağın anaparası hakkında karar vermesi ama faiz hakkında karar vermeyi unutması halinde ortaya çıkabilir³³. Bu durumda alacağın faizi hakkında hüküm tamamlanarak

²² Tahkim yargılaması bakımından hakemlerin kısmî karar verebilmesi mümkündür (HMK m.436, II).

²³ BAHADIR, Zeynep: Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar, Ankara, 2018, s.62.

²⁴ “...Hâkim, gerek talep üzerine gerek kendiliğinden karar verilmesi unutilan talep hakkında bir karar vererek hükmü değiştiremeyeceği gibi hükmün tanzih/tashihi yolu ile de unutilmuş talep hakkında bir karar verip, bunu hükme ekleyemez. Davacı vekilinin olumlu olumsuz bir karar verilmiş olmayan talep hakkında hükümden sonra istinaf kanun yoluna başvurmadığı, bu sebeple davacı yönünden hükmün kesinleştiği, ancak olumlu olumsuz bir karar verilmediğinden talep hakkında gerektiği takdirde yeniden dava açma hakkı mevcut bulunmaktadır...” İst BAM, 12. HD, 24.9.2019, E. 2019/1310, K. 2019/1158 (Lexpera).

²⁵ WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 6.

²⁶ MUSIELAK, §321, Kn. 4; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 2.

²⁷ MUSIELAK, §321, Kn. 4; STEIN/JONAS, §321, Kn. 7.

²⁸ ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München, 2018, §61, Kn. 24; MUSIELAK, §321, Kn. 4; PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 3; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 2.

²⁹ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 3.

³⁰ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 3.

³¹ PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme” (7251 sayılı Kanun), TBB, 150, 2020, s.280.

³² HMK m.305/A’ dan önceki dönemde Yargıtay bu konuda tanzih kararı verilemeyeceğine karar vermiştir, “...Mahkemece tanzih talebi kabul edilmiş müşterek çocukların velayetinin davacı-davalı anneye verilmesine karar verilerek tanzih yolu ile hükme eklenilmiştir... Hükümde unutilan veya gösterilmemiş olan bir hususun tanzih (HMK m.305) yoluyla hükme ilave edilmesi mümkün değildir...” 2. HD, 2.6.2016, E. 2016/10007, K. 2016/10960 (YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, Ankara, 2017, s.2984).

³³ WIECZOREK/SCHÜTZE, §21, Kn. 7.

ek bir karar verilebilir. Örneğin nafakanın artırılması ile ilgili hükmün hangi tarihten itibaren geçerli olduğunun yazılmamış olması sonradan tamamlanabilir³⁴. Bir başka örnek olarak, dava arkadaşlarından biri hakkında karar verilmesinin unutulması da verilebilir³⁵. Keza davalının açtığı karşı dava hakkında karar verilmesi unutulmuşsa, hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir³⁶. Birleşen dava hakkında mahkeme karar vermeyi unutmuş ise, hükmün tamamlanması mümkündür³⁷. Fakat mahkemenin talep edilenden fazlasına karar vermiş olması halinde, bu karar hükmün tamamlanması yolu ile düzeltilemez³⁸.

Hakkında karar verilmesi unutilan talep, asli talep veya tali talep olabilir³⁹. Örneğin, terditli davada, mahkeme asli talebin reddine karar vermekle birlikte tali talep hakkında bir karar vermemişse, hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir⁴⁰. Buna karşılık davacı seçimlik dava açmış ve bu taleplerinden biri hakkında karar verilmemiş olması, seçimlik davanın hukukî niteliği karşısında hükmün tamamlanmasını gerektirmez⁴¹.

Hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilmesi için unutilan talep hakkında hem hüküm fıkrasında bir karar bulunmaması hem de hükmün gerekçesinde bu talebe ilişkin herhangi bir ifadenin yer almaması gerekir⁴². Bir başka deyişle tamamlama talebi hiçbir zaman sadece hükmün gerekçesini tamamlamaya yönelik olamaz⁴³. Alman ve Avusturya hukuklarında hükmün gerekçesinde talep hakkında mahkemenin görüşleri yer alıyor, fakat hüküm fıkrasında talebin kabul veya reddedildiği belirtilmemişse, hükmün eksik olduğu değil, hatalı olduğu kabul edilir. Bu nedenle bu durumda hükmün tashihi yoluna başvurulması gerekir⁴⁴. Aynı şekilde hüküm fıkrasında yer alıp hakkında karar verilen taleplere ilişkin hükmün gerekçesinde herhangi bir ifade veya görüş yer almıyorsa, hükmün tamamlanması değil, hükmün tashihi yoluna gidilmelidir⁴⁵. Buna karşılık Türk hukukunda kanaatimizce açık yazı ve hesap hatası benzeri maddi hata boyutunu aşan nitelikteki hususların hükmün tashihi yolu ile düzeltilmesi mümkün değildir. Keza gerekçe ile hüküm arasındaki çelişki tavzih yolu ile de giderilemez⁴⁶. Çünkü hüküm fıkrasında taraflara tanınan haklar ve yüklenen borçlar, tashih veya tavzih yolu ile sınırlandırılmaz, genişletilemez ve değiştirilemez (HMK m.305, II). Söz konusu düzenleme yalnızca hükmün tavzihine ilişkin maddede düzenlenmekle birlikte, Yargıtay, hem tashih hem de tavzih bakımından bu sınırlamayı uygulamaktadır⁴⁷. Söz konusu durumlar ancak kanun yollarında ileri sürülebilir. Zira kısa karar ile gerekçeli karar arasındaki çelişkinin bozma nedeni olduğu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile de ortaya konmuştur⁴⁸.

3. Kendiliğinden Hükme Geçirilmesi Gereken Hususlar Bakımından

Hükümde eksik bırakıldığı takdirde tamamlanması mümkün olan bir diğer grup eksiklik, kanunun ifadesiyle “kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken hususlar”dır. Hükümde yer alması gereken hususların neler olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 297. maddesinde yer alır. Ancak hükmün unsurlarının her birindeki eksiklik için tamamlama yoluna gidilmesi gerekmez. Hükmün

³⁴ UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, 2014, s.898 (yazar tarafından bu örnek tavzihi mümkün bir hal olarak belirtile de, hükmün tamamlanması imkânının mevcut olmadığı dönemde tavzih ile düzeltilebilecek bir eksiklik kanaatimizce değildir.).

³⁵ STEIN/JONAS, §321, Kn. 6. Doktrinde ileri sürülen aksi görüşe göre, mahkeme dava arkadaşlarından biri hakkında karar vermemiş ise, kısmî hüküm söz konusudur. Bu karar tamamlanamaz, aksine son karar (Schlussurteil) verilmesi gerekir (BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 5).

³⁶ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 3; STEIN/JONAS, §321, Kn. 7.

³⁷ HMK m.305/A’dan önceki dönemde Yargıtay birleşen dava hakkında hüküm kurulması unutulmuş ise, tavzih ile yeni bir hüküm verilemeyeceğine karar vermiştir, 21. HD, 15.12.2014, E. 2014/21516, K. 2014/27352 (ATALI, Pekcanitez Usûl, s.2005, dn. 100).

³⁸ MUSIELAK, §321, Kn. 6.

³⁹ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 3; STEIN/JONAS, §321, Kn. 6; WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 7; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.435.

⁴⁰ FASCHING, §423, Kn. 3.

⁴¹ FASCHING, §423, Kn. 3.

⁴² THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 1.

⁴³ FASCHING, §423, Kn. 4.

⁴⁴ MUSIELAK, §321, Kn. 5; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 2; WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 11; BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 4; FASCHING, §423, Kn. 5.

⁴⁵ MUSIELAK, §321, Kn. 5; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 2; BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 4; Fasching’e göre, hüküm fıkrasında talep hakkında bir karar verilmiş, gerekçede buna ilişkin hiçbir şey yer almıyorsa, bu hata yalnızca istinafta (öZPO §477, 1, 9) giderilebilir, hükmün tamamlanması uygulanmaz (FASCHING, §423, Kn. 5).

⁴⁶ YILMAZ, s.2989.

⁴⁷ “...ne tavzih ne de tashih yoluyla, mahkeme kararında yer almayan yeni bir yükümlülüğün taraflara yüklenmesi ya da bir hakkın taraflara sağlanması mümkün değildir...” 17. HD, 12.03.2018, E. 2015/8349 K. 2018/1737 (Lexpera); aynı yönde 8. HD, 25.3.2019, E. 2018/3165, K. 2019/3139 (Lexpera); 14. HD, 8.7.2020, E. 2019/3684, K. 2020/4493 (Lexpera).

⁴⁸ YİBK, 10.04.1992, E. 1991/7, K. 1992/4 (RG, 10.6.1992, S. 21254).

tamamlanmasının tarafların talebi üzerine işletilen bir yol olduğu dikkate alındığında, hükme kendiliğinden geçirilmesi gereken hususlardan olup da taraflara yüklenen borçlar veya tanınan haklar bakımından bir eksiklik sonucu ortaya çıkarsa hükmün tamamlanması yoluna başvurulması gerekir. Bu tür hususlara örnek olarak yargılama giderleri, kanun yolunun açık olup olmadığı, kanun yolu açıksa süresi, hükmün verildiği tarih verilebilir. Bunun dışında taraflara yüklenen borçlar veya tanınan haklar bakımından bir sonuç doğurmayan hususlarda eksiklik bulunması maddi hata niteliğini de taşıyorsa ancak hükmün tashihi yoluna başvurulabilir. Örneğin mahkemenin hangi özel mahkeme sıfatıyla verildiğinin yazılması unutulmuş ise, talep üzerine veya mahkemece re'sen düzeltilir⁴⁹. Keza hâkimin veya zabıt kâtibinin adının yahut “Türk Milleti Adına” ibaresinin yazılmasının unutulması gibi eksiklikler hükmün tashihi yolu ile her zaman re'sen veya talep üzerine düzeltilir.

Kendiliğinden hükme geçirilmesi gereken hususlar dendiğinde akla ilk gelen yargılama giderleri olmaktadır. Yargılama giderlerine mahkemece re'sen karar verileceği açıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 332. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmektedir. Yargılama giderlerinin mahkemece tamamı unutulmuş olabileceği gibi bir kısmı da unutulmuş olabilir. Her iki durumda da hükmün tamamlanması yoluna başvurulabilir. Keza fer'i müdahale gideri hakkında mahkeme karar vermeyi unutulmuşsa, hükmün tamamlanması mümkündür⁵⁰.

Yargılama gideri hakkında karar verilirken hâkimin takdir hakkının bulunduğu hallerde, hükmün tamamlanması uygulanmaz. Çünkü burada yargılama giderinin eksik verilir verilmeyi sorunu değil, yargılama giderinin doğru şekilde paylaşılıp paylaşılmadığı sorunu söz konusudur⁵¹. Bu konuda Alman hukukunda dava arkadaşları arasında yargılama giderlerinin paylaşılmasına ilişkin ZPO § 100'ün ikinci fıkrası örnek verilmektedir. Türk hukukunda benzer şekilde yargılama giderinin mahkemece paylaştırıldığı ve takdir edildiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesinin 3. fıkrası⁵² ve 331. maddenin 1. fıkrası⁵³ düzenlemeleri mevcuttur. Bu durumlarda hâkimin, yargılama giderleri hakkında takdir hakkını doğru kullanmadığı gerekçesiyle hükmün tamamlanması yoluna başvurulamaz. Buna karşılık hâkim takdir hakkı da bulursa yargılama giderleri hakkında hiç karar vermemişse, hükmün tamamlanmasının talep edilmesine bir engel yoktur.

Yargılama giderlerinin yanı sıra, kanun yolunun açık olup olmadığı ve başvuru süresi eksikse tamamlanması istenebilir. Kanun yolunun açık olup olmadığı hakkında karar verilmesi mahkemece unutulmuşsa, tamamlanması için hem hükmün gerekçesinde hem de hüküm fıkrasında buna ilişkin bir ifadenin bulunmaması gerekir⁵⁴. Bir başka deyişle hüküm fıkrasında kanun yoluna ilişkin bir ifadenin yer almaması daima hükmün tamamlanmasını gerektirmez. Hükmün gerekçesinde kanun yolunun açık veya kapalı olduğu belirtilmiş fakat hüküm fıkrasına alınmamışsa, burada eksiklik söz konusu olmayıp açık hata nedeniyle tashih edilmesi gerekir⁵⁵.

C. Tamamlama Talebi

Hükmün tamamlanması, taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece dikkate alınabilir. Hükümde eksiklik bulursa da, mahkeme kendiliğinden hükmü tamamlayamaz⁵⁶. Hükümde eksik kalan husus, yargılama gideri gibi mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gereken bir husus olsa da re'sen tamamlama mümkün değildir⁵⁷. Bu yönüyle hükmün tamamlanması, hükmün tashihinden ayrılmaktadır.

Tamamlama talebinde başvuracak tarafın, eksik kalan talebi yargılama sırasında ileri sürmüş olan taraf olması zorunlu değildir⁵⁸. Hükmün tamamlanmasında hukukî menfaati olan tarafın bunu talep etmesi mümkündür.

⁴⁹ “...Karar başlığında davaya Aile Mahkemesi sıfatıyla bakıldığı ibaresinin eklenerek bu hususun açıkça belli edilmesi gerektiği halde gösterilmemiş ise de, davaya aile mahkemesi sıfatıyla bakıldığına dair ara kararının varlığı ve yargılamanın bu sıfatla yürütüldüğünün anlaşılması karşısında, başlıktaki bu eksiklik mahkemesince düzeltilmesi her zaman için mümkün olan maddi hata niteliğindedir...” HGK, 8.12.2010, E. 2010/8-619, K. 2010/638 (GÖZÜTOK, Zeki/ALBAYRAK, Adem: Alfabetik Medeni Usul El Kitabı, Ankara, 2021, s.456).

⁵⁰ WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 15; MUSIELAK, §321, Kn. 7; BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 5.

⁵¹ WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 14; MUSIELAK, §321, Kn. 7.

⁵² “Aleyhine hüküm verilenler birden fazla ise mahkeme yargılama giderlerini, bunlar arasında paylaştırabileceği gibi, müteselsilen sorumlu tutulmalarına da karar verebilir.”

⁵³ “Davanın konusuz kalması sebebiyle davanın esası hakkında bir karar verilmesine gerek bulunmayan hâllerde, hâkim, davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumuna göre yargılama giderlerini takdir ve hükmeder.”

⁵⁴ WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 19.

⁵⁵ WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 19; MUSIELAK, §321, Kn. 7a.

⁵⁶ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, §61, Kn. 23; WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 22; BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 6; TANRIVER, Süha: Medenî Usûl Hukuku, C. I, 3. Bası, Ankara, 2020, s.1042; GÖZÜTOK/ALBAYRAK, s.454.

⁵⁷ WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 22; STEIN/JONAS, §321, Kn. 19.

⁵⁸ STEIN/JONAS, §321, Kn. 19.

Tamamlama talebinde bulunulmuş olması, asıl hükme karşı kanun yollarına başvurulmasını veya onun cebri icra yoluyla yerine getirilmesini engelleyici bir etki doğurmaz⁵⁹. Tamamlama hükmü ile kanun yolları arasındaki ilişki ileride ayrıca incelenecektir⁶⁰. Asıl hükme karşı ilâmlı icraya başvurulduktan sonra da hükmün tamamlanmasına başvurulabilir. Asıl hüküm icrası ile tamamlayıcı hükmün icrası arasındaki ilişki aşağıda ele alınacaktır⁶¹.

D. Süre

Hükmün tamamlanması, nihaî kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde talep edilebilir. Süre, tarafların her birine tebliğinden itibaren başlar. Özellikle fer'i müdahil, fer'i müdahale gideri bakımından hükmün tamamlanması yoluna başvuracaksa, başvuru süresi, hükmün fer'i müdahale tebliğinden itibaren başlar⁶².

Alman hukukuna göre, taraflara kısa karar tebliğ edilmiş ise ve hükmün tamamlanmasının gerektiği bu kısa karardan anlaşılabilirse, başvuru süresi bu kararın tebliğinden itibaren başlar⁶³. Buna karşılık Türk hukuku bakımından, uygulamamızda kısa karar tebliğ edilmediği için böyle bir sonuca ulaşılamaz. Keza kısa kararda davanın kabul veya reddi kararı belirtmekle yetinildiğinden, HMK m.305/A'da sayılan hususlarda eksiklik olup olmadığı taraflarca kısa karardan tespit edilemez.

Hükmün tamamlanması süresinin kaçırılmış olması, maddî hukuk bakımından sonuç doğurmaz⁶⁴. Süresi içerisinde hükmün tamamlanması talebine başvurulmamış veya süreye uyulmadığı için hükmün tamamlanması talebi reddedilmiş ise, hükümde eksik olan kısmın derdestliği artık sona erer. Unutulan talebin derdestliği sona erdiği için, bu talep yeni dava yoluyla ileri sürülebilir⁶⁵. Bu husus özellikle eksik olan hüküm kesin olarak verilmiş veya istinaf kanun yoluna başvuru süresi dolmuş ise önem arz eder. Bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 353. maddesinin 1. fıkrasının 6. bendi gereğince, kararda önemli bir eksiklik olduğu için kararın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesi sebebine dayanılması ihtimali de ortadan kalkar. Dolayısıyla ilgili taraf hükmün tamamlanması süresini kaçırmışsa, yeni bir dava açma imkânına kavuşur. Ancak unutulan talep niteliği itibarıyla ayrı bir dava konusu yapılmaya elverişli değilse, örneğin yargılama gideri unutulmuş ise, ayrı bir dava konusu yapılamaz⁶⁶. Bu açıklamalar, istinaf aşamasında da geçerlidir. Bir başka deyişle, istinaf mahkemesinin verdiği kararda eksiklik bulunması halinde, hükmün tamamlanmasına başvuru süresi dolmuş ve eksik karara karşı temyiz yolu kapalı veya temyiz süresi kaçırılmış ise, söz konusu unutulan talebin derdestliği sona erecektir.

Hükmün tamamlanmasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hüküm bulunmadığı dönemde, talep edilen faiz hakkında karar verilmediği takdirde, Yargıtay eski tarihli içtihatlarında, talebin zımnen reddedildiğini, bu nedenle kesin hüküm ortaya çıktığı için faizin daha sonra dava edilemeyeceğini belirtmişti⁶⁷. Daha sonra Yargıtay bu içtihadının tersine ve daha doğru bir yorumla faiz hakkında karar verilmediği takdirde ortada bir hüküm bulunmadığını ve faizin yeni bir dava yoluyla talep edilebileceğini belirtmekteydi⁶⁸. Hüküm verirken unutulan faiz talebi hakkında taviz

⁵⁹ TANRIVER, s.1043.

⁶⁰ Bkz. VI.

⁶¹ Bkz. V, B.

⁶² WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 15, 29; MUSIELAK, §321, Kn. 9; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 2; STEIN/JONAS, §321, Kn. 20; BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 7.

⁶³ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 7; WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 27; MUSIELAK, §321, Kn. 9; STEIN/JONAS, §321, Kn. 20.

⁶⁴ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 7.

⁶⁵ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, §61, Kn. 28; THOMAS/PUTZO, § 321, Kn. 3; PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 7; STEIN/JONAS, §321, Kn. 20; WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 30; MUSIELAK, §321, Kn. 9; BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 6; FASCHING, §423, Kn. 12.

Alman hukukunda ZPO §533 veya §264, II hükümlerine göre istinaf aşamasında da iddianın genişletilmesi mümkün olduğundan, buna dayanılarak yeni talebin istinaf aşamasında ileri sürülmesi kabul edilmektedir (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, §61, Kn. 28; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 3; STEIN/JONAS, §321, Kn. 24; BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 4).

⁶⁶ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 7; WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 30; FASCHING, §423, Kn. 12.

⁶⁷ "...Önceki davanın müddeabihine dâhil faiz hakkında o zaman bir karar verilmemiş olması o isteğin reddedilmiş olduğu anlamına gelmektedir. Bir davada açıkça ve zımnen reddedilmiş bir husus ayrı bir dava konusu olamaz. Kesin hüküm ikinci davanın dinlenmesine engeldir..." HGK, 16.12.1967, E. T/139, K. 618 (ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul, 2000, s.807-808).

⁶⁸ HGK, 4.5.1968, E. 1966/5, K. 1968/296 (ÜSTÜNDAĞ, s. 808-809); "...Olayda, davacı tarafından evvelce açılan davada faiz istenilmiş ancak bu konuda mahkemece olumlu veya olumsuz hiçbir karar verilmemiştir. O halde faiz istemi hakkında, ...kesin hükmün varlığından söz edilemez. Diğer taraftan önceki dava sonunda verilen kararı davacının temyiz etmemiş olması faiz isteminden vazgeçmiş olduğu anlamına da gelmez..." HGK, 17.11.1973, E. 1971/762, K. 1973/901 (Lexpera); "...Davacı, istemlerinden biri hakkında karar verilmemiş olması nedeniyle temyiz yoluna başvuramazsa, hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş olan bu talep zımnen reddedilmiş sayılamaz. Bu konuda yeni bir dava açılabilir..." 3. HD,

yolu ile de karar verilmesi mümkün değildir⁶⁹. Artık hükmün tamamlanmasına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesinin kabul edilmesi ile mahkemece karar verilmesi unutulmuş faiz hakkında ek bir karar verilmesi mümkün hale gelmiştir.

IV. HÜKMÜN TAMAMLANMASININ USÛLÜ

Hükmün tamamlanması talebinin nasıl yapılacağı ve yargılama usûlü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 306. maddesinde düzenlenmiştir. Hükmün tamamlanmasına ilişkin usûlün, tavzihin yapılma usûlü ile beraber düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmektedir⁷⁰. Söz konusu görüşe göre, hükmün tamamlanmasına ilişkin usûl ya tavzihten ayrı olarak ya da tavzihle beraber düzenlenecekse de farklı yönleri ortaya konularak düzenlenmeliydi.

Hükmün tamamlanmasının isteneceği görevli ve yetkili mahkeme eksik hükmü veren mahkemedir. Bu yola dilekçe ile başvurulur. Tamamlama talebi dilekçesine tarafların sayısı kadar nüsha eklenir. Dilekçenin bir nüshası talebin karşı tarafına tebliğ edilir. Karşı tarafın tamamlama talebine cevap verme hakkı vardır. Burada cevap süresi, mahkeme tarafından takdir edilir. Karşı tarafın tamamlama talebine karşı verdiği cevap dilekçesi tamamlama talebinde bulunana tebliğ edilir. Artık burada ikinci dilekçelerin verilmesi söz konusu değildir.

Tamamlama talebinin mahkeme tarafından incelenmesi kural olarak dosya üzerinden yapılır. Tamamlama talebine karşı tarafın cevap verip vermediğine bakılmaksızın dosya üzerinden inceleme yapılması mümkündür. Fakat mahkeme gerekli görürse, iki tarafı sözlü açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya davet edebilir. Taraflara sözlü açıklamada bulunma hakkının, özellikle mahkemece unutulmuş talebin uyuşmazlığın esasına ilişkin olması halinde verilmesi gerekir. Buna karşılık unutulmuş talep, uyuşmazlığın esasına ilişkin olmayıp örneğin yargılama gideri gibi bir husus hakkında ise tamamlama talebi dosya üzerinden incelenmelidir⁷¹. Keza Alman hukukunda yargılama giderleri ve tali taleplere ilişkin dosya üzerinden karar verilmesi mümkün iken asli talep bakımından sözlü yargılamanın yapılması esastır (ZPO § 321, III). Avusturya hukukunda da yalnızca yargılama giderleri bakımından dosya üzerinden karar vermek mümkün iken diğer hususlar bakımından mahkeme gerekli görürse sözlü yargılama yapar (öZPO § 423, III)⁷².

Hükmün tamamlanması talebi hakkında duruşmalı inceleme yapılmasına karar verilmiş ise tarafların birinin veya her ikisinin duruşmaya gelmemesi halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150. maddesinin hükümleri uygulanabilir mi? Kanaatimizce hükmün tamamlanması hakkında duruşma yapılması, hükümde eksik kalan husus hakkında yeniden tahkikat yapılması anlamına gelmez. Bu duruşmada mahkeme, yalnızca tarafları dinlemekle yetinir. Bu nedenle hükmün tamamlanması duruşmasına taraflardan biri veya her ikisi gelmez ise, tarafların geçerli bir mazereti bulunmasa dahi, mahkemenin dosya üzerinden karar vermesi gerekir (HMK 306. maddesinin 3. fıkrasında, tavzihi düzenleyen HMK 304. maddeye yapılan atıf gereğince).

Mahkeme tamamlama talebinin kabulüne karar verirse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 304. maddesine göre işlem yapar. Buna göre, tamamlanan hususlara ilişkin ek karar, mahkemede bulunan nüshalar ile verilmiş olan suretlerin altına veya bunlara eklenecek ayrı bir kâğıda yazılarak imzalanır ve mühürlenir. Tamamlama talebinin reddi de ek karar olduğundan, asıl hükmün altına veya ayrı bir kâğıda ret kararının yazılması gerekir.

V. TAMAMLAMA TALEBİ ÜZERİNE VERİLEN KARARLAR

A. Genel Olarak

Mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesindeki şartlarla hükümde eksik bırakılmış bir husus olduğunu tespit ederse, tamamlama talebinin kabulüne karar verir. Hükmün tamamlanması talebinin mahkemece kabul edilmesi üzerine "tamamlayıcı hüküm" verilir⁷³. Tamamlama talebi, gerekli şartlara sahip değilse, mahkeme tamamlama talebinin reddine karar verir. Gerek tamamlama talebinin kabulü (tamamlayıcı hüküm) gerek tamamlama talebinin reddi kararları ek karar niteliğindedir. Çünkü her iki karar da mahkemenin nihai karar vermesinden bir başka deyişle hâkimin dosyadan el çekmesinden sonra verilir. Tamamlama talebi üzerine verilen karar, taraflara tebliğ edilir.

29.04.2010, E. 2010/3736, K. 2010/7646 (Lexpera); aynı yönde 22. HD, 13.10.2015, E. 2015/24904, K. 2015/28475 (Lexpera).

⁶⁹ ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usûl Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2020, s.723.

⁷⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 7251 sayılı Kanun, s.280.

⁷¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.724.

⁷² RECHBERGER/KLICKA, §423, Kn. 4.

⁷³ TANRIVER, s.1043.

Tamamlayıcı hüküm, ek karar niteliğinde olmakla beraber, hukukumuzda ek kararın tek görünüm biçimi değildir. Mahkemenin nihai kararını vermesinden sonra, dava dosyası ile ilgili bir karar vermesi gereken başka hallerde de ek karar verilebilir. Örneğin, istinaf dilekçesi ilk derece mahkemesi tarafından (HMK m.346) ek karar ile reddedilir veya davadan feragat veya davayı kabul hükmün verilmesinden sonra yapılmışsa taraflarca kanun yoluna başvurulmuş olsa dahi, ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesince feragat veya kabul doğrultusunda ek karar verilir (HMK m.310/II).

Tamamlama talebi üzerine verilen kabul veya ret kararı, asıl hükmün altına veya buna eklenecek ayrı bir kâğıda yazılacağından, bu karar, bir başka esas numarası verilmeksizin asıl hükmün esas numarası altında verilir⁷⁴. Bu husus önemini özellikle kanun yolu bakımından göstermektedir. Hem asıl hükme hem de tamamlama talebi üzerine verilen karara karşı kanun yollarına başvurulduğunda aynı esas numarası üzerinden işlem yapılarak zamansal olarak her iki kararın incelenmesi de beraber yapılabilecektir⁷⁵.

B. Tamamlayıcı Hükümün Hukukî Niteliği

Alman ve Avusturya hukuklarına göre, tamamlayıcı hüküm asıl hükümden bağımsız bir hükümdür ve asıl hüküm karşısında kısmî hüküm (Teilurteil) niteliğindedir⁷⁶. Tamamlayıcı hüküm içerik itibarıyla başlı başına bir hüküm gibi verilir ve bir hükmün tüm unsurlarını içerir⁷⁷.

Türk hukukunda bir görüşe göre, tamamlayıcı hüküm kısmî hüküm niteliğindedir⁷⁸. Kısmî hüküm, doktrinde, “*bölünebilen ve bağımsız olarak bir hükme konu olacak şekilde sınırlanabilen dava konusunun, karar verme uygunluğuna ulaşmış bir kısmı hakkında yargılamayı nihai olarak sona erdiren kararlar*” olarak tanımlanır⁷⁹. Kısmî hüküm ile davacının talep sonucunun bir kısmı sonuçlandırılır⁸⁰. Kısmî hüküm, hükmün geri kalan kısmı karşısında ayrı olarak kanun yollarına götürülebilir, icra edilebilir ve kesin hüküm halini alır⁸¹.

Kanaatimizce tamamlayıcı hüküm, asıl hüküm karşısında kısmî bir hüküm niteliğinde olmakla beraber, Alman veya Avusturya hukuklarındaki gibi ondan bağımsız bir hüküm olduğunu söylemek güçtür. Çünkü gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 306. maddesinde tamamlama usûlünün tazvih usûlü ile beraber düzenlenmesi gerekse Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 304. maddesine yapılan atıf karşısında, tamamlayıcı hüküm asıl hükümden bağımsızlaşan bir karar niteliğinde değildir. Tamamlama talebi üzerine verilen ek karar, asıl hükmün ayrılmaz bir parçası niteliğinde kabul edilmelidir⁸². Bu tespit, özellikle tamamlayıcı hükme karşı kanun yollarına başvuru şartları bakımından önem arz etmektedir ki bu husus ileride incelenecektir. Ayrıca tamamlayıcı hükmün asıl hükmün bir parçası olarak kabul edilmesinin başka bir sonucu, tamamlayıcı hükmün ilâmlı icra konusu yapılmasında görülür. Bu durumda tamamlayıcı hüküm, edaya ilişkin bir hüküm içeriyorsa, bu hükmün asıl hükme karşı başlatılan icra takibi dosyası içerisinde yerine getirilmesi talep edilebilir. Başka bir deyişle tamamlayıcı hüküm, asıl hükümden ayrı olarak ilâmlı icraya konu edilemez.

Hukukumuzda tahkim yargılaması bakımından, tamamlayıcı hakem kararının, önceki hakem kararının bir parçası niteliğinde olduğu açıkça düzenlenmiştir (HMK m.437, V). Hükmün tamamlanması konusunda da böyle bir düzenlemenin yer alması isabetli olacaktır⁸³. Böylece uygulamada özellikle kanun yolları ve ilâmlı icra bakımından ortaya çıkacak tereddütlerin bu yöndeki bir düzenleme sayesinde giderilmesi mümkün hale gelecektir.

VI. ASIL HÜKME KARŞI GİDİLEN KANUN YOLLARI İLE HÜKMÜN TAMAMLANMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

İlk derece mahkemesi kararının taraflara tebliğinden itibaren hem istinaf kanun yoluna başvuru süresi hem de hükmün tamamlanmasına başvuru süresi başlar. Eksik bir hükme karşı hükmün tamamlanması yoluna başvurulması, asıl hükme karşı kanun yollarına başvurulmasını engellemez.

⁷⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.724.

⁷⁵ ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/KALE, Serdar: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, TBB, 149, 2020, s.137.

⁷⁶ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, §61, Kn. 26; PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 9; WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 34, 37; MUSIELAK, §321, Kn. 12; THOMAS/PUTZO, §321, Kn. 6; BAUMBACH/LAUTERBACH, §321, Kn. 10; FASCHING, §423, Kn. 16.

⁷⁷ WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 34; MUSIELAK, §321, Kn. 12.

⁷⁸ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.436.

⁷⁹ BAHADIR, s.22.

⁸⁰ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.428.

⁸¹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.429; BAHADIR, s.23.

⁸² ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s.137; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.724.

⁸³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 7251 sayılı Kanun, s.283.

Aynı şekilde, asıl hükme karşı kanun yollarına başvurulmasından sonra hükmün tamamlanmasına başvurulması da mümkündür. Bu yollardan birine başvuru bakımından ilgili tarafın seçim hakkı bulunur⁸⁴. Bununla beraber burada dikkat edilmesi gereken birkaç husus vardır. Hükümde eksik bırakılan husus, aynı zamanda istinaf sebebi yapılabilir mi, yapılabilirse hem istinaf hem de hükmün tamamlanması yoluna başvurulmuşsa nasıl karar verilmelidir sorularının cevaplanması gerekir.

Hukukumuzda hükmün tamamlanması yolu kabul edilmeden önce, hükümde eksik bırakılmış bir husus var ise, bunun istinaf sebebi yapılmasında herhangi bir tereddüt yaşanmazdı⁸⁵. Bu durumda istinaf mahkemesi, talebin önemli bir kısmı hakkında karar verilmemiş olması nedeniyle dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine (HMK m.353, I, a, 6) karar verebilir. Eksik kalan husus, talebin önemli bir kısmı olmayıp örneğin vekâlet ücretinin unutulması gibi bir husus ise istinaf mahkemesi de yeniden bir karar verebilir (HMK m.353, II-III).

Hükmün tamamlanmasının kabul edilmesinden sonra, eksik kalan kısmın tamamlanmasında menfaati bulunan tarafın bunu istinaf kanun yoluna götürmeyerek yalnızca hükmün tamamlanması yoluna başvurulmasında herhangi bir engel veya sakınca bulunmamaktadır. Hatta davanın tarafları bakımından başvurabilecekleri hukukî çare imkânlarının genişlemesi nedeniyle etkin hukukî himayeye hizmet eden bir sonuca da ulaşılmaktadır. Özellikle istinaf kanun yolunun kapalı olduğu veya başvuru süresinin kaçırıldığı hallerde dahi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesi uygulanabileceğinden eksik olan hükümlerin tamamlanmasının kanun değişikliği ile mümkün hale gelmesi tarafların menfaatindedir. Ayrıca hükümdeki tek sorun eksikliğin giderilmesi ise, yalnızca hükmün tamamlanmasının talep edilmesi sayesinde kanun yolları da meşgul edilmemiş olur.

Taraflardan biri, hükümde bulunan eksiklik için hem istinaf kanun yoluna başvurmuş hem de hükmün tamamlanmasını talep etmiş ise, Avusturya Medenî Usûl Kanunu § 485'te özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, tamamlama talebi hakkında karar verilene kadar istinaf yargılaması talep üzerine ertelenir. Tamamlama talebi hakkında kesinleşmiş bir karar verilir ve hüküm tamamlanırsa, hükmün eksik olduğuna dayanan istinaf sebebi ortadan kalktığı için istinaf başvurusu artık geri çevrilir⁸⁶. Türk hukukunda böyle açık bir kanunî düzenleme bulunmamaktadır. Fakat hukukumuzda da ilk derece mahkemesi aşamasında hükümdeki eksikliğin giderilmesi ihtimali karşısında istinaf incelemesinin, hükmün tamamlanması hakkında bir karar verilene kadar ertelenmesi uygun düşer. Bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 360. maddesi gereğince istinaf aşamasında ilk derece mahkemelerindeki yargılama usûlünün uygulanması imkânına dayanılarak istinaf yargılamasının bekletilmesi kanaatimizce mümkündür⁸⁷. Aksi durumda birbiri ile çelişen kararların ortaya çıkma ihtimali söz konusu olabilir.

Hükmün tamamlanması talebi üzerine verilen kabul veya ret kararının taraflara tebliğ edilmesinin asıl karara karşı istinaf başvuru süresine etkisi hakkında mukayeseli hukuk bakımından birbirine zıt yönde iki kanunî düzenleme bulunmaktadır. Alman hukukuna göre, istinafa başvuru süresi içerisinde hükmün tamamlanmasına yönelik bir ek karar verilmiş ise, bu ek kararın tebliğinden itibaren asıl karara karşı istinafa başvuru süresi yeniden işlemeye başlar (ZPO § 518, 1. cümle). Söz konusu madde, temyiz kanun yolu bakımından da uygulanır (ZPO § 555)⁸⁸. Bu kural sayesinde, her iki karara karşı birlikte kanun yoluna başvurulması ve incelemenin birlikte yapılarak karar verilmesi sağlanır⁸⁹. Her iki karara karşı aynı taraf istinaf kanun yoluna başvurmuş ise, yapılan inceleme birbirini bağlar (ZPO § 518, 2. cümle). Fakat taraflardan biri sadece tamamlayıcı hükmü kanun yoluna götürmüş ise, tamamlayıcı hükmün bağımsızlığı nedeniyle, kanun yolu mahkemesi yalnızca tamamlayıcı hüküm hakkında bir karar verebilir⁹⁰. Bunun yanı sıra yargı içtihatlarında, yargılama giderleri hakkındaki tamamlayıcı hükmün kısmî karar değil, son karar olarak ele alınması ve ilk verilen kararı istinaf etmekle yargılama giderine ilişkin tamamlama hükmüne karşı da kanun yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir⁹¹. Zıt yöndeki diğer düzenleme ise Avusturya hukukunda öZPO § 424'e aittir. Buna göre,

⁸⁴ RECHBERGER/KLICKA, §423, Kn. 3. Buna karşılık Avusturya hukukunda azınlıkta kalan bir görüşe göre, hükmün tamamlanması ile kanun yoluna başvuru arasında tarafların seçim hakkı bulunmaz; hükmün tamamlanmasına sehven unutulmuş hususlar için başvurulabilirken istinaf yoluna mahkemece bilerek karar verilmeyen hususlar için başvurulabilir (Bkz. RECHBERGER/KLICKA, §423, Kn. 3'teki yazarlar).

⁸⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2735) ve Adalet Komisyonu Raporu, s.17; BUDAK/KARAASLAN, 7251 Sayılı Kanun, s.25; BUDAK/KARAASLAN, Usûl, s.307.

⁸⁶ FASCHING, §423, Kn. 2; RECHBERGER/KLICKA, §423, Kn. 3.

⁸⁷ Doktrinde ileri sürülen aksi yöndeki bir görüşe göre, ek karar istinaf mahkemesi için bekletici sorun oluşturmamalıdır (PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 7251 sayılı Kanun, s.282).

⁸⁸ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, §61, Kn. 27; WIECZOREK/SCHÜTZE, §321, Kn. 39.

⁸⁹ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, §61, Kn. 27.

⁹⁰ PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 9.

⁹¹ STEIN/JONAS, §321, Kn. 38.

hükmün tamamlanmasına ilişkin yargılamanın, kanun yoluna başvuru süresine herhangi bir etkisinin olmadığı düzenlenmiştir.

Türk hukukunda hükmün tamamlanmasının istinaf kanun yoluna başvuru süresi ile ilişkisi bakımından hiçbir kanunî düzenleme yer almamaktadır. Bu yönde bir kanunî düzenleme bulunmaması karşısında, Alman hukukundaki gibi, hükmün tamamlanması talebine ilişkin kararın tebliğ edilmesi ile asıl hükme karşı istinafa başvuru süresinin yeniden işlemeye başlaması mümkün değildir. Alman hukukunda istinafa başvuru süresi ve hükmün tamamlanmasına başvuru süresi aynı olduğundan, tamamlama talebi üzerine verilen karardan sonra asıl karara karşı istinaf süresinin uzaması anlamlıdır. Ancak bizim hukukumuzda hükmün tamamlanmasına başvuru süresi istinaf süresinden uzun olduğu için, bir de tamamlama talebi üzerine verilen karardan sonra asıl karara karşı tekrar istinafa başvuru süresi tanınması süreci çok fazla uzatacaktır. Ayrıca tarafların soyut sebeplerle hükmün tamamlanması yoluna başvurarak bu yolu kötüye kullanma ihtimali de ortaya çıkabilir. Bu nedenle Türk hukukunda hükmün tamamlanması kabul edilirken ZPO § 518, I gibi bir düzenlemenin yer almaması isabetli olmuştur.

VII. TAMAMLAYICI HÜKME KARŞI KANUN YOLLARI

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 305/A maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, tamamlama talebi üzerine verilen kararlara karşı kanun yolları açıktır. Buna göre yalnızca tamamlayıcı hüküm değil, tamamlama talebinin reddi kararlarına karşı da kanun yollarına başvurulması mümkündür⁹².

Tamamlayıcı hüküm bakımından kanun yollarına başvuru şartları belirlenirken bu şartların sadece ek karar için mi aranacağıın, yoksa asıl kararın kanun yollarına açık olup olmadığına göre mi tespit edileceğinin belirlenmesi gerekir. Bu soruya verilecek yanıt, tamamlayıcı hükmün asıl hüküm ile arasındaki ilişkinin hukukî niteliğine göre değişir. Çünkü tamamlayıcı hüküm, asıl hükümden bağımsız bir karar olarak kabul edilirse, kanun yollarına başvuru şartları bakımından da asıl hükümden bağımsız olduğu sonucuna varmak gerekir. Alman ve Avusturya hukuklarında bu anlayış benimsenmiştir. Bu hukuk sistemlerinde tamamlayıcı hükmün kanun yollarına başvuru şartları asıl hükümden bağımsız olarak değerlendirilir⁹³.

Kanaatimizce Türk hukukunda tamamlama talebi üzerine verilen kararları asıl hükümden tamamen bağımsız olarak değerlendirmek mümkün olmadığından, kanun yollarına başvuru şartları için de asıl hükme göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu husus, özellikle malvarlığına ilişkin davalarda parasal sınırın tespiti bakımından önem arz eder. Asıl hüküm, kanun yollarına kapalı bir karar ise, bu karara ek olarak verilen tamamlayıcı hükme karşı da kanun yolu kapalı olur⁹⁴. Tam tersi, asıl hükme karşı kanun yollarına başvurulabiliyorsa tamamlayıcı hükme karşı da kanun yoluna gidilebilir. Parasal sınır bakımından şu tespitler yapılmalıdır: Asıl hüküm bakımından kanun yolu açık olup da bu karar parasal sınırın üzerinde kalıyor ve tamamlayıcı hükümdeki miktar da tek başına parasal sınırın üzerinde ise bir sorun yoktur. Fakat tamamlayıcı hükümdeki miktar tek başına kanun yoluna başvuruda parasal sınırın altında kalıyorsa ne olacağı belirlenmelidir. Kanaatimizce tamamlayıcı hüküm istinaf kanun yoluna götürülürken parasal sınırın hesaplanmasında, asıl hüküm ile tamamlayıcı hükümdeki dava konusunun miktar veya değerinin toplamı dikkate alınmalıdır⁹⁵. Bir başka deyişle, mahkeme asıl hükümde tarafların ileri sürdüğü talebin tamamı veya bir kısmını unutmamış olsa ve buna göre mahkeme kararı parasal sınırın üstünde kalacak olsa idi, tamamlayıcı hükümdeki miktar tek başına parasal sınırın altında kalsa bile, toplam miktar parasal sınırın üzerinde ise kanun yolunun açık olduğu kabul edilmelidir. Hükmün tamamlanmasının konusu manevî tazminat ise, bu durumda parasal sınır şartı aranmaksızın kanun yollarına başvurulabilir (HMK m.341, II, cümle 2). Bu noktada tamamlayıcı hükmün yargılama giderleri gibi hükmün fer'i nitelikteki sonuçları hakkında verilmiş olması halinde de asıl hükme karşı kanun yolu açık ise tamamlayıcı hükme karşı kanun yollarına gidilmesi mümkün olmalıdır. Kanun yoluna başvuru bakımından, hakkında eksik hüküm verilen davanın türünün de göz önünde tutulması gerekir. Objektif dava birleşmesi biçiminde açılmış birden fazla talepten biri hakkında karar verilmesi unutulmuş ise, parasal sınır her bir talep bakımından ayrı ayrı dikkate alınmalıdır⁹⁶.

⁹² PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 7251 sayılı Kanun, s.283.

⁹³ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, §61, Kn. 26; MUSIELAK, §321, Kn. 13; THOMAS/PUTZO, §321, Kn.6; PRÜTTING/GEHRLEIN, §321, Kn. 9; STEIN/JONAS, §321, Kn. 35; FASCHING, §423, Kn. 16; RECHBERGER/KLICKA, §423, Kn. 5.

⁹⁴ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, 7251 sayılı Kanun, s.283; GÖZÜTOK/ALBAYRAK, s.454.

⁹⁵ GÖZÜTOK/ALBAYRAK, s.454.

⁹⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.477.

VIII. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU’NUN 305/A MADDESİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

Hükmün tamamlanmasına ilişkin kurallar bakımından kanun koyucu herhangi bir geçiş (intikâl) hükmü öngörmemiştir. Bu nedenle bu kuralların zaman bakımından uygulanmasında genel kuralın dikkate alınması gerekir⁹⁷. Usûl kuralları tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhal uygulanır (HMK m.448). Bunun anlamı, tamamlanmış işlemler geçerliliğini muhafaza ederken tamamlanmamış işlemlerin yeni yürürlüğe giren usûl kurallarına tâbi olmasıdır (derhâl uygulanırlık ilkesi)⁹⁸.

Hükmün tamamlanmasına ilişkin kanun değişikliği 28.7.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla bu tarihte henüz tamamlanmamış olan usûl işlemlerine hükmün tamamlanması kuralları uygulanır. Buna göre, bu tarihten sonra açılmış olan davalarda verilen hükümler bakımından hükmün tamamlanmasının istenebileceğine kuşku yoktur.

28.7.2020 tarihinden önce açılmış olan davalar bakımından ise bazı tespitlerin yapılması gerekir. 28.7.2020 tarihinden önce açılmış olan davalarda, hüküm bu tarihten sonra verilmiş ve hükümden Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesi anlamında eksiklik var ise, taraflar hükmün tamamlanmasını talep edebilirler. Bu noktada, hüküm söz konusu tarihten önce verilmiş ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesinin uygulanma kabiliyeti var mıdır sorusu sorulmalıdır. Kanaatimizce bu durumda hükmün tebliğ edildiği tarihe bakılmalıdır. Hüküm 28.7.2020’den önce verilmiş ve fakat bu tarihten sonra taraflara tebliğ edilmiş ise, hükmün tamamlanmasının talep edilmesi mümkündür. Bununla beraber, hüküm hem 28.7.2020’den önce verilmiş hem de bu tarihten önce tebliğ edilmiş ise, hükmün tamamlanması yoluna ancak bir aylık süre dolmamış ise başvurulabilir. Bir başka deyişle 28.7.2020’den önce hüküm verilmiş, taraflara tebliğ edilmiş ve başvuru süresi de bu tarihten önce dolmuşsa artık hükmün tamamlanması yoluna başvuru imkânı kalmaz.

IX. SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na 7251 sayılı Kanun ile eklenen 305/A maddesi, medenî usûl hukukumuzda “hükmün tamamlanması” kurumunu kazandırmıştır. Hükmün tamamlanmasına ilişkin getirilen yeni düzenleme ile beraber, mahkemenin nihaî karar verirken karar vermeyi unuttuğu hususlar bakımından hükmün tamamlanması imkânı kabul edilmiştir.

Hükmün tamamlanması kanun yolu değildir; hukukî niteliği itibarıyla hukukî çare niteliğindedir. Çünkü hükmün tamamlanması, kanun yollarının genel özellikleri olan aktarıcı ve erteleyici etkiye sahip değildir.

Hükmün tamamlanması yoluna başvurulması için, öncelikle nihaî bir mahkeme kararının bulunması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesinde yalnızca “hüküm” ifadesi yer alsa da mahkeme tarafından verilen tüm nihaî kararlar bakımından söz konusu kuralın uygulanması mümkündür. Hükmün tamamlanmasına başvurulacak nihaî kararın türü önem arz etmez. Dolayısıyla esasa ilişkin nihaî kararlar, usûle ilişkin nihaî kararlar veya karar verilmesine yer olmadığı kararları için hükmün tamamlanması talep edilebilir. Hatta tamamlayıcı hükmün kendisi de şartları varsa tamamlanabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesi anlamında hakkında kısmen veya tamamen karar verilmemiş olan “husus”lar, “yargılamada ileri sürülen” ve “kendiliğinden hükme geçirilen” hususlar olarak ikiye ayrılır. Bu iki grup “husus”u birbirinden ayıran özellik, ilkinin taraflarca ileri sürülmesi, ikincisinin mahkemece re’sen hükme geçirilmesidir. “Yargılamada ileri sürülen husus” ifadesinden medenî usûl hukuku bakımından anlaşılması gereken “talep” kavramıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 306. maddesinde tamamlama usûlünün tanzih usûlü ile beraber düzenlenmesi ve 304. maddeye yapılan atıf karşısında, tamamlama hükmü asıl hükümden bağımsızlaşan bir karar niteliğinde değildir. Tamamlama talebi üzerine verilen ek karar, asıl hükmün ayrılmaz bir parçası niteliğinde kabul edilmelidir. Bu tespit özellikle tamamlayıcı hükme karşı kanun yollarına başvuru şartları bakımından önem arz eder.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 305/A maddesinin olmadığı dönemde, eksik kalan hususlar yalnızca şartları varsa kanun yollarında ileri sürülebilmekteydi. Ancak kanun yoluna kapalı bir karar bakımından bu imkân da bulunmamaktaydı. Hükmün tamamlanması sayesinde, eksik kalan nihaî

⁹⁷ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.65; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.17; PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. I, İstanbul, 2017, s.43; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.25; TANRIVER, s.132.

⁹⁸ TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara, 2013, s.167-169; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s.63; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, Usûl, s.18; PEKCANITEZ, s.44-46; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s.24; TANRIVER, s.132.

karara karşı kanun yolu açık olsa da kanun yolu yargılamasına nazaran daha hızlı, basit ve ucuz bir yol olarak hükmün tamamlanmasına başvurulması mümkün hale gelmiştir. Bu açıdan hükmün tamamlanması usûl ekonomisine hizmet etmektedir. Hükmün tamamlanması yolu, özellikle kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş yani kanun yoluna götürülemeyen nihaî kararlar bakımından önem arz eder. Böylece bu kararlarda eksik kalan hususların kanun yoluna başvurulmasına da tamamlanması etkin hukukî himayenin sağlanması bakımından oldukça faydalıdır.

Olumlu yönlerinin yanı sıra, hükmün tamamlanmasına ilişkin kanaatimizce eksik kalan konular bulunmaktadır. Bu noktadaki eksiklikler ileride yargı kararları ile şekillenerek giderilebilir. Ancak kanun koyucunun ek kanunî düzenlemeler yapması daha uygun düşecektir. Bunlardan ilki, tamamlayıcı hükmün asıl hüküm karşısındaki hukukî niteliği hakkındadır. Hakem kararları bakımından verilen tamamlayıcı karardaki gibi (HMK m.437, V), tamamlayıcı hükmün, asıl kararın ayrılmaz bir parçası olduğu yönünde bir hüküm konulması kanaatimizce yerinde olacaktır. Böylece asıl hükme karşı kanun yoluna yapılan başvuru ve verilecek karar bakımından ortaya çıkabilecek sorunlara bu kurala dayanılarak çözüm getirilebilecektir.



Hükümdeki eksiklik için hem istinaf kanun yoluna hem de hükmün tamamlanmasına başvurulması halinde, hükmün tamamlanması için ilk derece mahkemesinin vereceği kararı istinaf mahkemesinin beklemesine yönelik bir düzenleme yapılması da isabetli olacaktır. Kanaatimizce söz konusu durum, istinaf mahkemesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 360. maddesi gereğince bekletici sorun yapılmalıdır. Ancak uygulamaya açıklık getirmek ve birbiri ile çelişen içtihatların ortaya çıkmasını önlemek bakımından açık bir kanunî düzenleme yapılmasında fayda bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M.Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: Medeni Usûl Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2009.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: Medeni Usûl Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2020.
- ATALI, Murat: Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. III, İstanbul, 2017.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: Medeni Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2020.
- BAHADIR, Zeynep: Medeni Usûl Hukukunda Kısmî Karar, Ankara, 2018.
- BAUMBACH, Adolf/LAUTERBACH, Wolfgang: Becksche Kurz Kommentare Zivilprozessordnung, 62. Auflage, München, 2004.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: “7251 Sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, İBD, 94 (5), 2020, s.15-50 (7251 Sayılı Kanun).
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: Medeni Usûl Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2020 (Usûl).
- FASCHING, Hans W.: Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Auflage, Wien, 2004.
- GÖZÜTOK, Zeki/ALBAYRAK, Adem: Alfabetik Medeni Usul El Kitabı, Ankara, 2021.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2735) ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf> (Erişim tarihi: 1.10.2020).
- KURU, Baki: Medeni Usûl Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara, 2020.
- MUSIELAK, Hans-Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Auflage, München, 2011.
- ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/KALE, Serdar: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, TBBD, 149, 2020, s.77-152.
- PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usûl-Medenî Usûl Hukuku, C. I, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, TBBD, 150, 2020, s.247-299 (7251 sayılı Kanun).
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: Medeni Usûl Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2020 (Usûl).
- PRÜTTING, Hanns/GEHRLEIN, Markus: ZPO Kommentar, 2. Auflage, Köln, 2010.
- RECHBERGER, Walter H./KLICKA, Thomas: Zivilprozessordnung, 5. Auflage, Wien, 2019.
- ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Auflage, München, 2018.
- STAEHELIN, Adrian/STAEHELIN, Daniel/GROLIMUND, Pascal: Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich, 2013.
- STEIN, Friedrich/JONAS, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Tübingen, 2013.
- TANRIVER, Süha: Medeni Usûl Hukuku, C. I, 3. Bası, Ankara, 2020.
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara, 2013.
- THOMAS, Heinz/PUTZO, Hans: Zivilprozessordnung, München, 2016.
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr (Erişim tarihi: 10.12.2020).
- UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: Medeni Yargılama Hukukunun Esasları, 7. Bası, İstanbul, 2000.
- WIECZOREK, Bernhard/SCHÜTZE, Rolf A.: Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Berlin, 2014.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. III, Ankara, 2017.

**ORGAN VE DOKU NAKLİ KANUNU ÖZELİNDE KORNEA KAVRAMI ÜZERİNDEN
"CESET ÜZERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPMAYAN DOKU" İBARESİNE HUKUKSAL VE
TIBBİ YAKLAŞIM**

A MEDICAL AND LEGAL APPROACH TO THE PHRASE "TISSUE WHOSE REMOVAL DOES NOT ALTER THE APPEARANCE OF THE BODY" OVER THE CONCEPT OF THE CORNEA, SPECIFICALLY PERTAINING TO THE LAW ON TRANSPLANTATION OF ORGANS AND TISSUES

Ertunç MEGA*  & Özlem YENERER ÇAKMUT** 

Makale Bilgi

Gönderi: 13/02/2021
Kabul : 16/05/2021

Anahtar Kelimeler

Kornea,
Doku Nakli,
Varsayılan Rıza,
Hukukî Yorum.

Özet

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.879523> 

Organ nakli sosyal, hukukî, ve etik tartışmalar yaratan bir konudur. Yel pazenin bir tarafında alıcının sağlık hakkı veya üstün amaç, diğer tarafında ise vericinin sağlık ve kişilik hakları bulunmaktadır. Organ nakli meselesi etik, tıp ve hukuk disiplinlerini birleştiren ve bu çerçevede bağışçılarının ve alıcıların, tedaviye yönelik hedefler ve kanıt dayalı tıbbî sonuçlar dışında, kişilik haklarını da içeren bir konudur. Vericinin canlı ya da ölü olması durumundan bağımsız olarak organ ya da doku nakli yapılabilmesi hususunda başlıca üç model mevcuttur. Bunlar rıza, itiraz ve zaruret modelleri olarak tanımlanabilir. Türkiye’de organ ve doku nakline yönelik benimsenen model rıza modelidir. Modelin kanuni dayanağı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’dur. Kanun’un, “aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe yoksa, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular alınabilir.” şeklinde düzenlenen 14’üncü maddesinin ikinci fıkrası, açık olarak, bir dokuyu ayırık tutmaktadır. Bu ayırıklık sadece bir dokuyu işaret etmekle kalmayıp gibi benzerlik edatıyla da genişletilmiş durumdadır. Bu genişlik doku vasfıyla sınırlandırıldığında kadavradan bir organın alınabilmesi ve nakil amacıyla kullanılabilmesi, ceset üzerinde değişiklik yapmasa dâhi olanaklı değildir. Bu genişlik ceset üzerinde değişiklik yapmayan biyolojik yapılar açısından sınırlandırılır ise doğal açıklıklardan girilerek alınabilen tüm doku ve organlar itiraz modeli temelinde nakil amacıyla kullanılabilir hâle gelecektir. Türkiye’de, bildiğimiz kadarıyla, ceset üzerinde değişiklik yapmamak ifadesinin tanımına dair bir çalışma bulunmamaktadır. Bu makalede, Kanun ve Kanun’daki ibarenin genişletici yorum ile yorumlanması ve sadece kornea özelinde konunun ele alınmasının kanunun sevk sebebi ve normun amacı ile uyumlu olmadığı ve işlevsiz kaldığı hususları ile “cesette değişiklik yapmamak” ifadesinin somutlaştırılması ve düzenlemedeki soyutluğun ortaya çıkardığı sorunların tartışılması amaçlanmıştır.

Article Info

Received: 13/02/2021
Accepted: 16/05/2021

Keywords

Kornea,
Tissue Transplantation,
Opt-out Consent,
Judicial Interpretation.

Abstract

Organ transplantation is a socially, legally, and ethically controversial subject. On the one hand lies the recipients’ right to health and the superior purpose, and the donors’ personality and health rights on the other. Organ transplantation intertwines ethics, medicine, and law; involving not only therapeutic objectives and evidence-based medical result expectations of donors and recipients but also their personality rights. Regardless of whether the donor is alive or not, there are three main models for organ procurement, namely explicit consent, presumed consent, and conscription models. In Turkey, the explicit consent model is used. The legal basis of the model is the Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue. According to the Act, "Unless a testament with a contrary intention is presented, tissues such as cornea that do not cause any alteration to the appearance of the body when removed can be harvested." Clearly, the second paragraph of Article 14 refers to a distinct tissue but also indicates an expansion through the usage of a preposition that expresses similarity. If this expansion is not kept limited to tissues, it becomes possible to use all biological structures that can be harvested through natural body openings for transplantation based on the presumed consent model. Presently, there is no published study that we know of regarding the definition of the phrase “not altering the appearance of the body.” The goal of the article is to discuss the issues that arise from the ambiguity in the Act and to extend the interpretation of the Act by concretizing the phrase “not altering the appearance of the body” along with the cases where the handling of the issue, namely, keeping it specific to the cornea, is rendered functionless, and incompatible with the enactment purpose of the Act and the relevant legal norm.

 Bu eser [Creative Commons Atf 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Dr., İstanbul Fatih Sultan Mehmet Eğitim ve Araştırma Hastanesi.

** Prof. Dr., Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

EXTENDED SUMMARY

Organ and tissue transplantation subject area continues to generate broad spectrum debate within the disciplines of ethics, sociology and law. On one side of the spectrum there are the health right and best interests of the recipient, where on the other side, there emerges a conflict about personality right as organ or tissue removal with no aim of a therapeutic intervention from a healthy person or donor. Organ and tissue donation interventions that combine disciplines like ethics, medicine and law deal with not only evidence-based therapeutic goals but also human rights based personal rights. Basically there exists three policies or approaches based on the donors' consent. In Turkey the regulated models come into view as; explicit consent, presumed consent, and conscription model which may be explained as the removal of organs and tissues in states of necessity without going in a search of consent.

Organ and tissue transplantation as a socially, legally, and ethically controversial subject continues to generate broad spectrum debate. As the medical interventions on the donors are not therapeutic in medical and legal essence, the highlighted contrariety to law finds legal immunity with legislative acts, codes. One of those codes is the Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue. As a global recognition, the grounds of justification about medical interventions request entitlement of the healthcare providers, consent of the patients, due care of the healthcare staff, and legal immunizations to situations which express contradiction to law. Procedures like harvesting organ and tissues, elective abortions and circumcision procedures demand to gain immunity via acts or codes in order to be legally justified.

Organ transplantation intertwines ethics, medicine, and law; involving not only therapeutic objectives and evidence-based medical result expectations of donors and recipients but also their personality rights. Basically there exists three main policies, approaches or models for organ procurement namely explicit consent, presumed consent, and conscription models. Explicit consent or in other words opt-in consent may be defined as a clear and voluntary indication of preference or choice, usually oral or written, and freely given in circumstances where the available options and their consequences have been made clear. Presumed consent or in other words opt-out consent may be defined as the assumption that a particular action would have been approved by a person or party if permission had been sought. Conscription model may be defined as the liberal harvesting of all cadaveric organs and tissues even when the deceased or family object to the procedure.

The legal basis of the tissue and organ removal in Turkey sits on the Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue. In this article we aimed to discuss the January 02 2014 amendment to the Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue. In Turkey, with exceptions the explicit consent model is used.

One of these exceptions is the removal of organs and tissues in states of necessity without going in a search of consent, namely the conscription model. In Turkey the conscription model gains legal immunity with the fourth paragraph of Article 14. The fourth paragraph of Article 14 can be translated from Turkish to English as: In the case of the aforesaid persons, where the next of kin do not exist or cannot be located, and the termination of life has taken place as a result of accident or natural death, provided that the reason for the death is not in any way related to the reason for harvesting, and according to the conditions which were stated in Article 11, the suitable organs and tissues can be transplanted into persons whose lives depend on this procedure without permission from the next of kin. In such cases, judicial post mortem examination is made following the surgical processes and the report of the examination committee of physicians is recorded in the protocol for judicial examination and added to the documents thereof.

The other exception is mentioned in the second paragraph of Article 14. Turkish to English translation of the second paragraph of the article before amendment may be worded as: Unless an nuncupation with a contrary intention is presented, tissues such as cornea that do not cause any alteration to the appearance of the body when removed can be harvested. By the amendment the explicit or so-called opt-in consent model about corneal tissues has been replaced as presumed consent policy. Post-amendment phrasing of the article is as: Unless a testament with a contrary intention is presented, tissues such as cornea that do not cause any alteration to the appearance of the body when removed can be harvested. Presently, there is no published study that we know of regarding the definition of the phrase "to not cause any alteration of the appearance of the body" in Turkey.

The initial goal of the article is to discuss the issues that arise from the ambiguity in the Act. Here the important question to solve arises as whether the removal of cornea does or does not alter the appearance of a body. According to us, the phrase "not altering the appearance of the body" deserves a debate. We tried to exhibit the concrete situation about altering the appearance of the body on corneal harvesting procedures.

Then the second question comes into view. Clearly, the second paragraph of Article 14 refers to a distinct tissue but also indicates an expansion through the usage of a preposition namely 'such as' that expresses similarity. If this expansion is not kept limited to tissues, it becomes possible to use all biological structures that can be harvested through natural body openings for transplantation based on the presumed consent model. This is the second issue that deserves discussion. Medical improvements on organ and tissue donation procedures are highly accelerated. It is also possible to mention an increasing awareness of public, stakeholders and advocates. If corneal harvesting does not alter the appearance of the body, even if the wording of the article has a preposition of similarity namely 'such as', the highlighted tissue is only the cornea. With the current psycho-social perspective on organ and tissue donation in Turkey will the article be nonfunctional to harvest other tissues that make no change on the appearance of the body. If there evolves any hesitation on healthcare professionals about harvesting extra-corneal tissues, then the functionality of the article needs a thorough debate. With this point of view, the article is also somehow incompatible with the enactment purpose of the Act and the relevant legal norm.

Issues like organ harvesting with inevitable tensions between the interests of donors, potential transplant recipients, and healthcare professionals, undoubtedly request concrete legal arrangements with no points of question either on essence of law or *verba legis*. We are of the opinion that the wording of the article 14 of Turkish Act on the Harvesting, Storage, Grafting, and Transplantation of Organs and Tissue, aiming a positive acceleration on the number of corneal transplantation procedures, unfortunately possesses a great functionlessness potential. Remembering that the patients on the way to transplantation race against time in general and focusing on the number of patients at the corneal transplantation waiting list the law-maker must take on the task for concreteness with no time delay.

I. GİRİŞ

Organ nakli sosyal, hukukî, ve etik¹ tartışmalar yaratan bir konudur². Yel pazenin bir tarafında alıcının sağlık hakkı veya üstün amaç³, diğer tarafında ise vericinin sağlık ve kişilik hakları bulunmaktadır⁴. Organ nakli meselesi etik, tıp ve hukuk disiplinlerini birleştiren ve bu çerçevede bağışçıların ve alıcıların, tedaviye yönelik hedefler ve kanıta dayalı tıbbî sonuçlar dışında, kişilik haklarını da içeren bir konudur. Vericinin canlı ya da ölü olması durumundan bağımsız olarak organ ya da doku nakli yapılabilmesi hususunda başlıca üç model mevcuttur. Bunlar rıza, itiraz ve zaruret modelleri olarak tanımlanabilir⁵.

Türkiye’de organ ve doku nakline yönelik benimsenen model rıza modelidir.

Modelin kanuni dayanağı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un (ODNK)⁶, “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.” şeklinde düzenlenen 14’üncü maddesinin ilk fıkrasıdır.

Kanun’un, “*aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe*⁷ yoksa, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik⁸ yapmayan dokular alınabilir.” şeklinde düzenlenen 14’üncü maddesinin ikinci fıkrası, açık olarak, bir dokuyu ayrık tutmaktadır. Bu ayrıklık sadece bir dokuyu işaret etmekle kalmayıp *gibi* benzerlik edatıyla da genişletilmiş durumdadır. Bu genişlik *doku* vasfıyla sınırlandırıldığında kadavradan bir organın alınabilmesi ve nakil amacıyla kullanılabilmesi, ceset üzerinde değişiklik yapmasa dâhi olanaklı değildir. Bu genişlik *ceset üzerinde değişiklik yapmayan biyolojik yapılar* açısından sınırlandırılır ise doğal açıklıklardan girilerek alınabilen tüm doku ve organlar itiraz modeli temelinde nakil amacıyla kullanılabilir hâle gelecektir.

Türkiye’de, bildiğimiz kadarıyla, ceset üzerinde değişiklik yapmamak ifadesinin tanımına dair bir çalışma bulunmamaktadır. Bu makalede bu ifadenin somutlaştırılması ve düzenlemedeki soyutluğun ortaya çıkardığı sorunların tartışılması amaçlanmıştır.

II. TÜRK HUKUKUNDA CESET

Ölüm, sözlük anlamı olarak, bir canlıda hayati fonksiyonların tam ve kesin bir şekilde sona ermesi durumudur⁹. Ceset ise ölü beden, naaş anlamındadır¹⁰. Arapça kökenli ceset kelimesinin anlamı, ruhun içine girmiş olduğu cisim kalıbı, beden ya da gövde şeklindedir. Kelimenin sözlüklerde birinci anlamı olan ve cansız, ölü vücut anlamını taşıyan kullanımı ise daha sonra ortaya çıkmıştır¹¹. Hukukî terim anlamı açısından ise ölü doğmuş ya da doğduktan sonra ölmüş insan bedeni; organlarının bütünlüğünün korunduğu, dağılmadığı, çürümediği, başka bir ifade ile kimlik tespitinin olanaklı olduğu aşamaya kadar ceset olarak kabul edilir. Doğal ya da yapay nedenlerle bütünlüğünü kaybettiği andan itibaren ise cesedin parçaları ifadesi kullanılır¹².

¹Beyin ölümüne etik yaklaşımlar için bkz. İLKİLİÇ, İlhan: “Etik Yaklaşımlar Bağlamında Beyin Ölümü”, içinde Görgülü, Ülfet/Kılıç, Halil (Ed.), Hayatın Başlangıcı ve Sonu Fıkhi, Hukuki, Tıbbi Ve Etik Boyutlarıyla, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, s.201-209.

²İLKİLİÇ, s.171-250.

³PARLAR, Şafak: “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, TBB Dergisi, 83, 2009, s.196.

⁴Esasen klasik kişilik hakkı görüşü, bir kişinin cesedi hakkında tasarrufta bulunmasını uygun bulmaz. Öğretideki yaygın görüş ise bilime hizmet ya da başkalarına sağlık kazandırma gibi işlemlerin “üstün bir amaca yönelik” olduğu gerekçesiyle hukuka aykırılık unsuru taşımadığı yönündedir. ODNK ile kanuni dayanak bulan düzenlemenin temeli ise bu görüştür. Bkz. ATAAY, Aytekin: “Vücut (Beden) Üzerindeki Hak”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, 1996, s.25-28; ÜNVER, Yener: “Organ Nakli Ve Hukuksal Boyutu”, Ceza Hukuku Dergisi, 3(7), 2008, s.203-221; YENERER ÇAKMUT, Özlem: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s.156.

⁵Modeller hakkında öz bilgi için bkz. AKINCI, Şahin: “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, s.427-448.

⁶RG: 03.06.1979; 16655.

⁷Bu fıkrada yer alan “veya beyan” ibaresi 02.01.2014 tarihli ve 6514 sayılı Kanun’un 42’nci maddesiyle, “ibraz edilmedikçe” şeklinde değiştirilmiştir.

⁸Değişiklik kelimesinin sözlük anlamı, eski durumu değişip yeni bir duruma girme, eskisinden farklı olma, değişme şeklindedir. Bkz. AYVERDİ, İlhan: Misalli Büyük Türkçe Sözlük, 1. Cilt, Kubbealtı, İstanbul, 2005, s.649.

⁹AYVERDİ, 3. Cilt, s.2424-2425.

¹⁰Türk Dil Kurumu: “Güncel Türkçe Sözlük”, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.01.2021).

¹¹AYVERDİ, 1. Cilt, s.477.

¹²TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.681; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C.1, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.275; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: TCK Şerhi, Özel Hükümler, 3. Cilt, Madde 76-131, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, s.3196-3197.

Günümüzde cansız yani ölü bedeninin, hukuken, ne zamandan itibaren ceset kabul edileceği hususu ise tıp bilimi ölçütleri dâhilinde tanımlanmış ve beyin ölümü esas kabul edilmiştir. Türk hukukunda ölüm anının tanımlandığı somut bir hukukî metin yoktur. Ölüm hâlinin tanımlandığı, ODNK'nın 11'nci maddesi, “Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.” şeklindedir. Klinik bir tanı olan ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı olarak nitelenen beyin ölümü tanısının ölçütleri ise Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde (ODNY), Ek-1'de belirlenmiştir.

Türk Hukuku'na göre kişilik ölümle birlikte sona erer. Bu hak kaybı, bir süreci işaret etmemekte olup, ölüm kararının verildiği an itibariyle geçerlidir. Ölümle birlikte müteveffanın malvarlığı hakları, miras reddedilmemiş ise, şartları esasında mirasçığa geçer ve mirasçığa geçmeyen kişiye bağlı hakları ise sona erer. Ortada, somut madde niteliği ile ya da hukuki tanımı ile gerçek kişiliği sona ermiş hâlde kalan ceset ise, Türk Özel Hukuku'nda ne kişi ne de eşya olarak tanımlanmıştır.

Ortak Hukuk öğretisinde mülkiyete konu şey olarak kabul edilen cesete yönelik; sahihsiz mal, ticari alan dışı şey ya da mirasçılardan mülkiyetine konu olan şey yaklaşımları, geçmişte, taraftar bulmuş görüşlerdendir¹³. Bugün mülkiyet hakkının konusu olmaktan uzak kalan ceset, kişilik hakkının bir unsuru olarak kabul görmektedir, ancak, bu hak ölenin değil¹⁴ yakınlarının hakkıdır. Şeref, saygınlık, mahremiyet ve sair tüm soyut unsurlar açısından hakkın öznesi ceset değil, yakınlarıdır¹⁵. Öte yandan ölenin kişiliğinin ölümden sonra sürebileceğine ilişkin görüşler de mevcuttur¹⁶.

Türk Ceza Hukuku'nda kişilik, ölümle birlikte sonlanır ve bu hâlde ceset suçun ancak konusu olabilir. Ölülerin hakaret suçunun mağduru olmaları olanaklı olmamakla beraber, kişinin ölümünden sonra (hatırasına) karşı bazı fiiller TCK'nın 130'uncu maddesi nezdinde düzenlenmiştir. Kişinin hatırasına hakaret suçu TCK'nın özel hükümler kitabında, kişilere karşı suçlara ilişkin ikinci kısmının şerefe karşı suçlar başlıklı sekizinci bölümünde 130. maddede düzenlenmiştir.

Kişinin ölümünden sonra (hatırasına) yapılan hakaret, mezkûr maddenin 1'inci; cesedi ve kemikleri üzerinde gerçekleştirilen tahkir edici fiiller ise 2'nci fıkrada düzenlenmiştir¹⁷. Bu maddeye göre, “(1) Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır. (2) Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Hakaret suçu ile korunan hukukî değer onur, şeref ve saygınlıktır. Bu husus, TCK'nın 125'inci maddesinin gerekçesinde de “filin yaptırma bağlanmasıyla kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığının korunmasının amaçlandığı” ifadesi ile vurgulanmıştır¹⁸. Bu fiiller tipik olarak hakaret ve tahkir olarak yer bulmuştur¹⁹.

Ölünün hatırasına hakaret suçu ile korunan hukukî değerler, ölünün hatırasına olan saygının korunmasını ve ölünün yakınlarının rencide olmasını engellenmesine yönelik olarak, karma niteliklidir. Burada ölünün hatırasına olan saygının, ölünün şerefini koruma kavramına eşdeğer olmadığı da vurgulanmalıdır. Zira, hukuken hak öznesi olarak kabul edilmeyen ölü insanın, kişilik

¹³ ÖZEL, Çağlar: “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51(1), 2002, s.59.

¹⁴ TMK'nın 28'inci maddesi, “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁵ Hakaret; küçük düşürme, horlama, küçük düşürücü söz veya davranış anlamındadır. Bkz. AYVERDİ, 2. Cilt, s.1146; Kişilik doğumla başlayıp ölümle sona eren bir kurum olduğundan onur, şeref ve saygınlığı zedeleyen hakaret suçu TCK'da ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. TCK'nın kişinin hatırasına hakaret suçunun düzenlendiği 130'uncu maddesinin 1'inci fıkrası; “Bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az 3 kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Ceza, hakaretin alenen işlenmesi halinde, altıda biri oranında artırılır.” şeklindedir. Atatürk'ün hatırasına hakaret suçu ise ayrı bir kanun olarak Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'un 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasında “Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁶ Serozan, bu hususta kendi ifadesiyle art-etki (post mortal etki) kavramını savunur bkz. SEROZAN, Rona: Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 11(14), 1977, s.110.; Ölüm sonrası kişiliğin korunması hakkında bkz. GEZDER, Ümit: “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXV(1), s.215-219.

¹⁷ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.271.

¹⁸ YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, TBB Dergisi, 68, 2007, s.47.

¹⁹ Hakaret ve tahkir her ne kadar aynı kökten gelen ve eş anlamlı kelimeler olarak kabul edilse de hukuk öğretisinde tahkir aşağılama ifade eden ağır bir saikle işlenen bir fiildir. Örneğin cesedi parçalamak, tabutu tekmeklemek, cesede tükürmek tahkir niteliğinde hareketlerdir. Sözle yapılan saldırılar, TCK'nın 130'uncu maddesinin 2'nci fıkrası kapsamında değil, 1'inci fıkrası kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.278.

niteliklerinden birisi olan şerefi de ölmüş olarak kabul edilir²⁰. Ölünün ceset ve kemiklerinin maddi olarak konu olduğu suç teşkil eden eylemlerde kamu sağlığı da korunmaktadır. Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup, taksirle işlenmesi olanaklı değildir. Ölünün hatırasına hakaret suçu özgü bir suç olmadığından fail herkes olabilir. Bu suçun konusu ölünün cesedi veya kemikleridir²¹.

III. KADAVRADAN ORGAN NAKLİNDE PSİKOSOSYAL VE NORMATİF SINIRLAR

Canlı insan vücudunun fiziksel bütünlüğü hukuken korunmaktadır. Bu bütünlüğün ihlalinin hukuka uygun hâle geldiği alanlardan en önemlileri ise tıbbî müdahaleler ve organ nakli uygulamalarıdır. Tıbbî uygulamalarda rıza, müdahalenin hukuka uygunluğuna yönelik yadsınmaz unsur iken, kornea nakli gibi uygulamalardaki itiraz modeli ‘rıza’ varsayılabilecek hâle getirmektedir. Cesetten bazı dokuların alınması uygulamalarında, fiziksel bütünlüğün korunur olduğu meselesi ya da ODNK’daki tanımıyla ceset üzerinde değişiklik oluşmadığı meselesi kamu, uygulayıcılar ve akademisyenler arasında fikir birliğinin olduğu bir alan değildir. Fiziksel bütünlüğün niteliğinin ne olduğu, bedensel bütünlük hakkının varlığının tam olarak neye izin verdiği, neyi yasakladığı hususlarında farklı iddialarda bulunmak mümkündür. Şu hâlde gibi edatıyla genişletilen ceset üzerinde değişiklik yapmamak ifadesi, kavramsal alanda olduğu kadar kamu politikasında ve uygulama alanında da amaca ulaşılabilir bir yaklaşım değildir ve yapılan bazı çalışmalar da bu yönde sonuçlar ortaya koymuştur.

Kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ifadesi, temel olarak, cesedin fizikî vücut bütünlüğünü işaret etmektedir ve vücut bütünlüğünün korunması talebi organ nakillerinde merkezi bir sorun olmaya devam etmektedir. Bu meseleye yönelik ortak aklın oluşmasında en önemli unsur, vücut bütünlüğü ya da Kanun’da mevcut hâli ile ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular ifadesine yönelik, bir anlam ya da kavram birliğinin oluşmasıdır.

Ceset üzerinde değişiklik olmaması ya da vücut bütünlüğünün korunması, kadavradan organ naklinde önemli bir sınırı oluşturur. Bu sınır öncelikle pratik uygulamada görülen psiko-sosyal bir sınırdır. Bireylerin, ölüm sonrası kendi bedenlerinin ya da yakınlarının bedenlerinin bütünlüğünün ihlali hususundaki tereddütleri bilinen bir boyuttur. Bu bilinirlik ampirik olarak da gösterilmiştir. Mevcut kanıtlar ölüm sonrası organ ve doku bağışi hususunda yapılan çalışmalarda, ölümden sonraki yaşama atfeden dinî atıflar yanında korku, sıkıntı, tiksinti gibi psikolojik duygu durumları da saptanmıştır. Normatif düzlemde ise bu sınırlar devletler arasında farklılık arz etmektedir.

A. Psikososyal Sınır

Hukuk kuralları, kişilerin toplu halde yaşamını düzenleyen, hak ve yükümlülükler öngören toplumsal düzen kurallarıdır. Hukuk kurallarının temel amaçlarından birisi de ülkedeki ahlak anlayışını kanunlarla tesis etmektir ve bu yönde hukuk, kamu vicdanının yaptırım kazanmış hâli olarak da tanımlanır²². İnsan ve insan topluluklarının hukuk düzeni içindeki yeri, bir yönüyle, baskın ahlaki görüşün sonucudur²³. Baskın ahlaki görüş ise, öncelikle, bireysel kökenli olup psiko-sosyal dinamiklerin bir sonucudur²⁴.

Newton’a göre, bireyin ölümü sonrası organlarını bağışlaması ya da yakınlarının bu yönde irade göstermesinin önündeki en önemli engeller ölümden sonraki yaşam beklentisi ve organlarının tabiiler tarafından etik olarak kullanılmayacağı yönündeki şüphelerdir. Dindar bireyler bu husustaki dayanağı yeniden dirilmek için bir bedene ihtiyaç olduğu şeklinde açıklarken, dindar olmayan kişiler için dayanak bedeni kesme fikriyle ilişkili korku, sıkıntı, tiksinti gibi olumsuz duygusal tepkilerdir. Newton’un yirmi dört çalışmayı içeren meta analizinde en sık irdelenen konuların; dini hususlardaki belirsizlik, ölüm kavramı, altruizm, kişisel durum, beden ve beden bütünlüğü, aile tutumu ve tabiilerin

²⁰ Bu suçun mağduru, ölmüş kişinin yakınlarıdır. Mağdur anlamında ölmüş kişinin kabul edilmesine yönelik görüşler de, zaman zaman, öğretilerde tartışılmıştır. Öğretilerde baskın görüş, gerek geride bırakılan hatıra ifadesinin gerekse de suç tipinin ayrı bir başlıkta düzenlenmiş olması durumunun, suçun mağdurunun ölü kişi olmadığı yönündedir. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.274. Karşı görüşler için bkz. SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.234; ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi, Ankara 1994, s.225-231.

²¹ TCK’da, kemikler dâhil olarak ceset parçaları hususu özel olarak vurgulanmamıştır. Bu hususun kanun metninde açıkça belirtilmesinin uygun olacağı yönündeki görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.275; Öte yandan, vücuda sonradan eklenen tıbbî cihazlar ve embriyoların suçun konusunu oluşturmadığı yönündeki görüş için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.275.

²² GÜNGÖR, Erol: Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak, Ötügen Yayınları, İstanbul 2008, s.120.

²³ ÖZEL, s.43-77.

²⁴ ŞENGÜN, Mustafa: "Ahlaki Gelişimin Psiko-Sosyal Dinamikleri", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 23, 2007, s.201-221.

etik ve teknik yaklaşımları olduğu saptanmıştır. Yazar, çalışmasının sonuç bölümünde, belirlenmiş toplumlarda organ bağıışı algısının niceliksel çalışmalarla desteklenmesinin önemini vurgulamıştır²⁵.

Yapılan diğer çalışmalarda, ölüm sonrası bağıışı kabul etmeyen ailelerde, vücut bütünlüğünün korunmasının amaçlandığı,²⁶ vücut bütünlüğünün bozulmasının vefat edende bir huzursuzluk yaratacağı,²⁷ kadercilik veya dine aykırılık²⁸ gibi yaklaşımların öne çıktığı görülmektedir²⁹. Önemli bir tartışma alanı ise beyin ölümünün, dinen, ölüm kabul edilip edilmediği hususudur³⁰. Kornea nakli hususunda ülkemizde yapılan bazı araştırmalarda ise kornea nakli hususunda en sık karşılaşılan verinin, bilgi eksikliği olduğu saptanmıştır³¹.

Önemli psiko-sosyal sınırlardan birisinin de beyin ölümünün duraksamaksızın kabulüne yöneliktir. Tıbben kabul edilen beyin ölümü, gereken toplumsal düşünce birliğini sağlamış durumda değildir³². Burada, beyin ölümünün geri dönüşsüzlüğü, tanının doğruluğu, beyin ölümü gerçekleşen kişinin yakınlarının geleneksel tutum ve algıları, beyin ölüm gerçekleşen kişinin mensup olduğu din gibi unsurlar önemli belirleyiciler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedendir ki dolaşım sal ölüm sonrası bağıışı kolaylaştırmaya yönelik çalışmalar devam etmekte ve desteklenmektedir³³.

B. Normatif Sınırlar

1. Kanun Yapma Tekniği Açısından

Montesquieu, kanun koyucunun bir kanun yaparken üzerinde önemle durması gereken hususlardan birisi olarak, toplumun örf ve âdetlerini kanunlarla değiştirmemeye özen göstermesi olduğunu vurgulamıştır³⁴. Türkiye’de cesede verilen önem örf, âdet ve dinî³⁵ temellerden oluşan bir

²⁵NEWTON, D. Joshua: “How Does the General Public View Posthumous Organ Donation? A Meta-Synthesis of The Qualitative Literature”, BMC Public Health, 11, 2011, s.791.

²⁶ALKHAWARI, S. Fawzi/STIMSON, V. Gerry/WARRENS, N Anthony: “Attitudes Toward Transplantation in UK Muslim Indo-Asians in West London”, American Journal of Transplantation, 5(6), 2005, s.1326-1331.

²⁷KOMETSI, K. T. Joseph/LOUW, Johann: “Deciding on Cadaveric Organ Donation in Black African Families”, Clinical Transplantation, 13(6), 1999, s.473-478.

²⁸MOLZAHN, E. Anita/STARZOMSKI, Rosalie/McDONALD, Michael/O’LOUGHIN, Chloe: “Aboriginal Beliefs About Organ Donation: Some Coast Salish Viewpoints”, Canadian Journal of Nursing Research, 36(4), 2004, s.110-128.

²⁹CAN, Fatma: “Organ Bağıışında Aile Onayı Üzerine Bir Gözden Geçirme”, Nesne Psikoloji Dergisi, 5(9), 2017, s.131-149.

³⁰Bu hususta ve İslam dini açısından güncel bir derleme için bkz. YAZICI, Mehmet: “İslam Hukuku Açısından Beyin Ölümü”, içinde GÖRGÜLÜ, Ülfet/KILIÇ, Halil (Ed.), Hayatın Başlangıcı ve Sonu Fikhi, Hukuki, Tıbbi Ve Etik Boyutlarıyla, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, s.171-180.

³¹DEMİRSOY, Nilüfer/YILMAZ, Aysun: “Kornea Transplantasyonunun Tıp, Etik ve Hukuk Açısından Önemi”, Türkiye Klinikleri Journal of Ophthalmology, 21(3), 2012, s.171-183.

³²Türkiye’de hemşire ve tabipler arasında yapılan bir çalışmada beş sağlık mensubundan birinin, beyin ölümleri gerçekleşse dahi organlarını bağıışlamaya gönüllü olmadıkları saptanmıştır. Burada yanlış tanı olasılığı, beyin ölümünden geri dönme olasılığı, dini ve kişisel nedenler atfedilen hususlar olarak ortaya çıkmıştır. TEPEHAN, Selma/ELMAS, İmdat: “Türkiye’de Beyin Ölümü Tanısına Güven Sorunu ve Organ Bağıışına Yansımaları”, Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi, 18(1), 2014, s.8-14.

³³Özellikle Hollanda, Avustralya ve İngiltere’de dolaşım sal ölüm sonrası bağıış görece yüksek düzeydedir. İngiltere’de, 2001-2010 yılları arasında, dolaşım sal ölüm sonrası bağıış dokuz kat, Avustralya’da ise 2004-2010 yılları arasında, yirmi üç kat, artmıştır. Bkz. ANARA, R. Alex/MURPHY, G. Paul/O’CALLAGHAN, Gerry: “Donation After Circulatory Death”, British Journal of Anaesthesia, 108(1), 2012, s.108–121.

³⁴Montesquieu, bu duruma bir örnek olarak, Rusya’nın Batılılaştırma girişimleri sürecinde erkeklerin sakallarının kesilmeye zorlanmasını işaret etmektedir. MONTESQUIEU: The Spirit Of Laws, Cambridge Integral, Chapter 14, What are the Natural Means of Changing the Mores and Manners of a Nation, s.315 <https://archive.org/details/MontesquieuTheSpiritOfLawsCambridgeIntegral/page/n5/mode/2up> (Erişim Tarihi: 10.02.2021); GÜRKAN, Ülker: “Montesquieu ve Kanunların Ruhunu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 40(1), 1988, s.26. (9-31). Aynı yönde, Yargıtayın, sakal bırakan bir özel halk otobüsü şoförüne uygulanan idari para cezası yaptırımına yönelik bir kararında “ ... sakalın da fiziksel bütünlüğün parçası olarak bireyin bedeni üzerinde özgürce tasarrufla bulunmasının tezahürü olduğu...” ifadesi mevcuttur. Bkz. Yargıtay 19.CD., 19.09.2019, E.2018/3674, K.2019/11538. <https://lib.kazanci.com.tr/MusePath/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=19cd-2018-3674.htm&kw=`2019/11538`&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi 05.01.2020)

³⁵Hâlen güncel olan ve Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulunun organ naklinin dini hükmünü konu alan 1980/13 kararı şu şekildedir: “Kur’an-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde, organ ve doku nakli konusunda sarîh bir hüküm bulunmamaktadır. İlk müçtehit ve fakihler de, kendi devirlerinde böyle bir mesele söz konusu olmadığı için, bu ameliyyenin hükmünü geniş şekilde açıklamamışlardır. Ancak dinimizde, Kitap ve Sünnet’in delaletlerinden çıkarılmış umumî hükümler ve kaideler de vardır. Kitap ve Sünnet’te açık hükmü bulunmayan ve her devirde karşılaşılan yeni yeni meselelerin hükmüleri, İslâm fakihleri tarafından bu umumî kaideler ile hükmü bilinen benzer meselelere kıyas edilerek çıkarılmış, hiçbir mesele cevapsız bırakılmamıştır. Organ ve doku nakli konusunda hükmünü tayinde de aynı yola baş vurulması uygun olacaktır. Bilindiği üzere, insan mükerrem bir varlıktır. Mahlukatı içinde Allah onu mümtaz kılmıştır. Bu itibarla normal durumlarda ölü ve diri kimselerden alınan parça ve organlardan faydalanılması, insanın hürmet ve kerametine aykırı görüldüğünden, İslam fakihlerince caiz görülmemiştir. Ancak, zaruret durumunda, zaruretin mahiyet ve miktarına göre bu hüküm değişmektedir.

Nitekim dinimiz, bir kısım fiil ve davranışları yasak kılmış, Kitap ve Sünnet bunları tespit etmiştir. Sözelimi murdar hayvan

bütündür. Ancak bu yaklaşım, kanun koyucunun organ veya doku ihtiyacı olan hastaların sağlık hakkına ulaşmasında gözetilmesi gereken bir öncül değildir. Buradaki üstün amaç, her hâlde, Türk toplumunda kişilerin ceset ile kurduğu zihinsel ya da duygusal bağım yoğunluğunun ötesindedir. Bu bağ ister örf-adet isterse dinî temelden köken alsın, kanunun varlık sebebini teşkil eden üstün menfaat, bağlantıdan vazgeçilmesini olanaklı kılar. Özellikle rıza modeline yönelik kanuni düzenlemelerin, hedeflenen organ nakli sayısına ulaşmada yetersiz olduğu gerçeği dikkate alındığında, Kanun'un amaca ulaşmada varsayılan rıza modelini kabulünün önemi, bize göre, yadsınmamalıdır³⁶.

ODNK'nın gerekçesinde³⁷, 1961 Anayasası'nın 49'uncu maddesine atfedilmiştir. Bu anayasanın sağlık hakkının düzenlendiği 49'uncu maddesi “Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla ödevlidir. Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.” şeklinde düzenlemiştir.

(meyte), kan, domuz eti, şarap... vb. şeylerin yenilip içilmesi, alınıp satılması, ilaç olarak kullanılması haram kılınmıştır. Ancak zaruret halinde bunlardan zaruret miktarında (ölmeyecek kadar) yenilip içilmesinin (el-Bakara, 173; el-Maide, 3; el-En'am, 119) meşru olduğu beyan buyrulmuştur.

Söz konusu ayet-i celilelerden, İslâm fakihleri, zaruretlerin bir ölçüde dinen yasaklanmış şeyleri mübah kıldığı ve zaruret halinde sadece ayet-i kerimelerde beyan edilen yasakların değil, zaruret halinin giderilmesi için yapılması zorunlu ve başka bir çare olmayan bütün yasakların zaruret miktarınca işlenmesinin caiz ve mübah olduğu sonucuna varmışlardır. O halde, ölmüş kimselerden tedavi maksadıyla organ ve doku alma ve bunları hasta veya yaralı kimselere nakletme konusunda bir hükme ulaşabilmek için;

1. Zarurete binaen, cesedin kesilmesi, organ ve dokularından bir kısmının alınmasının caiz olup olmadığı,
2. Hastalığın tedavisinin zaruret sayılıp sayılmayacağı (Haram ile tedavinin hükmü)
3. Organ ve doku nakli caiz ise hangi şartlarla caiz olduğunun bilinmesi gerekmektedir.

İslam fakihleri, karnında canlı halde bulunan çocuğun kurtarılması için ölü annenin karnının yarılmasına, Başka yoldan tedavileri mümkün olmayan kimselerin kırılmış kemiklerinin yerine, başka kemiklerin nakline, Bilinmeyen hastalıkların öğrenilmesi ve hayatta bulunmaları sebebiyle ölümlere nisbetle daha çok şayan-ı ihtiram olan hastaların tedavilerinin sağlanabilmesi için, yakınlarının rızası alınmak suretiyle, ölümler üzerinde otopsi yapılmasının caiz olacağına,

fetva vermişler, canlı bir kimseyi kurtarmak için, ölünün bir parçasını itlaf etmeyi caiz görmüşlerdir. Nitekim, Müşavere ve Dini Eserleri İnceleme Kurulu'nun 16.4.1952 tarih ve 211 sayılı kararında, özetle; "...âmmenin menfaat ve maslahatı göz önünde tutularak, bilinmeyen bir hastalığın bilinir hale gelmesi, hastalığın bilinmemesinden doğacak âme zararının önlenmesi, hayatta bulunmaları sebebiyle daha şayan-ı ihtiram olan hastaların tedavilerinin sağlanması gibi maslahat ve şer'î hikmetlerin husule gelmesini temin için, yakınlarının rızası alınarak, ölümler üzerinde otopsi yapmanın caiz olacağı ve bu gibi sebepler dolayısıyla ölüye gösterilmesi gereken hürmet ve tekrimin zevaline katlanmanın, İslamî hükümlerin bir gereği olduğu..." ifade olunmuştur.

İslam fakihleri, açlık ve susuzluk gibi, hastalığı da haramı mübah kılan bir zaruret saymışlar, başka yoldan tedavileri mümkün olmayan hastaların haram ilaç ve maddelerle tedavilerini caiz görmüşlerdir. Günümüzde kan, doku ve organ nakli ve tedavi yolları arasına girmiş bulunmaktadır. O halde, hayatı veya hayatî bir uzvu kurtarmak için başka çare olmadığına, kan, doku ve organ nakli yolu ile de bazı şartlara uyularak, tedavinin caiz olması gerekir. Nitekim, Müşavere ve Dini Eserleri İnceleme Kurulunun 25.10.1960 tarih ve 492 sayılı kararında, "tedavileri için kan nakline zaruret bulunan hasta ve yaralılara başka kimselerden kan naklinin; başka kimselerden alınacak parçaların takılmasıyla görmeleri mümkün olduğu takdirde; hayatında buna izin vermiş olan kimselerin, ölümlerinden sonra gözlerinden alınacak parçaların bu durumdaki kimselere takılmalarının caiz olacağı..." beyan edilmiştir. Din İşleri Yüksek Kurulu'nun 19.01.1968 gün ve 3 sayılı gerekçeli kararında ise "yalnız hayatı kurtarmak için değil, bir organı tedavi etmek, hastalığın tedavisini çabuklaştırmak için de kan naklinin caiz olduğu, tıbbi ve hukuki kaidelere riayet edilmek şartıyla kalp naklinin de caiz olacağı..." ifade olunmuştur.

Yurdumuz dışında, çeşitli İslâm Ülkelerinin yetkili kişilerince de aynı yolda fetvalar verildiği bilinmektedir.

Kurulumuzca da aşağıdaki şartlara uyularak yapılacak organ ve doku naklinin caiz olacağı sonucuna varılmıştır.

1. Zaruret halinin bulunması, yani hastanın hayatını veya hayatî bir uzvunu kurtarmak için, bundan başka çaresi olmadığına, meslekî ehliyet ve dürüstlüğüne güvenilen bir tabip tarafından tespit edilmesi,
2. Hastalığın bu yoldan tedavi edilebileceğine tabibin zann-ı galibinin bulunması,
3. Organ veya dokusu alınan kişinin, bu işlemin yapıldığı esnada ölmüş olması,
4. Toplumun huzur ve düzeninin bozulmaması bakımından organ veya dokusu alınacak kişinin sağlığında (ölmeden önce) buna izin vermiş olması veya hayatta iken aksine bir beyanı olmamak şartıyla, yakınlarının rızasının sağlanması,
5. Alınacak organ veya doku karşılığında hiçbir şekilde ücret alınmaması,
6. Tedavisi yapılacak hastanın da kendisine yapılacak bu nakle razı olması gerekir.” Karar için bkz. Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı: “Organ Naklinin Dini Hükmü”, Din İşleri Yüksek Kurulu Kararları, 1980/13,

<https://kurul.diyabet.gov.tr/Karar-Mutalaa-Cevap/9669/organ-nakli>, (Erişim Tarihi: 24.12.2020)

³⁶ Bu konuda evrensel ve yerel düzeyde güncellenen nicel verilere ulaşmak için bkz. Newspaper Transplant: “International Figures on donation and Transplantation 2018”, European Directorate for the Quality of Medicines & Healthcare, 24,2019, s.4-95, https://organkds.saglik.gov.tr/dss/PUBLIC/NewsLetter_EU_2018_Book.aspx, (Erişim Tarihi: 05.01.2020).

³⁷ Cumhuriyet Senatosu: “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Teklifinin Millet Meclisince Kabul Olunan Metni ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet ve Sosyal İşler Komisyonları Raporları”, (M. Meclisi: 2/658; C. C. Senatosu: 2/149), https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS__t18/c043/cs__18043070ss0917.pdf, (Erişim Tarihi: 05.01.2020).

Bugün yürürlükte bulunan Anayasa’da ise sağlık hakkı 17’nci ve 56’ncı maddelerde düzenlenmiş durumdadır.

17’nci madde, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” şeklinde düzenlenmiş olup sağlık hakkını geniş bir perspektiften ele alırken, özellikle tıbbi uygulamalarda rıza konusunu da vurgulamaktadır. Anayasa’nın 56’ncı maddesi ise “Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” şeklinde düzenlenmiş olup sağlık hakkını lafzî olarak vurgulamaktadır.

Kanun’un gerekçesinde, ODNK öncesinde organ nakli uygulaması gerçekleştiren kimi sağlık mensuplarının 765 sayılı TCK’nın 456, 457, 467, 491 178/2, 240 ve 251’inci maddeleri içerilğinde takibata maruz kaldıkları, ancak, T.C. Yargıtayının tıbbın insan sağlığı ve yaşamı yönünden çağdaş gelişimine çalışan doktorları cezalandırmayı düşünmediği ve mahkûmiyet kararları vermediği de vurgulanmıştır³⁸.

Gereğe’de meselenin dini boyutu da vurgulanmış³⁹ ve nihayetinde ODNK kanun teklifinin sonuç metni aşağıdaki şekilde oluşmuştur:

“Buna göre;

1. Rızasıyla da olsa bir insanın, yaşaması, kesinlikle varlığına bağlı olan tek organlarından birini almak,
2. Bir insanın organlarından her hangi birini, hatta vücudundan bir parçayı rızası dışında almak, (Ancak, transplantasyonda rıza konusu tıbbi - Medical) nedenlerle özellik göstermekte ve rızanın alınması ya da saptanması hususunun işlerlik sağlayan esaslara bağlanması gerekmektedir. Zira, transplantasyon sağlıklı ve yaşamını sürdüren bir kişiden organ alınmak suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi ölü (Kadavra) veya bitkisel yaşam sürdürenden de gerçekleştirilmektedir. Ancak, işlemin ölüm olayının hemen akabinde yapılmasının medical zorunluğu vardır. Aksi halde nakledilen organın fonksiyon ifa etmesi söz konusu olamaz.)

3. Bitkisel yaşam sürdürenlerin vücudunda sayısı tek olan ve yaşamını sağlayan organlarından birini - ilgililerin rızası olsun ya da olmasın - almak,

4. Bitkisel yaşam içinde olanların vücudunda sayısı çift olan organlarından birini, bakmakla yükümlü yakınlarının veli ya da varsa vasisinin rızası dışında almak,

5. Transplantasyonda gerekli organların temininin bir ticari iş ya da komisyonculuk haline getirmemek,

6. Tıp ilminin gelişmesinin sağladığı bebek naklini, yasanın amacı dışında kaldığı da gözetilerek kapsam dışında bırakmak.

Gibi konuları, insancıl ve ahlaki düşünceler ile bir yaşam kurtarmak inancıyla da olsa yasaklamak ve cezai müeyyidelerle bağlamak zorunluluğu görülmüştür.

Diğer taraftan ise,

1. İnsan vücudundaki çift organlardan (Böbrek, akciğer, göz ve burun gibi...) birini rızası ile almak ve rızayı belirli esaslara bağlamak,

2. Bitkisel yaşam içinde olanların yine çift organlarından birini ilgililerin (Varsa veli ya da vasisinin) rızasını almak,

³⁸ Bu yönde vurgulanması gereken ve ODNK’nın kabulünden önce verilen Yargıtay kararları mevcuttur. Bunlardan ilki, yakınlarından izin almadan cesetten kornea alan tabiplerin, mülga TCK’nın 178’ini maddesinin 2’nci fıkrasında düzenlenen mezara ve ölüye yapılan tecavüz suçunu oluşturmadığı yönündeki karardır. Yargıtayın bu kararının gerekçesinde “Madde fıkrasına dair bir mana vererek hekimleri cezalandırırsak tıbbi çalışmaları ve fenni ilerlemesini aksatmış oluruz.” ifadesi yer bulmuştur, Bkz. Yargıtay 4.CD., 02.04.1975, E.1975/2433, K.1975/3150. <https://lib.kazanci.com.tr/MusePath/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=4cd-1975-2433.htm&kw=1975/2433&cr=yargitay#fm> (Erişim Tarihi: 10.02.2021); Öte yandan ODNK öncesinde Yargıtayın, cesetten bir parça (göz) alınmasının ölenin mirasçı ve yakınlarının kişilik haklarına aykırılık oluşturduğundan dolayı, operasyonu yapanlar hakkında açılan manevi tazminat davasında tazminata hükmedilmesi gerektiğini kabul eden bir kararı da mevcuttur. Yargıtay 4.HD., 10.03.1977, E.1977/3455, K.1977/2751 kararı için bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt II, Sevinç Matbaası, Ankara 1981, s.1343-1345.

³⁹ Diyanet İşleri İstişare Kurulunun 20.01.1960 tarihli kararı “1. Ayeti Kuran’iyenin delaletlerinden de anlaşılacağı üzere İslamiyette, hayati beşerin muhafazası zarureti ile haram şeylerin zaruri miktarda yenilmesi, içilmesi caiz olduğundan bir hastanın veya yaralının tedavisi kanlı canlı kimselerden alınıp verilecek kana tevakkuf ettiği takdirde bunu yapmakta bir mahzur bulunmadığı, 2. Bir körün görmesi, ölmüş bir insanın vasiyeti üzerine gözlerinin alınıp takılacak bir kısma tevakkuf ettiği takdirde bunu yapmakta da, - İslam fakihlerinden bazılarının ölmüş bir insanın kemiklerinden bir kısmının o kemige muhtaç diri bir insana eklenebileceği hakkındaki içtihatlarına binaen-bir mahzur görülmediği açıklanmıştır.” şeklindedir. Bkz. Millet Meclisi: “C. Senatosu Rize Üyesi Talât Doğan ve 14 Arkadaşının, Organ Nakli (Transplantasyon) Yasa Teklifi ve Kocaeli Milletvekili İbrahim Topuz ile İstanbul Milletvekili Nilüfer Gürsoy’un, Böbrek Bankası Kurulmasına Dair Kanun Teklifi ve Adalet ve Sağlık ve Sosyal İşler Komisyonları Raporları (2/658, 2/621) Donem: 5 Toplantı: 2”, s.2-3, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d05/c012/mm_05012077ss0328.pdf (Erişim Tarihi: 10.02.2021).

3. Cesedin (Kadavranın) tek organlarından gerekse çift organlarından birini (Vasiyet üzerine, ya da ilgililerin rızası içinde ve gerekirse hatta rızaları bulunmadan) almak,

4. Bu hallerde bir kişiyi yaşama kavuşturmak amacıyla ve medical zorunluluk nedeniyle yapılacak transplantasyonun yürürlükteki mevzuatımız açısından suç sayılmadığını belirlemek.

5. Canlı ve sağlıklı bir kişiden alınacak organın gerektiğinde rıza yanında, bir ivaz karşılığında hastaya nakline yasal olanak verilmek,

6. Transplantasyonun ilmi, teknik ve denetim yönlerini Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına vermek, bu hususları düzenleyecek bir yönetmeliğin çıkarılmasını sağlamak,

Konuları transplantasyonun gerçekleşmesi ve geliştirilmesi realitesi ve zorunluluğu karşısında, yasanın düzenlenmesinde dikkate alınmıştır.

Yukarıda yer alan hukuksal sorunların, yasa teklifimizin parlamentomuzdan geçerek yasalaşması halinde, Devletimizin sağlık görevi ile akademik ve klinik düzeyinde tıp bilimimiz çağdaş gelişim düzeyine erişecek ve bu yolda Yasama Organımız kendisine düşen görevini de yerine getirmiş olacaktır.”

Kanun’un gerekçesinde “Bitkisel yaşam sürdürenlerin vücudunda sayısı tek olan ve yaşamını sağlayan organlarından birini - ilgililerin rızası olsun ya da olmasın - almak,” ve “Cesedin (Kadavranın) tek organlarından gerekse çift organlarından birini (Vasiyet üzerine, ya da ilgililerin rızası içinde ve gerekirse hatta rızaları bulunmadan) almak,” şeklindeki maddelerde vurgulandığı üzere bazı durumlarda rıza aranmadan organ ve doku nakli yapılabileceğine işaret edilmiştir. Kanun’un gerekçesinde ve DSÖ’nün raporlarında işaret edilen organ ve doku bağışlarında yetersizlik vurgusu, Türkiye’de de üzerinde önemle durulan konulardan birisidir. Öyle ki bu amaçla özel bir Organ ve Doku Bağışı Haftası ayrılmış ve özendirilme çalışmaları yapılmıştır. Ancak, gerek dünyada gerekse ülkemizde organ bağışı sayısında amaçlanan düzeye erişilememiştir. Burada karşımıza çıkan ilk somut durum, doku ve organ bağışındaki yetersizlikten kaynaklanan bireylerin sağlıklı hâline erişebilme sorunu ile organ ve doku bağışı konusunda rızanın aranır olması arasındaki açık ikilemdir. Bu etik ikilemin, hukukun “toplum hâlinde yaşayan kişilerin varlıklarını sürdürebilmeleri için düzen getirmektir.” şeklindeki temel amacından olarak kanunen düzenlendiği alan ise kornea naklidir. Yukarıda açıklanmaya çalışılan psikososyal ve normatif sınırların, ölüden rızaya bağlı organ alınmasında dahi söz konusu olduğu düşünüldüğünde, kornea gibi rızadan bağımsız alımlarda mevcut engellerin daha baskın olduğu düşünülebilir⁴⁰.

ODNK’da tanımlanan kornea gibi cesette değişiklik yapmayan dokular ifadesi rızanın şekli dışında 40 yıllık bir süreçte değişmemiş durumdadır. Kanun koyucu 2014 yılında rızanın şeklini değiştirirken meselenin gerçek boyutuna eğilmiş midir? Bize göre bu sorunun cevabı olumsuzdur. Etik, deontoloji ve hukuk üçgeninde yeterli zamanı geçirmiş olan bu düzenlemenin işlevselliğini sağlayacak geliştirme rızanın şeklinden ötede aranmalıdır. Bize göre bu arayış “kornea gibi” ve “dokular” kelimeleri hakkında oluşmalıdır.

Kanun yapmanın temeli sosyal ve ekonomik hayattaki değişim ve gelişmeler, politik ve milli gerekler, hukukî istikrar ve kesinliktir⁴¹. Kanunlaştırma herhangi bir sosyal veya ekonomik alana ilişkin hareket tarzını kanun hâline koyma, kanun hâlinde kaideler vazetmektir. Bir kanun yapılmak istendiğinde metnin iyi formüle edilmesi gereklidir. Kanunlar öncelikle içeriksel ve ardından da dilsel olarak iyi düzenlemeler biçiminde gerçekleştirilmelidir. İyi kanun hedeflenen amacı sağlamalı ve bu amaç, ilgililer ve devlet için uygun ve makul harcamalarla gerçekleştirilmeli, kanunen izin verilen araçlarla elde edilmeli ve ilgili kişinin haklarına saygı gösterilerek ulaşılmalıdır. Dolayısıyla iyi kanun belirli bir gerçek sorun için uygun kanuni yollara müracaat edilerek kanunen en doğru çözümü sağlayan metindir. Bu metin, açık, basit ve tam olmalıdır.

Ülkemizde birçok kanunda olduğu gibi ODNK’da soyut metot ile hazırlanmış bir kanundur ve her hâlde yorum talep eden maddeleri vardır⁴². Yargılama sürecinin bir unsuru olarak yorum, esasen,

⁴⁰ Konuya yönelik güncel makalelerde “opt-in” ve “opt-out” terimlerinin kullanımı gittikçe artmaktadır. Opt-in ve opt-out rıza arasındaki asıl fark, hakkın sahibinin rıza beyanını aktif mi, yoksa pasif bir davranışla mı karşı tarafa sunacağını belirlemesidir. Opt-in rızanın arandığı hâllerde, hakkın sahibinin kabule yönelik olumlu bir davranışı bulunmalıdır. Opt-out rızanın söz konusu olduğu durumlarda, veri sahibinin rızası pasif bir davranışla ortaya çıkmaktadır. Rızanın varsayırlılığını işaret eden bu terimlerin hukuk alanında kullanımı daha çok ekonomik ve ticari ilişkilerde, tüketici sözleşmelerinde ve kişisel verilerin işlenmesi hususlarında ortaya çıkmıştır. Biz, bu terimleştirmenin cesede yönelik kullanımının uygun olmadığı kanaatindeyiz. ATASOY, Kemal: “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Ve Veri Sahibinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.269-299.

⁴¹ NARMANLIOĞLU, Ünal: “Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması”, Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE’ye Armağan, 2001, s.94-95.

⁴² Kanunların düzenlenmesinde ise iki ana yol mevcuttur. Bunlardan ilki kazusitik yöntem ikincisi ise soyut yöntemdir.

normun uygulanmasından önce yapılması gereken bir iştir. Yorum, hukuk kuralının anlamını ve kapsamını ortaya çıkarma faaliyetidir⁴³. Bir kanunda soyut ifade ile yer bulan hükmün somut bir duruma uygulanması aşamasında içeriğin belirlenmesi gereklidir. Soyut hükmün anlaşılır olmadığı durumlarda yorum bir zorunluluk hâlini alır. Burada yorumun, hâkimin görevi hâline dönüşen işlevi, hüküm verilecek somut olayda kanun maddesinin içeriğini, aynı olayda karar verecek başka her hâkimin anlaması gerektiği gibi anlamasıdır.

ODNK özelinde 2'nci maddenin ikinci fıkrasının, iki açıdan, yoruma ihtiyacı vardır⁴⁴. Bunlardan ilki "gibi" edatı ile oluşturulan tadadi duruma eklenebilecek dokuların saptanması, ikincisi ise bu dokuların ceset üzerinde değişiklik yapıp yapmadığı hususudur. Değişiklik yapıp yapmama meselesi ise iki açıdan yorumlanabilir. Yapılması gereken ilk yorum, madde metni ile işaret edilen değişiklik yapmama durumunun, somut olarak, korneayı işaret ettiği ve kanun koyucunun korneanın alınmasının vücut bütünlüğünde değişiklik yapmadığını duraksamasız vurgulamasıdır. Ancak maddede vurgulanan somut ifade, alındığında vücut üzerinde değişiklik yapmayan diğer başka dokuların da olduğunu belirtmektedir ki bu ifade tarzı yorumu talep eder. Şu hâlde bir somut olayda hâkim ya kanunun anlamını kullanarak *amaca göre* bir yorum yapacaktır ya da kanun metninde kullanılan ifadeleri *lafzi olarak dar ya da geniş* yorumlayarak bir hükme varacaktır⁴⁵.

Amaca göre yorum, kanunun anlamını ortaya çıkarmak için kanunun amacının esas alınmasını işaret eder. Burada, esas alınacak amacın kanun koyucunun subjektif iradesi mi, yoksa bizatihi kanunun objektif iradesi mi olduğu sorununun mevcudiyeti bilinmektedir. Bunlardan ilki olan subjektif teoriye göre, yorum aşamasında araştırılması gereken, kanun koyucunun kanunu yaparken neyi istediğidir. İkincisi olan objektif teoride ise; madem ki kanun yürürlüğe girmekle yaratıcısından bağımsız bir varlık kazanmıştır, artık, esas alınması gereken, kanunun özünde bulunan irade ve fikir içeriğidir⁴⁶. Bu içerik ise değişen koşullara paralel olarak kanunun ilk yürürlüğe girdiği zamana göre farklılık gösterebilir⁴⁷. İki teori arasındaki temel farkı ortadan kaldırma amacındaki bağdaştırıcı ya da telifçi görüşe göre ise kanun koyucunun kanunda örtülü biçimde de olsa ifade ettiği iradeye sadık kalmak bir gereklilik olmakla birlikte, yorumda; adalet endişesi, koşullardaki gelişme veya değişme, aradan geçen zaman gibi unsurların geçmişteki değer yargısını eskitmemiş olması da aranmalıdır⁴⁸.

ODNK'yu amaca göre yorumladığımızda, metnin içeriğinden çıkarabileceğimiz sonuçlar şunlardır:

Adalet endişesi temelinde, ölenin kişilik hakları ile alıcının üstün menfaatinin çatışması hâline yönelik, bireyin menfaati kanun koyucunun amacı olarak zuhur etmiştir ve hâkim, metni yorumlarken bu amacı gözetecektir. Üstün menfaat meselesi, 5'inci maddesi ile genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanmasını vazedenden Türk Medeni Kanunu'nda da (TMK) gereken düzenlemeyi sonuçlamıştır. Gerçekten de TMK'nın kişiliğin korunmasının düzenlendiği 23'üncü maddesindeki "... Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür..." ifadesi, bu amacın özel hukuk alanındaki tezahürüdür. Buradaki üstün menfaat ise duraksamaksızın, alıcının sağlıklı yaşama hakkıdır. Şu hâlde amaca yönelik yorum aşamasında, hâkim, sadece ODNK ile değil temel kanunlar ile ve kanunların sevk sebebinin gözetererek, yorumunu genişletebilir gözükmektedir.

Koşullardaki gelişme veya değişme temelinde ve amaca yönelik yorum türü ile irdelediğimizde ise; koşulların, organ ve doku naklinin gerekliliğinin evrensel bir gereklilik olduğu gerçeğiyle değiştiği

Kanunların amacı, hangi yöntemle yapılırsa yapılsın, en ideal formülasyona ulaşabilmektir. Burada kazusitik sayma yöntemiyle hazırlanan kanunlar hakkında, üzerinde durulması gereken en önemli husus, bu yöntemin tercih edilmesinden kaçınılması gerekliliğidir. Her ne kadar sayma ile yorum sorunlarının önüne geçilebileceği düşünülse de bu yöntem, esasen, yorum sorunları üreten bir yöntemdir. Öte yandan kazusitik yöntem, sadece hükmün amacını belirsizliğe yöneltmekle kalmayıp, kanunun amacının gerçekleşmesini de zorlaştıran bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Öz bilgi için bkz. LOTSCHER, Andreas: "Gute Gesetze Sind Transparente Texte"; Türkçe çevirisi: "İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir", in Kanun Yapma Tekniği Uluslararası Sempozyum, 27-28 Mart 2015, Türkiye Barolar Birliği-Özyeğin Üniversitesi, Ankara 2016, s.98-99,127-128.

⁴³ CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s.86.

⁴⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.86.

⁴⁵ Kanunun metni, mantık kuralları, kanunun konulma nedeni, kanunun amacı, kanunun sistematigi, kurumların tarihçesi, hukukun genel ilkeleri ve karşılaştırmalı hukuk gibi yorum aşamasında kullanılan *araçlar* hakkında öz bilgi için bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.86-91; Ayrıca bkz. NARMANLIOĞLU, s.100.

⁴⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.91.

⁴⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1996, s.154-159.

⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, s.154-159.

vurgulanmalıdır. Yapılan farkındalık çalışmaları ile toplumun bilinçlendirilmesine karşın, hâlen arz-talep dengesinin sağlanamamış olmasının, varsayılan rıza kabulü ile bir kanun değişikliğini sonuçladığı öne sürülebilir. Öne sürdüğümüz bu düşünce, aradan geçen zamanın olumlu etkileri olarak yorumlanabileceği gibi alıcının üstün menfaati kavramının da eskimediyini işaret eder. Şu hâlde amaca yönelik yorum aşamasında hâkim, subjektif ve objektif yorum faaliyetinde, te'lif-i beyn yani bağdaştırma ile de görevli kabul edilmelidir. Madem ki Kanun'un amacı ve sevk sebebi organ nakli bekleyen hastanın üstün menfaatidir, korneadan başka, alındığında vücut üzerinde değişiklik yapmayan dokular üzerinde uygulanan ve uygulanacak nakil uygulamalarında, varsayılan rıza hususu, mümkün olan en geniş hâli ile yorumlanmalı ve esasın gerçekleştirilmesine olanak tanıyacak şekilde düşünülmesi ve gerçekleştirilmelidir.

Lafza göre yorum, kanunda kullanılan sözlerin kanun koyucunun gerçek iradesini işaret edip etmediği hususunun irdelenmesine müteakip anlamı düzenleme işlevidir. Daraltıcı yorum, kanunda kullanılan sözlerin anlamı aşmasına yol açtığı hallerde bu ifadeyi ya da kelimeleri kanun koyucunun gerçek iradesini gösterdiği düşünülen anlama indirgeme faaliyetini işaret eder. Genişletici yorum ise kanunda kullanılan ifade ya da kelimelerin anlama göre dar kalması hâlinde bu ifadeyi genişleterek kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarma faaliyetidir⁴⁹.

ODNK'nın lafzı yönünden yaptığımız yorumda, metnin içeriğinden karşımıza çıkan somut durumlar şunlardır:

- a. Varsayılan rıza temelinde, ancak, dokular alınabilir.
- b. Kornea varsayılan rıza temelinde alınabilir bir dokudur.

Kanun'un lafzı yönünden yapılan yorumda somutlaştırmada zorluk çekilen durumlar ise şunlardır:

- a. Varsayılan rıza temelinde alınan kornea, her hâlde, cesette değişiklik yapmayan bir dokudur.
- b. Kornea dışında bazı dokular da vardır ve bunların alınması cesette değişiklik yapmaz.
- c. Kornea dışında ve varsayılan rıza temelinde alınabilecek dokuların hangileri olduğuna karar verilirken, uygulayıcılar (tabipler, hâkimler, bilirkişiler) cesette değişiklik yapıp yapmadığı temelinde karar vereceklerdir.

Yukarıda yer alan ifadelerden a ve b maddeleri, doğru ya da yanlış tartışmasını ayırık tutarak, somut bir durumu yansıtırken c maddesi soyut bir durumu işaret etmektedir. Bu bölümde, ilkin, kornea dokusunun alınmasının cesette değişiklik yapıp yapmadığı hususu değerlendirilecektir.

2. Kornea Dokusu ve Alınmasının Sonuçları

İnsan Arapça kökenli bir kelime olup memelilerden, iki eli ve iki ayağı olan ve ayakları üstünde yürüyebilen, konuşabilen, akıllı ve düşünmeye yetenekli canlı anlamını taşır. Tıp alanındaki tanımlama insan teriminin tekil kullanımından öte, sıklıkla "insan bedeni" şeklinde karşımıza çıkar. İnsan bedeni, bir organ sistemi topluluğudur. Organ sistemi ise belli işlevleri görmek için bir araya gelen organlardan oluşur. Organlar, dokuların bir araya gelmesi ile oluşur. Dokular ise bir araya gelen hücre topluluklarıdır. İnsan bedeninde dört tip doku bulunmaktadır. Bunlar epitel, bağ, kas ve sinir dokularıdır.

ODNK ile tanımlanan biyolojik yapılar doku ve organlardır. Kadavradan nakil yapılan organlar böbrekler, karaciğer, akciğerler, kalp, pankreas, damarlar, ince barsak, timus, uterus, yüz ve uzuvlardır. Nakil yapılan dokular kornea, kemik iliği, tendon, kalp kapağı, deri, kemik, yüz, saçlı deri, kıkırdak doku, kas, beyin zarının bir kısmı, kulak kemikçikleri, sinir ve damarlardır.

Kornea, makroskopik olarak skleranın devamı ve 1/3 ön kısımda yer alan saydam ve optik özelliği olan bölümdür. Normal kalınlığı merkezde 520 µm, çevrede 650 µm'dir. Erişkinde yatay eksen çapı 12.6 mm, düşey eksen çapı 11.7 mm, ön eğrilik yarıçapı 7.8 mm ve arka eğrilik yarıçapı 6.8 mm'dir. (Resim 1) Korneanın alınmasının ceset üzerinde değişiklik yapmaması ifadesi tıbbî gerçekliği yansıtmamaktadır. Cesetten alınan her doku ve organ ceset üzerinde mutlak bir değişiklik yaratır. Burada ceset üzerinde mevcut olmayan değişiklikten öte, bakıldığında görülmeyen bir durum söz konusudur. Kornea yapı itibarı ile alındığında fark edilmeyen şeffaflıkta bir doku olmanın yanında gözleri kapalı olan cesette bu uygulamanın saptanması da olanaklı değildir.

⁴⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s.92,93.

Cesetten kornea alınması bir cerrahi müdahale olup bazı sonuçları da vardır. Hollanda’da, korneaları alınan cesetlerde, yapılan bir çalışmada 1173 olgunun 114’ünde kanama komplikasyonunun oluştuğu, 39 olguda ise oküler hematoma başka bir ifade ile kan birikmesi geliştiği belirtilmiştir⁵⁰.

Bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde kornea alınmasının cesette değişiklik yaptığı (Resim 2,3,4) ve belirli bir oranda bu değişikliklerin bazılarının ek bir uygulama gerektirdiği ortadadır. Burada, bireylerin sağlığa ulaşabilme hakları bakımından itiraz modelinin uygulanması yolu tercih edilmiştir ve bu tercihin sadece ceset üzerinde değişiklik yapmayan bir biyolojik yapı temelinde ifade edilmesi kanımızca çok uygun değildir. Şayet, ceset üzerinde kornea alınmasının yaptığı değişiklik kabul edilebilir düzeyde ise (Resim 5,6,7,8) şu hâlde diğer dokuların da itiraz modeli temelinde alınabilirliğinin saymak suretiyle sağlanması gerekmektedir. Kanuni bir düzenlemede açıkça yer bulan kornea dokusunun alınması dahi uygulamada bazı sorunlar barındırırken, “gibi” edatı ile genişletilerek diğer dokuların alınmasının hukuka uygun hâlde getirilmesi yönündeki düzenleme çok işlevsel değildir.

Öte yandan, doğal boşluklardan girilerek cesetten organ ve doku alınması da olanaklıdır. Şayet Kanun’un metninde belirtilen ve amaçlanan ceset üzerinde dışarıdan görülmeyen bir değişiklik ise vaginadan girilerek alınan böbreklerde de dışarıdan bir değişiklik saptanamayacaktır. Kaldı ki bu operasyonlar canlı vericilerde de uygulanmaktadır ve sonuçlar olumludur⁵¹. Aynı şekilde göbek deliğinden girilerek yani laparoskopik yöntemle yapılan ölüm sonrası organ ve doku alımlarının da ceset üzerindeki değişikliğin korneanın alınması sonrası ortaya çıkan değişiklikten daha az olduğu yaklaşımı somut verilerle kanıtlanmış bir durum değildir.

Türkiye’de 01.01.2010-31.10.2019 tarihleri arasında cesetten alınan sağ ve sol toplam kornea sayısı 25.737’dir. Beyin ölümü sonrası gerçekleşen kornea nakil sayısı 1455’tir⁵². Son yıllarda kornea nakillerinde önemli bir artış sağlanmıştır. Ancak çocuk bağıışı son derece azdır. Öte yandan özellikle nanoteknolojinin kullanıldığı yapay kornealar üretime sunulmuş durumdadır⁵³. 2010 yılında Türkiye’de gerçekleştirilen kornea nakli sayısı T.C. Sağlık Bakanlığı verilerine göre 1553’tür⁵⁴. Bu gelişimde 2014 yılında ODNK ile getirilen itiraz modelindeki ifade değişikliğinin katkısının yadsınmaması gerektiği düşünülse de 2012 yılında 1905 olan sayının 2013 yılında 3.065 olduğu da dikkatten kaçmamalıdır. Bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde cesetten kornea naklinde verici sayısındaki gelişmeler kabul edilebilir boyuttadır. Burada, sayıdaki artışın 2014 yılında kanun metnindeki değişik ile ilişkilendirilmesi somut gerçekliği ortaya koymamaktadır⁵⁵.

⁵⁰VAN WIJK, J. Marja/NIJENHUIS, V. Matthijs/DORREPAAL, A. Caroline/BOKHORST, G. Arlinke: “Factors Involved in the Occurrence of Bleeding Complications After Enucleation for Cornea Donation”, *Cornea*, 28(9), 2009, s.1014-1018.

⁵¹Canlı insanda transvajinal yoldan çıkarılan ilk böbrek alınması operasyonu (nefektomi), 1993 yılında İtalya’da gerçekleştirilmiştir. SWAIN, Paul: “Nephrectomy and Natural Orifice Transluminal Endoscopic (NOTES): Transvaginal, Transgastric, Transrectal, and Transvesical Approaches”, *Journal of Endourology*, 22(4), 2008, s.811-818. 2002 yılında ise domuzlarda yapılan bir çalışmada tüm operasyon vajinal yoldan gerçekleştirilmiştir. GETTMAN, T. Matthew/LOTAN, Yair/NAPPER, A. Aherly/CADEDU, A. Jeffrey: “Transvajinal Laparoscopic Nephrectomy: Development and Feasibility in the Porcine Model”, *Urology*, 59(3), 2002, s.446-450; 2008 yılında yayınlanan bir derlemede, nefektomi olgularında, NOTES yönteminin önemi vurgulanmış ve bu yönde biyomedikal mühendislik ve ARGE çalışmalarının gerekli olduğu ifade edilmiştir. SWAIN, 811-888; GURLULER, Ercument/BERBER, İbrahim/CAKIR, Ülkem/GURKAN, Alihan: “Transvajinal Route for Kidney Extraction in Laparoscopic Donor Nephrectomy”, *Journal of The Society of Laparoendoscopic Surgeons*, 18(3), 2014, e2014.00156, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4236079/pdf/e2014.00156.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.01.2021).

⁵²Bu tarih aralıklarında, exitus hastadan kornea nakli toplamı 21.620, ithal kornea nakili sayısı 1.617, kalp atumsuz kornea nakli sayısı 45 olarak bildirilmiştir. Bu sayıya beyin ölümü gerçekleşen ve ithal kornealar eklenmemiştir. Bkz. https://organ.saglik.gov.tr/PAGES/SAYILARLA_TTDIS_20191031_WEBPORTAL.htm(Erişim Tarihi: 10.02.2021).

⁵³Kornea nakli hakkında kronolojik gelişim için bkz. CRAWFORD, Z. Alexandra/PATEL, V. Dipika/MCGHEE, N. J. Charles: “A Brief History of Corneal Transplantation: From Ancient to Modern”, *Oman Journal of Ophthalmology*, 6(3), Supplement 2013, s.12-17; Avrupa Komisyonu tarafından desteklenen insan kullanımı için yapay kornea uygulamaları hakkındaki CRAFT Projesi Final Raporu için bkz. Development of an Artificial Cornea for the Human Eye, https://cordis.europa.eu/docs/results/17/17905/122207611-6_en.pdf (Erişim Tarihi: 11.02.2021); Yapay kornea nakli hakkında haberler için bkz. <https://www.foxnews.com/health/israeli-man-regains-sight-after-artificial-cornea-transplant>, <https://www.bloomberg.com/features/2019-gore-artificial-cornea/>, https://www.bbc.com/turkce/haberler/2010/08/100826_lab_made_cornea, https://www.salom.com.tr/haber-115270-dunyada_ilk_suni_kornea_nakli.html, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/turk-doktorun-abdde-yapay-kornea-basarisi-38470374> (Erişim Tarihleri: 10.02.2021).

⁵⁴ALPARSLAN, Nilüfer: “Kornea Nakli”, *Klinik Gelişim*, 25, 2012, s.35-39.

⁵⁵T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Doku, Organ Nakli ve Diyaliz Hizmetleri Dairesi Başkanlığı: “Sayılarla TTDIS”, https://organ.saglik.gov.tr/PAGES/SAYILARLA_TTDIS_20191031_WEBPORTAL.htm, (Erişim Tarihi: 23.12.2020); Bu yönde, kornea nakli alanında hizmet veren bir göz hastalıkları uzmanının, 2020 yılında İngiltere ve İskoçya’da kornea nakillerinde varsayılan rıza modeli uygulamasına geçilmesinin çok önemli değişiklikler yapmayacağı yönündeki fikir yazısı için bkz. PARWEZ, Hossain: Presumed Consent and the Implications for Eye Donation. *Eye*, 2020, s.1, <https://doi.org/10.1038/s41433-020-01266-3> (Erişim Tarihi: 23.12.2020); Şili’de varsayılan rıza modeli uygulamasına

Göz ve cesette değişiklik konusunda Danıştayın bir kararı önemli tartışma alanları ortaya koymaktadır⁵⁶. Bu karar bir cesetin gasilhanede yapılan kontrolünde sol gözün tamamen alındığını, sağ gözün ise dikili olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Sol gözün tamamen alınması durumu ODNK'ya açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Danıştay, Kanun hükmüne aykırı olarak ölüden gözün tamamının izinsiz olarak alındığı konusunda yeterli şüphenin oluştuğunu ve şüphelilerin üstlerine atılı suç işlediklerini doğrulayacak ve haklarında kamu davasının açılmasını gerektirecek nitelikte kanıtın dosyada mevcut olduğunu işaret ederek sağlık mensuplarının yargılanmasının gerekliliği yönünde karar vermiştir. Öte yandan aynı kararda karşı oy ise cesedin sol göz kapağı kaldırıldığında gözün tamamen boş olduğunun ve sağ göz kapağındaki dikişlerin mevcudiyetinin saptanabilmesinin bir uzmanlık gerektirdiği şeklinde ve yeterli kanıtın bulunmadığı esasında oluşturulmuştur. Bize göre gerek bir gözün tamamen yokluğu gerekse göz kapaklarının dikilmesi durumları mutlak bir uzmanlık gerektirmeyip, polis memurlarının genel bilgileri dâhilinde saptayabilecekleri bir durumdur. (Resim 9)

3. Yorum Açısından

Yaptırımla donatılmış hukuk normlarının yanında, sosyal, ahlakî, dinî ya da bir meslek grubuna yönelik ahlak temelli normlar, birlikte yaşamın işlerliğini, bireyin ölümü hususunda da güvence altına almaktadır⁵⁷. Organ ve doku nakline yönelik kanuni düzenleme ve bu düzenleme de bazı dokulara yönelik *kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular* ifadesi ile varsayılan rıza modelinin kabul edildiği madde hakkında irdelenmesi gereken iki durum mevcuttur. Bunlardan ilki hukukun güvenlik, açıklık ve öngörülebilirlik amaçlarına yönelik iken, ikinci durum ise ortaya çıkan yeni durum ve sorunlarla baş edebilecek uyumluluk kapasitesi olarak tanımlanabilir.

ODNK'nın, 2014 yılında yapılan değişiklik ile varsayılan rıza modeline dönüştürülen metni, kanun yapma tekniği açısından bir istisna fıkrasıdır. Kanun yapıcı bu fıkrayı düzenlerken tahdidi bir yaklaşımı tercih etmemiş, aksine, gibi edadı ile tadadı bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu kanun koyucunun tercihidir. Kanun koyucu ilk tercihini açıkça *dokulardan* yana kullanmıştır ve *organların* varsayılan rıza modelinde alımını yasaklamıştır. Başka bir ifade ile bir organın, cesette değişiklik yapmasa dahi, rıza hilafında alınması hukuka uygun değildir. Bu hâl ile maddenin, organ ve doku bağlamında yeterli açıklık ve güvenilirliği sağladığı ifade edilebilir. Ancak burada önemle vurgulanması gereken bir husus mevcuttur. Şayet dokulara yönelmiş varsayılan rıza temelli uygulama ceset bütünlüğünde değişiklik yapmama esası ile gerekçelendirilir durumda ise Madde'nin uyumluluk kapasitesi tartışmalı hâle gelmektedir. Zira; doğal boşluklardan girilerek alınabilen ve ortaya çıkan değişikliğin dışarıdan saptanamadığı ya da değişikliğin kornea alınmasını ortaya çıkardığı durumdan daha fazlasını sonuçlamadığı bazı teknik uygulamalar da mevcuttur. Özellikle vaginal açıklıktan girilerek böbrek alınması uygulanabilir güncel bir tekniktir⁵⁸.

Dokuların varsayılan rıza temelinde alınabilmesi açısından ise Madde, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmek istenmemiştir ki, bu, kanun koyucunun istediği zaman susmak istediği zaman söyleme hak ya da yetkisinin açık bir tezahürüdür. Ancak, kanun koyucunun bu yetkisi hukukî açıklığın sağlanabilmesi ilkesinden sapmaya neden olmamalıdır. Kanun maddesindeki ceset üzerinde değişiklik yapmayan ifadesinin, meselenin hassasiyeti göz önüne alındığında, ölenin yakınlarının yorumuna muhatap olacağı yadsınmamalıdır. Şayet bahse konu susma, meseleyi hâkimin yorum yetki ve görevine bırakma amacını haiz ise bu durumda da hâkime yeterli lafzi açıklık sağlanmalıdır. Hukukî yorum açık olarak hâkime yönelmiş ve ilkeleri olan bir davranış biçimi, bir akıl yürütmedir. Akıl yürütme eylemi ise diktomatik bir temelden köken almalıdır. Daha somut bir ifade ile bir dokunun alınması ceset üzerinde ya değişiklik oluşturacak ya da oluşturmayacaktır. Bu kurumun işletilmesi esasında beklenen ise mevcut hukuk kuralını hangi hâkim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaşılabilmesidir. Bu beklenti hukuk güvenliğinin esasını oluşturur. Burada hâkimin karşı karşıya kalacağı bir çelişki daha mevcuttur. Her ne kadar varsayılan rıza temelinde yapılan değişiklik üstün yarar amacını taşır olsa da ODNK'da, 2014 yılında yapılan değişiklik kanun yapma tekniği açısından bir istisna fıkrasını işaret eder ve istisnaya yönelik kaidelerden en önemlisi de istisnaların dar yorumlanması ilkesidir⁵⁹.

geçişin olumlu sonuçlar vermediği yönünde bkz. DOMINQUEZ, Javier/ROJAS, José Luis: Presumed Consent Legislation Failed to Improve Organ Donation in Chile. *Transplantation Proceedings*, 45(4), 2013, s.1316-1317.

⁵⁶ Danıştay 1.D., 07.02.2007, E.2006/1270, K.2007/101. <https://lib.kazanci.com.tr/MusePath/kho3/ibb/files/1d-2006-1270.htm> (Erişim Tarihi 10.02.2021).

⁵⁷TAUPITZ, Jochen: "Das Recht im Tod: freie Verfügungbarkeit der Leiche? : Rechtliche und ehtische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener", *Humanitas*, Dortmund 1996, s.10.

⁵⁸ SWAIN, s.811-817.

⁵⁹ GÖZLER, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, Güncellenmiş 3. Baskı*, Ekin Yayınevi, 2019, s.95.

Burada, kornea dokusunun varsayılan rıza temelinde alınması yönünde ODNK’da yapılan değişikliğin, gerek tıbbın geldiği düzey gerekse toplumsal farkındalık çalışmalarının sonucu olarak toplumsal kabul anlamında da geniş yorumlanabilir olması bir gerekliliktir. Bu gereklilik, kanunun sevk sebebinin olduğu kadar organ nakli uygulamalarındaki yetersizliği işaret eden somut verilerin de bir sonucu olarak karşımızdadır. Kanun metninin güncel hâli, kornea dokusuna yönelik somut bir ifade ile işlevsel gözüktürken, bu işlevselliğin diğer dokularda mevcut olduğunu ifade edebilmek olanaklı değildir. Biz, organ ve doku nakli bekleyen hastaların zaman açısından geri dönüşümsüz kayıplar yaşadığı göz önüne alındığında, madde metninin yorumdan uzak ve açık olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin temelinde ise, madde metninin bu hâl ile talep ettiği yorumun, hukukî bir kurum olan yorum faaliyetinin ötesine geçiyor olması bulunmaktadır. Pratik uygulamada açıkça belirtilen kornea dokusuna yönelik sorunların dahi çözülemediği bir gerçeklikte, hukuk bilimi açısından geniş yorumlanması bir zaruret olan madde metninin bu ifade şekli ile işlevsel olması bize göre olanaklı değildir.

IV. SONUÇ

Yaptırımla donatılmış hukuk normlarının yanında, sosyal, ahlakî, dinî ya da bir meslek grubuna yönelik ahlak temelli normlar, birlikte yaşamın işlerliğini, bireyin ölümü hususunda da güvence altına almaktadır⁶⁰. Organ ve doku nakline yönelik kanuni düzenleme ve bu düzenleme de bazı dokulara yönelik *kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokular* ifadesi ile varsayılan rıza modelinin kabul edildiği madde hakkında irdelenmesi gereken iki durum mevcuttur. Bunlardan ilki hukukun güvenlik, açıklık ve öngörülebilirlik amaçlarına yönelik iken, ikinci durum ise ortaya çıkan yeni durum ve sorunlarla baş edebilecek uyumluluk kapasitesi olarak tanımlanabilir.

ODNK’nın, 2014 yılında yapılan değişiklik ile varsayılan rıza modeline dönüştürülen metni, kanun yapma tekniği açısından bir istisna fıkrasıdır. Kanun yapıcı bu fıkrayı düzenlerken tahdidi bir yaklaşımı tercih etmemiş, aksine, gibi edadı ile tadadı bir yaklaşımı benimsemiştir. Bu kanun koyucunun tercihidir. Kanun koyucu ilk tercihini açıkça *dokulardan* yana kullanmıştır ve *organların* varsayılan rıza modelinde alımını yasaklamıştır. Başka bir ifade ile bir organın, cesette değişiklik yapmasa dahi, rıza hilafında alınması hukuka uygun değildir. Bu hâl ile maddenin, organ ve doku bağlamında yeterli açıklık ve güvenilirliği sağladığı ifade edilebilir. Ancak burada önemle vurgulanması gereken bir husus mevcuttur. Şayet dokulara yönelmiş varsayılan rıza temelli uygulama ceset bütünlüğünde değişiklik yapmama esası ile gerekçelendirilir durumda ise Madde’nin uyumluluk kapasitesi tartışmalı hâle gelmektedir. Zira; doğal boşluklardan girilerek alınabilen ve ortaya çıkan değişikliğin dışarıdan saptanamadığı ya da değişikliğin kornea alınmasını ortaya çıkardığı durumdan daha fazlasını sonuçlamadığı bazı teknik uygulamalar da mevcuttur. Özellikle vaginal açıklıktan girilerek böbrek alınması uygulanabilir güncel bir tekniktir⁶¹.

Dokuların varsayılan rıza temelinde alınabilmesi açısından ise Madde, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmek istenmemiştir ki, bu, kanun koyucunun istediği zaman susmak istediği zaman söyleme hak ya da yetkisinin açık bir tezahürüdür. Ancak, kanun koyucunun bu yetkisi hukukî açıklığın sağlanabilmesi ilkesinden sapmaya neden olmamalıdır. Kanun maddesindeki ceset üzerinde değişiklik yapmayan ifadesinin, meselenin hassasiyeti göz önüne alındığında, ölenin yakınlarının yorumuna muhatap olacağı yadsınmamalıdır. Şayet bahse konu susma, meseleyi hâkimin yorum yetki ve görevine bırakma amacını haiz ise bu durumda da hâkime yeterli lafzi açıklık sağlanmalıdır. Hukukî yorum açık olarak hâkime yönelmiş ve ilkeleri olan bir davranış biçimi, bir akıl yürütmedir. Akıl yürütme eylemi ise diktomatik bir temelden köken almalıdır. Daha somut bir ifade ile bir dokunun alınması ceset üzerinde ya değişiklik oluşturacak ya da oluşturmayacaktır. Bu kurumun işletilmesi esasında beklenen ise mevcut hukuk kuralını hangi hâkim yorumlarsa yorumlasın aynı sonuca ulaşılabilmesidir. Bu beklenti hukuk güvenliğinin esasını oluşturur. Burada hâkimin karşı karşıya kalacağı bir çelişki daha mevcuttur. Her ne kadar varsayılan rıza temelinde yapılan değişiklik üstün yarar amacını taşır olsa da ODNK’da, 2014 yılında yapılan değişiklik kanun yapma tekniği açısından bir istisna fıkrasını işaret eder ve istisnaya yönelik kaidelerden en önemlisi de istisnaların dar yorumlanması ilkesidir⁶².

Burada, kornea dokusunun varsayılan rıza temelinde alınması yönünde ODNK’da yapılan değişikliğin gerek tıbbın geldiği düzey gerekse toplumsal farkındalık çalışmalarının sonucu olarak toplumsal kabul anlamında da geniş yorumlanabilir olması bir gerekliliktir. Bu gereklilik, kanunun sevk sebebinin olduğu kadar organ nakli uygulamalarındaki yetersizliği işaret eden somut verilerin de

⁶⁰TAUPITZ, Jochen: “Das Recht im Tod: freie Verfügbarkeit der Leiche? : Rechtliche und ehtische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener”, Humanitas, Dortmund 1996, s.10.

⁶¹SWAIN, s.811-817.

⁶²GÖZLER, s.95.

bir sonucu olarak karşımızdadır. Kanun metninin güncel hâli, kornea dokusuna yönelik somut bir ifade ile işlevsel gözüktürken, bu işlevselliğin diğer dokularda mevcut olduğunu ifade edebilmek olanaklı değildir. Biz, organ ve doku nakli bekleyen hastaların zaman açısından geri dönüşümsüz kayıplar yaşadığı göz önüne alındığında, madde metninin yorumdan uzak ve açık olarak düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu düşüncemizin temelinde ise, madde metninin bu hâl ile talep ettiği yorumun, hukukî bir kurum olan yorum faaliyetinin ötesine geçiyor olması bulunmaktadır. Pratik uygulamada açıkça belirtilen kornea dokusuna yönelik sorunların dahi çözülemediği bir gerçeklikte, hukuk bilimi açısından geniş yorumlanması bir zaruret olan madde metninin bu ifade şekli ile işlevsel olması bize göre olanaklı değildir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin: “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Halil CİN’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995, s.427-448.
- ALKHAWARI, S. Fawzi/STIMSON, V. Gerry/WARRENS, N. Anthony: “Attitudes Toward Transplantation in UK Muslim Indo-Asians in West London”, American Journal of Transplantation, 5(6), 2005, s.1326-1331.
- ALPARSLAN, Nilüfer: “Kornea Nakli”, Klinik Gelişim, 25, 2012, s.35-39.
- ANARA, R. Alex/MURPHY, G. Paul/O’CALLAGHAN, Gerry: “Donation After Circulatory Death”, British Journal of Anaesthesia, 108(1), 2012, s.108-121.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner: TCK Şerhi, Özel Hükümler, 3. Cilt, Madde 76-131, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.
- ATAAY, Aytekin: “Vücut (Beden) Üzerindeki Hak”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20, 1996, s.25-28.
- ATASOY, Kemal: “Kişilik Hakkı Kapsamında Sosyal Medyada Kişisel Verilerin Korunması Ve Veri Sahibinin Rızası”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, s.269-301.
- AYVERDİ, İlhan: Misalli Büyük Türkçe Sözlük, 1. Cilt, Kubbealtı, İstanbul, 2005.
- CAN, Fatma: “Organ Bağışında Aile Onayı Üzerine Bir Gözden Geçirme”, Nesne Psikoloji Dergisi, 5(9), 2017, s.131-149.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt: 1, 4.B, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- CRAWFORD, Z Alexandra/PATEL, V. Dipika/MCGHEE, N. J. Charles: “A Brief History of Corneal Transplantation: From Ancient to Modern”, Oman Journal of Ophthalmology, 6(3), Supplement 2013, s.12-17.
- DEMİRSOY, Nilüfer/ YILMAZ, Aysun: “Kornea Transplantasyonunun Tıp, Etik ve Hukuk Açısından Önemi”, Türkiye Klinikleri Journal of Ophthalmology, 21(3), 2012, s.171-183.
- DOMINQUEZ, Javier/ROJAS, José Luis: Presumed Consent Legislation Failed to Improve Organ Donation in Chile. Transplantation Proceedings, 45(4), 2013, 1316-1317.
- GETTMAN, T. Matthew/LOTAN, Yair/NAPPER, A. Aherly/CADEDDU, A. Jeffrey: “Transvaginal Laparoscopic Nephrectomy: Development and Feasibility in the Porcine Model”, Urology, 59(3), 2002, s.446-450.
- GEZDER, Ümit: “Ölüm Sonrası Hatırayı Koruma Doktrini ve Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXV(1), s.207-222.
- GÖZLER, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı, Güncellenmiş 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÜNGÖR, Erol; Ahlak Psikolojisi ve Sosyal Ahlak, Ötüken Yayınları, İstanbul, 2008.
- GÜRKAN, Ülker: “Montesquieu ve Kanunların Ruhü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 40(1), 1988, s.9-31.
- GURLULER, Ercument/BERBER, İbrahim/CAKIR, Ülkem/GURKAN, Alihan: “Transvaginal Route for Kidney Extraction in Laparoscopic Donor Nephrectomy”, Journal of The Society of Laparoendoscopic Surgeons, 18(3), 2014, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4236079/pdf/e2014.00156.pdf>, (Erişim Tarihi: 07.01.2021).
- İLKILIÇ, İlhan: “Etik Yaklaşımlar Bağlamında Beyin Ölümü”, içinde Görgülü, Ülfet/Kılıç, Halil (ed.), Hayatın Başlangıcı ve Sonu Fikhi, Hukuki, Tıbbi Ve Etik Boyutlarıyla, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2019.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Fünfte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

- KARAHASAN, Mustafa Reşit: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981.
- KOMETSI, K.T. Joseph/LOUW, Johann: “Deciding on Cadaveric Organ Donation in Black African Families”, *Clinical Transplantation*, 13(6), 1999, s.473-478.
- LOTSCHER, Andreas: "Gute Gesetze Sind Transparente Texte"; Türkçe çevirisi: "İyi Kanunlar Şeffaf Metinlerdir", in *Kanun Yapma Tekniği Uluslararası Sempozyum*, 27-28 Mart 2015, Türkiye Barolar Birliği-Özyeğin Üniversitesi, Ankara 2016, s.98-176.
- MOLZAHN, E. Anita/STARZOMSKI, Rosalie/McDONALD, Michael/O'LOUGHIN, Chloe: “Aboriginal Beliefs About Organ Donation: Some Coast Salish Viewpoints”, *Canadian Journal of Nursing Research*, 36(4), 2004, s.110-128.
- MONTESQUIEU: *The Spirit Of Laws*, Cambridge Integral, Chapter 14, What are the Natural Means of Changing the Mores and Manners of a Nation, s.315, <https://archive.org/details/MontesquieuTheSpiritOfLawsCambridgeIntegral/page/n5/mode/2up> (Erişim Tarihi: 10.02.2021).
- NARMANLIOĞLU, Ünal: “Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması”, Prof. Dr. Turhan Tûfan YÜCE'ye Armağan, 2001, s.93-118.
- NEWTON, D. Joshua: “How Does the General Public View Posthumous Organ Donation? A Meta-Synthesis of The Qualitative Literature”, *BMC Public Health*, 11, 2011, s.791-802.
- ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, Filiz Kitabevi, Ankara 1994, s.225-231.
- ÖZEL, Çağlar: “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 51(1), 2002, s.43-77.
- PARLAR, Şafak: “Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar”, *TBB Dergisi*, 83, 2009, s.189-222.
- PARWEZ, Hossain: Presumed Consent and the Implications for Eye Donation. *Eye*, 2020, s.1, <https://doi.org/10.1038/s41433-020-01266-3> (Erişim Tarihi: 23.12.2020).
- ŞENGÜN, Mustafa: "Ahlaki Gelişimin Psiko-Sosyal Dinamikleri", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 23, 2007, s.201-221.
- SEROZAN, Rona: Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 11(14), 1977, s.93-112.
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Genişletilmiş 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- SWAIN, Paul: “Nephrectomy and Natural Orifice Translumenal Endoscopic (NOTES): Transvaginal, Transgastric, Transrectal, and Transvesical Approaches”, *Journal of Endourology*, 22(4), 2008, s.811-818.
- TAUPITZ, Jochen: “Das Recht im Tod: freie Verfügbarkeit der Leiche? : Rechtliche und ehtische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener”, *Humanitas*, Dortmund, 1996.
- TEPEHAN, Selma/ELMAS, İmdat: “Türkiye’de Beyin Ölümü Tanısına Güven Sorunu ve Organ Bağışına Yansımaları”, *Yoğun Bakım Hemşireliği Dergisi*, 18(1), 2014, s.8-14.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÜNVER, Yener: “Organ Nakli ve Hukuksal Boyutu”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 3(7), 2008, 203-221.
- VAN WIJK, J. Marja/NIJENHUIS, V. Matthijs/DORREPAAL, A. Caroline/BOKHORST, G. Arlinke: “Factors Involved in the Occurrence of Bleeding Complications After Enucleation for Cornea Donation”, *Cornea*, 28(9), 2009, s.1014-1018.
- YAZICI, Mehmet: “İslam Hukuku Açısından Beyin Ölümü”, içinde Görgülü, Ülfet/Kılıç, Halil (ed.), *Hayatın Başlangıcı ve Sonu Fikhi, Hukuki, Tıbbi Ve Etik Boyutlarıyla*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2019, s.171-180.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem: *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 2003.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner/ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, *TBB Dergisi*, 68, 2007, s.43-93.

EK: RESİMLER



Resim-1: Kornea Dokusu



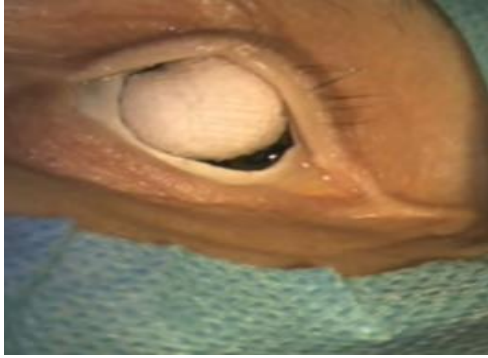
Resim-2: Kornea Dokusunun Göz Organından Ayrılması Aşaması



Resim-3: Korneanın Göz Organından Ayrılması Aşaması



Resim-4: Kornea Dokusunun Göz Organından Ayrılmış Hâli



Resim-5: Tampon Uygulaması Sonrası Görünüm



Resim-6: Kap Uygulaması Aşaması





Resim-7: Kap Uygulaması Sonrası Görünüm



Resim-8: Göz Kapaklarının Dikilmiş Hâli



Resim-9: Gözün Alınmış Hâli

COVID-19 HASTALIĞININ SOSYAL SİGORTALAR HUKUKU VE BİREYSEL İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞ KAZASI VE/VEYA MESLEK HASTALIĞI NİTELİĞİ**QUALIFICATION OF COVID-19 AS OCCUPATIONAL ACCIDENT AND/OR OCCUPATIONAL DISEASE IN SOCIAL SECURITY AND EMPLOYMENT LAW**Gaye BAYCIK*  & Çağla ERDOĞAN** <https://doi.org/10.21492/inuhfd.891824> **Makale Bilgi**Gönderi: 05/03/2021
Kabul : 24/05/2021**Anahtar Kelimeler***Covid-19,
Meslek Hastalığı,
İş Kazası,
Sosyal Sigorta
Ödemeleri,
İşverenin Hukuki
Sorumluluğu.***Article Info**Received: 05/03/2021
Accepted: 24/05/2021**Keywords***Covid-19,
Occupational Disease,
Occupational Accident,
Social Insurance
Payments,
Employer's Civil
Liability.***Özet**

Covid-19 hastalığının sosyal sigortalar hukuku açısından iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık olarak nitelendirilmesi, sigortalıların haklarını etkiler. Salgın bir hastalık, sigortalının kişisel hayatında bulaşabileceği gibi çalışırken veya çalışma koşulları nedeniyle de bulaşabilir. Hastalık, iş kazasının yasal koşulları altında sigortalıya bulaştığında iş kazası olarak nitelendirilecektir. Sağlık çalışanları bakımından, Covid-19 meslek hastalığı olarak ele alınabilir. Her halde, belirlemenin yapılmasında sosyal devlet ilkesi ve sosyal sigortaların koruyucu şemsiyesinin genişletilmesi amacı dikkate alınmalıdır. Yapılan iş ve çalışma koşullarından bağımsız olarak, özel hayatta hastalananlar sadece hastalık sigortasından yararlanırlar. Hastalığın bulaşma koşullarının ispatındaki güçlük, sigortalıların hak kaybına uğramasına neden olacak şekilde yorumlanmamalıdır. Bireysel iş hukuku açısından, işverenin işçiyi gözetme borcu gereği Covid-19'a karşı gelişen bilim ve teknolojinin gerektirdiği en üst düzey önlemleri alma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğün ihlali sonucunda işçinin Covid-19'a yakalanması halinde işverenin tazminat sorumluluğu doğar. Filyasyon raporlarından yararlanılarak veya çalışma koşullarının değerlendirilmesi yoluyla, işçinin hastalığa yakalanması ile işverenin gözetme borcu ihlali arasında uygun illiyet bağı kurulabilir. Hastalığın salgın niteliğinde olması mücbir sebep olarak nitelendirilemez ve illiyet bağı kesmez.

Abstract

The qualification of Covid-19 disease as an occupational accident, occupational disease, or sickness in terms of social insurance law affects social insurance rights. An epidemic disease can be contracted while working or due to working conditions, as well as outside work. If the disease is contracted in legal conditions that define occupational accident, then it will be considered as an occupational accident. Covid-19 can be considered as an occupational disease for healthcare professionals. When determining the legal qualification of Covid-19 for both healthcare professionals and other workers, welfare state principle and the general aim of expanding the protective umbrella of social insurances should be considered. If the insured person contracts the disease outside work, then they can only benefit from sickness insurance. Proving that the insured person contracted the disease at work or because of working conditions is a challenging task, as the virus spreads through respiratory transmission. However, difficulty in proving cannot be interpreted against the insured. In terms of employment law, the employer has the duty to protect the health and safety of the employees, and therefore must take all necessary available precautions against Covid-19. If an employee contracts the disease due to employer's failure in the duty to protect, the employer is liable for the damages. The causal connection between employee's illness and employer's breach of protection duty can be established through filiation reports or by evaluating the working conditions. The epidemic nature of the disease cannot be considered as force majeure and does not break the causal connection.

EXTENDED SUMMARY

The Covid-19 pandemic came along with many legal problems, one of which is the qualification of the disease as an occupational accident, occupational disease, or sickness in terms of social security law. The different possible qualifications of the Covid-19 disease in social security law, affects social insurance rights. Employer's duty to protect employees against the disease and the possible civil liability outcomes of failure in this duty constitutes brings along problems and questions in establishing the causal connection. This paper aims to discuss questions of qualification and the casual connection in employer's legal liability.

An epidemic disease can be contracted while working or due to working conditions, as well as outside work. Occupational diseases are diseases that are contracted because of the recurring characteristics of work or working conditions. Occupational diseases are listed beforehand and the diseases that do not appear in the list can be qualified as such in the legal conditions and by following the procedures prescribed by the law. Covid-19 is a pandemic and is not necessarily connected with the recurring characteristics of the work for many sectors. However, for healthcare professionals Covid-19 can be considered as an occupational disease in theory and practice. The Ministry of Health has published guidelines for qualifying Covid-19 for healthcare professionals. These guidelines do not cover all workers who work in healthcare sector and contain provisions that can hinder the qualification of Covid-19 as an occupational disease in some cases. The most suitable solution would be the inclusion of Covid-19 in the occupational diseases list for all who work in the healthcare sector, regardless their profession.

In sectors other than healthcare sector, if the Covid-19 disease is contracted in legal conditions that define occupational accident, then it will be considered as an occupational accident. The Court of Cassation has qualified the H1N1 disease and other infectious diseases as occupational accidents before. Therefore, when Covid-19 is contracted during work or because of work it can be qualified as an occupational accident. Proving that the insured person contracted the disease at work or because of working conditions is a challenging task, as the virus spreads through respiratory transmission. However, difficulty in proving cannot be interpreted against the insured. When determining the legal qualification of Covid-19, welfare state principle and the general aim of expanding the protective umbrella of social insurances should be considered. If the insured are more likely to contract the disease at work rather than outside work, then they should be awarded the occupational accident benefits. If the insured person contracts the disease outside work, then they can only benefit from sickness insurance.

In terms of employment law, the employer has the duty to protect the health and safety of the employees, and therefore must take all necessary available precautions against Covid-19. These extend of the precautions are determined by the latest developments in science and technology, therefore the employer must these precautions even if they are not prescribed by the legislation. If an employee contracts the disease due to employer's failure in the duty to protect, the employer is liable for the damages. Due to the pandemic characteristic of the disease, proving that it is contracted because of employer's breach of protection duty can be troublesome in many cases. The causal connection between employee's illness and employer's breach of protection duty can be established through filiation reports or by evaluating the working conditions. For instance, the filiation reports may directly establish that an employee has contacted the disease from another employee or the employer. However, filiation reports should not be given an absolute effect as an employee might contract the disease because of working conditions that cannot be determined in a filiation report. For instance, a supermarket cashier or a delivery person contacts many clients throughout the day and it is possible for them to contract the disease from a client without being included in their filiation reports.

The causal connection establishing the employer's liability breaks in case of employee's or third party's gross fault or in case of force majeure. The epidemic nature of the disease cannot be considered as force majeure and does not break the causal connection. However, in some cases the disease might be considered as an inevitable factor as it might be contracted even though all the available precautions are taken. In this case, the employer's legal liability should not be altogether lifted but the damages should be distributed between the employer and employee in accordance with the case law of the Court of Cassation. The distribution should not be even, and the employer should be responsible for the greatest part of the damages as set forth in the precedent cases.

I. GİRİŞ

Covid-19 salgını, bu hastalığa yakalanan çalışanların ve çalışanların hastalık sonucunda ölümleri halinde yakınlarının sosyal sigorta ve tazminat haklarının neler olacağı sorularını beraberinde getirmiştir. Covid-19'un sosyal sigortalar hukuku anlamında iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık olarak nitelendirilmesi, hem sigorta yardımlara hak kazanıldığına tespitindeki hukuki süreç hem de yardımların içeriği bakımından önemli farklar yaratmaktadır. Özellikle, hastalık sonucunda sürekli iş göremez hale gelenler ile hayatını kaybedenlerin yakınları bakımından, hukuki nitelendirmenin yarattığı sonuç arasındaki farklılıklar ciddi boyuttadır. Öte yandan hastalığa yakalandıktan sonra tamamen iyileşenler bakımından, varılacak çözümler arasında önemli farklar yoktur. Söz konusu soruların yanıtları henüz tam olarak açıklığa kavuşturulmuş değildir. 2020 yılının Mayıs ayında Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), Covid-19 hastalığının iş kazası veya meslek hastalığı olarak değil, hastalık sigortası kapsamında işlem göreceği yönünde bir genelge yayımlamıştır¹. Daha sonra, 2020 yılının Aralık ayında Sağlık Bakanlığı, hastalığın sağlık çalışanları bakımından meslek hastalığı olarak değerlendirilmesine olanak sağlayan basında “genelge” olarak tabir edilen bir yazı yayımlamıştır ve böylece soru sağlık çalışanları bakımından kısmen yanıtlanmıştır². Bununla beraber, pandemi sürecinde hastalanan diğer çalışanların hastalıklarının işleriyle bağlantılı olup olmadığının nasıl belirleneceği ve sosyal sigorta haklarının neler olacağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bireysel iş hukuku açısından, işverenin gerekli sağlık ve güvenlik önlemleri almaması sebebiyle hastalığa yakalanan işçiler bakımından hastalık ve iş arasında illiyet bağının kurulması ve buna bağlı olarak işverenden tazminat talep haklarının belirlenmesi önem taşımaktadır. Bu çalışmanın ilk bölümünde Covid-19 hastalığının sosyal güvenlik hukuku anlamındaki hukuki niteliği (meslek hastalığı, iş kazası, hastalık) tartışılacak; ikinci bölümünde ise işçiler bakımından hastalığın çalışma koşullarıyla illiyet bağının kurulması ve kurulabilirdiği takdirde işverenin tazminat sorumluluğunun belirlenmesi konusu ele alınacaktır.

II. COVID-19 HASTALIĞININ MESLEK HASTALIĞI, İŞ KAZASI VEYA HASTALIK NİTELİĞİ TARTIŞMASI

Covid-19 hastalığına yakalanan işçiye 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu uyarınca verilecek ödeneklerin ve bağlanacak gelirlerin belirlenebilmesi için hastalığın, yasanın uygulanması bakımından hastalık mı yoksa meslek hastalığı veya iş kazası olarak nitelendirileceğinin tespiti gerekmektedir. Bu nitelendirme işçinin ve ölümü halinde geride kalanların hakları bakımından farklılıklar yaratmaktadır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yapılan yardımlar aynı olmakla beraber, yardımlara hak kazanma koşulları birbirinden farklılık göstermektedir. Bu bağlamda, Covid-19'un sırasıyla, meslek hastalığı, iş kazası ve hastalık tanım ve özelliklerine uygunluğu tartışılacaktır. Son kısımda, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlar ve hastalık sigortasından sağlanan yardımlar karşılaştırılarak Covid-19 bağlamında bir değerlendirme yapılacaktır.

A. Meslek Hastalığı

1. Genel Olarak

SSGSSK m.14/1 uyarınca: “*Meslek hastalığı, sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.*” Sigortalının tutulduğu hastalığın meslek hastalığı sayılabilmesi için bu tanım gereği bazı unsurlar aranmaktadır. Öncelikle, sigortalının mesleki bir dış etkene maruz kalması gerekir; bu husus yasada “*çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden*” olarak ifade edilmektedir. Mesleki dış etken ve tekrarlanma unsurları, aşağıda da ele alınacağı üzere iş kazasının şartları arasında aranmamaktadır³. Yargıtay’a göre de: “*Sigortalının mesleğini icrası sırasında sürekli tekrarladığı faaliyetlerden dolayı ya da icra edilen işin niteliği veya işin şartları nedeniyle mesleği ile bağlantılı olarak meydana gelen hastalıklar da sosyal güvenlik sistemi içerisinde bir sosyal risk olarak kabul edilmekte ve bu hastalıklar meslek hastalığı olarak nitelendirilmektedir. İş kazası ani bir olay olmasına karşın meslek hastalığı, belirli bir zaman dilimi içerisinde tekrarlanan bir sebeple oluşmaktadır. Meslek hastalığı, işin nitelik ve yürütüm şartlarından dolayı ya da işyerinin durumu dolayısıyla yavaş yavaş ortaya çıkan bir sağlık sorunudur.*”⁴

¹ Sosyal Güvenlik Kurumu’nun Koronavirüs (Covid-19) konulu 7.5.2020 tarihli 2020/12 sayılı genelgesi.

² Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü: Covid-19 Nedeniyle Vazife Malüllüğü” konulu 18.12.2020 tarihli yazı, [http://www.tdb.org.tr/tdb/ek/SB_Covid_Meslek_Hast_Genelge\(Aralik.2020\).pdf](http://www.tdb.org.tr/tdb/ek/SB_Covid_Meslek_Hast_Genelge(Aralik.2020).pdf), Erişim Tarihi: 17.1.2021.

³ SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s.337.

⁴ Yarg. 10. HD 15.4.2019, 2016/17217, 2019/3441, www.calismatoplum.org, Erişim Tarihi: 11.12.2020.

Mesleki dış etken işin niteliğinden kaynaklanabilir. Meslek hastalıklarına hangi işlerin yol açabileceği tıbbi verilere dayanılarak önceden belirlenmiştir. Sigortalının hastalık doğuran etmene, sürekli maruz kalması gerekir; bu süre yapılan iş ve etmene göre değişmekte olup hekimler tarafından değerlendirilmektedir. Meslek hastalıkları, işin niteliğinin yanında işin yürütüm koşullarından, yani iş sağlığı ve güvenliği önlemlerin gereğince yerine getirilmemesi sebebiyle de ortaya çıkabilir. Dolayısıyla meslek hastalığında dış etken ve hastalık arasında illiyet bağı aranır⁵.

Meslek hastalığının tespiti SSGSSK m.14/2 uyarınca yapılır: “*Sigortalının çalıştığı işten dolayı meslek hastalığına tutulduğunun; a) Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucuları tarafından usûlüne uygun olarak düzenlenen sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi, b) Kurumca gerekli görüldüğü hallerde, işyerindeki çalışma şartlarını ve buna bağlı tıbbî sonuçlarını ortaya koyan denetim raporları ve gerekli diğer belgelerin incelenmesi, sonucu Kurum Sağlık Kurulu tarafından tespit edilmesi zorunludur.*” Meslek hastalıkları listesi yönetmelikle belirlenmekle beraber bu liste kapalı değildir ve yönetmelikte belirlenmiş hastalıklar dışında herhangi bir hastalık yasa da belirlenen koşullar altında ortaya çıkmışsa meslek hastalığı kapsamında sayılır⁶. Bir hastalığın Meslek Hastalıkları Listesinde yer alıp almamasının yarattığı fark; listede yer alan hastalıkların meslek hastalığı olduğunun karine olarak kabul edilmesi, buna karşılık listede yer almayan hastalıkların meslek hastalığı olduğunun sigortalı tarafından ispatının gerekmesidir⁷.

Sigortalılar, çalışma ortamında Covid-19’a maruz kaldığı takdirde bunun meslek hastalığı sayılıp sayılmayacağını değerlendirilmesi gerekmektedir. Meslek hastalığı tanımındaki “*hastalığın tekrarlanan ve işin kendisinden ya da koşullarından kaynaklanan sebeplerle ortaya çıkması*” koşulu dikkate alındığında, Covid-19 hastalığının meslek hastalığı olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Yine meslek hastalığının işin niteliğinden veya yürütümünden kaynaklanan tekrarlanan veya zaman içerisinde meydana gelme özelliği de Covid-19 hastalığına uygun değildir. Hastalık işyerinde bulaşsa bile, bu salgın hastalığın kaynağı tekrarlanan iş koşulları değildir; salgının bulunmadığı bir dönemde aynı işi yapan sigortalının Covid-19 riskiyle karşılaşmayacağı açıktır⁸. Örneğin, bir fabrikada hastalanan bir işçinin diğer işçilere hastalık bulaştırması veya bir markette çalışan işçiye müşteriden hastalık bulaşması bakımından işten kaynaklanan ve tekrarlanan bir nedenden söz etmek güçtür. Virüsün aniden bulaşması, ancak etkilerinin zamanla ortaya çıkmasının iş kazalarındaki anilik unsuruna denk geldiği değerlendirilmektedir⁹. Hastalığın iş kazası olarak değerlendirilmesine ilişkin tartışmaya aşağıda yer verilecektir.

2. Sağlık Çalışanları Bakımından Meslek Hastalığı

Sağlık çalışanlarının Covid-19 hastalığına yakalanması bakımından, hizmet akdine göre çalışanlar için meslek hastalığı ve kamu görevlisi olarak çalışanlar için vazife malullüğüne ilişkin değerlendirme ayrıca yapılmalıdır. Öğretide bir görüşe göre, günümüz koşullarında sağlık çalışanlarının hastalığa yakalanması iş kazası olarak nitelendirilmelidir; ancak zaman içinde bu değerlendirmenin değişmesi ve hastalığın meslek hastalığı olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir¹⁰. Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü’nün 65. maddesine göre: “*Meslek hastalıkları Listesinin D grubunda yer alan bulaşıcı hastalıkların, görülen işin gereği olarak veya işyerinin özel koşullarının etkisiyle oluşması ve enfeksiyonun laboratuvar bulguları ile de kanıtlanması gereklidir. Meslek hastalıkları listelerinde yer almayan ve fakat görülen iş ve görev icabı olarak alındığı kesin olarak tespit edilen diğer enfeksiyon hastalıkları da meslek hastalığı sayılır. Bu husustaki teşhisin laboratuvar deneyleriyle teyit edilmesi gereklidir. Hastalığın azami kuluçka süresi yükümlülük süresi olarak kabul edilir.*” Bu bağlamda, Covid-19 hastalığının da tüzükte yer alan koşullar altında bulaştığı ortaya konulabilirse, hastalığın meslek hastalığı olarak nitelendirilmesi mümkün olabilir.

Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi’nde enfeksiyon hastalıkları olan SARS, tüberküloz, HIV ve Hepatit B, sağlık çalışanları bakımından halihazırda meslek hastalıkları olarak yer almaktadır. Bunlardan HIV ve Hepatit B için risk etmeni olarak, sağlık çalışanlarına iğne

⁵ SÖZER, s.337-338.

⁶ SÖZER, s.339; GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.384-388.

⁷ TUNCA, Can/EKMEKÇİ Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.417-422.

⁸ AKIN, Levent: “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, (Covid-19) Çimento İşveren Dergisi, 34(3), Mayıs 2020, s.20; ŞAHİN EMİR, Asiye: İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalığın 5510 Sayılı Kanun Olup Olmadığının Değerlendirilmesi – Domuz Gribi (H1N1) ve Koronavirüs (Covid-19) Özelinde Bir Değerlendirme-, Legal İSGHD 17(66), s.581.

⁹ AKIN, Covid-19, s.22; ŞAHİN EMİR, s.581; NARTER, Sami/ŞİMŞEK, Cebirail: “Sağlık Çalışanları İçin Covid-19 Hastalığı İş Kazası Veya Meslek Hastalığı Mıdır?”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, (16) 2020, s.167.

¹⁰ AKIN, Covid-19, s.21; Aynı yönde, ŞAHİN EMİR, s.583-584; YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı”, 19(38), s.45.

veya sivri uçlu cisim batması gösterilmiştir¹¹. Söz konusu hastalıklardan SARS, geçmişte salgın yaratmıştır ve Covid-19 gibi solunum yoluyla bulaşmaktadır¹². SARS'ın listeye alınmış olması Covid-19'un de meslek hastalıkları listesine alınması için örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

Covid-19'un solunum yoluyla bulaşması, sağlık çalışanlarının hastalığı işyeri dışında kapma ihtimalini barındırmakla beraber bu kişilerin hastalığı işyerinde kapma ihtimalleri daha yüksektir. 2020 Aralık ayında, enfekte olan 1 milyon 900 bin kişiden 120 bininin sağlık çalışanı olduğu ifade edilmiştir; bu enfekte olan her 15 kişiden birinin sağlık çalışanı olduğu anlamına gelmektedir. Aynı zamanda hastalanan her 10 kişiden birinin sağlık çalışanı olduğu ifade belirtilmiştir¹³. Sağlık çalışanlarının sayısının (1.061.635)¹⁴ toplam nüfus (83.154.997)¹⁵ ve toplam çalışan nüfus (31.542.000)¹⁶ içindeki oranının %10'dan çok daha düşük olduğu dikkate alındığında sağlık çalışanlarının işleri ve enfeksiyon oranları arasında bir bağlantı kurulabileceği açıktır. Covid-19'un meslek hastalığı olarak değerlendirilebilmesi bakımından dikkate alınabilecek bir diğer husus, enfeksiyon hastalıklarında vücuda giren patojenlerin dozunun hastalanmaya ve hastalığın seyrine etki edebileceğidir¹⁷. Covid-19 hastalığı bakımından kesin sonuçlara varılmamış olsa da viral yük olarak ifade edilen, vücuda giren virüs sayısı hastalanmayı ve hastalığın seyrini etkileyebilmektedir. Teorik olarak sağlık çalışanlarının, zaman içerisinde daha yüksek doz virüse maruz kalması mümkündür¹⁸. Sağlık çalışanlarının kişisel koruyucu donanım kullandığı ancak bunların virüsü tamamen önleyemediği dikkate alındığında, sağlık çalışanının hasta eden virüs dozunu zaman içerisinde alma ihtimali vardır. Bu halde, sigortalının hastalığı iş kazasındaki anilik unsurundan uzaklaşarak meslek hastalığının zaman içerisinde gerçekleşme özelliğine uygun olarak ortaya çıkabilir.

SSGSSK'deki kısa vadeli sigorta kolları kamu görevlileri bakımından uygulama bulmaz (m.4/6). Kamu görevlileri geçici iş göremezlikleri halinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uyarınca aylıklarını tam olarak alırlar. Kamu görevlileri, iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası yerine SSGSSK m.47'de düzenlenen vazife malullüğü sigortasından yararlanırlar. Bu sigortadan sağlanan edim, en az %60 çalışma gücü kaybının olması halinde, vazife malullüğü aylığıdır. 47. maddeye göre: “malullük; sigortalıların vazifelerini yaptıkları sırada veya vazifeleri dışında idarelerince görevlendirildikleri herhangi bir kamu idaresine ait başka işleri yaparken bu işlerden veya kurumlarının menfaatini korumak maksadıyla bir iş yaparken ya da idarelerince sağlanan bir taşıtla işe gelişi ve işten dönüşü sırasında veya işyerinde meydana gelen kazadan doğmuş olursa, buna vazife malullüğü ve bunlara uğrayanlara da vazife malülü denir.” Bu düzenlemede kamu görevlilerinin vazife hastalıkları yer almamakla ve bir meslek hastalıkları listesi bulunmamakla beraber, vazife malullüğü meslek hastalıklarından doğabilir¹⁹. Kamu görevlisi sağlık çalışanlarının Covid-19 hastalığına yakalanmaları halinde, hastalığın vazife hastalığı olarak veya vazife kazası olarak da nitelendirilmesi uygulanacak hükümden değişiklik yaratmamaktadır, her halde SSGSSK m.47 uygulama bulacaktır.

Sağlık çalışanlarının Covid-19 hastalığına yakalanmalarının iş kazası mı yoksa meslek hastalığı mı oluşturduğu tartışması teorik olarak sürdürülebilirse de, Sağlık Bakanlığı'nın 18.12.2020 tarihli yazısı, bu tartışmayı uygulamada sona erdirecek niteliktedir. Söz konusu yazıya göre, Covid-19 tanısı alan sağlık çalışanları hastalıkları sebebiyle meslekte kazanma gücü veya çalışma gücü kaybına uğramışlarsa illiyet bağının kurulması şartıyla meslek hastalığı ve vazife malullüğü kapsamındaki

¹¹ ÇSGB: “Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklar Tam Rehberi”, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/medias/4597/rehber20.pdf>, Erişim Tarihi: 17.1.2020, s. 330.

¹² WHO: “Severe Acute Respiratory Syndrome (SARS)”, <https://www.who.int/health-topics/severe-acute-respiratory-syndrome>, Erişim Tarihi: 17.1.2020

¹³ Deutsche Welle Türkçe: “Türkiye'de her 10 koronavirüs hastasından 1'i sağlık çalışanı” <https://www.dw.com/tr/türkiyede-her-10-koronavirüs-hastasından-1-i-sağlık-çalışanı/a-56000410>, Erişim Tarihi: 5.1.2020.

¹⁴ T.C. Sağlık Bakanlığı: “Bakan Koca, Koronavirüse İlişkin Son Durumu Değerlendirdi” <https://www.saglik.gov.tr/TR,65032/bakan-koca-koronaviruse-iliskin-son-durumu-degerlendirdi.html>, Erişim Tarihi: 5.1.2020.

¹⁵ TÜİK: “Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi Sonuçları, 2019”, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Adrese-Dayali-Nufus-Kayit-Sistemi-Sonuclari-2019-33705>, Erişim Tarihi: 5.1.2020.

¹⁶ TÜİK: “İşgücü İstatistikleri, Ekim 2020” <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Isgucu-Istatistikleri-Ekim-2020-37485&dil=1>, Erişim Tarihi: 5.1.2020.

¹⁷ BAKIRCI, Çağrı Mert: “Enfeksiyon Dozu (ID50) ve Ölümçül Doz (LD50) Nedir? Hasta Olmak İçin Kaç Tane Virüs Bulaşmalı?” <https://evrimagaci.org/enfeksiyon-dozu-id50-ve-olumcul-doz-ld50-nedir-hasta-olmak-icin-kac-tane-virus-bulasmalı-8243>, Erişim Tarihi: 17.7.2020.

¹⁸ CADDY, Sarah L: “Does The Amount of Coronavirus You're Exposed to Determine How Sick You'll Get?” <https://www.sciencealert.com/does-the-amount-of-covid-19-virus-you-are-exposed-to-determine-how-sick-you'll-get>, Erişim Tarihi: 17.7.2020.

¹⁹ SÖZER, s.287, 290.

sosyal güvenlik haklarından yararlanabilirler. Sağlık çalışanın hayatını kaybetmesi halinde ise, geride kalan yakınları ilgili sigorta kollarından hak sağlanan edimlere hak kazabilirler. Bu haklardan yararlanma talebinde bulunabilmek için, yazı ekinde yer alan formun doldurulması gerekmektedir²⁰. Covid-19'un meslek hastalığı veya vazife malullüğü olarak işlem görmesini sağlayacak bu yazı bakımından tartışılması gereken hususlar, yazının kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile sağlık çalışanı olarak nitelendirilenlerin kimler olduğu ve yazı ekindeki formun illiyet bağı kurulmasını güçleştirebilecek içeriğidir.

Sağlık Bakanlığı yazısında, bakanlığa bağlı ve üniversitelere bağlı sağlık kurum ve kuruluşları ile özel sağlık kurum ve kuruluşlarında başvuruda izlenecek yöntem yer almaktadır. Özel sağlık kurum ve kuruluşu tanımı kapsamına, özel hastanelerin yanında Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m.2 uyarınca, “tıp merkezleri, poliklinikler, laboratuvarlar, müesseseler ve muayenehaneler”in de girdiği ve Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik m.2 uyarınca “diş hekimlerinin mesleklerini serbest olarak icra etmek üzere münferiden ve müştereken açtıkları ağız ve diş sağlığı hizmeti verilen muayenehane ve özel ağız ve diş sağlığı poliklinikleri ile merkezleri”nin girdiği sonucuna varmak gerekmektedir. Ayrıca, Sağlık Bakanlığı'nın 2019/10 Sağlık Hizmeti Sunucularının Basamaklandırılması Hakkında Genelgesi uyarınca, örneğin eczaneler ve işyeri sağlık ve güvenlik hizmeti sunulan birimler birinci basamak sağlık kuruluşu sayılmaktadır²¹.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların tamamı sağlık çalışanı sayılmamaktadır. Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik kimlerin sağlık çalışanı sayıldığını tespitinde yol göstericidir. Bu yönetmeliğe göre sağlık meslek mensupları, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebe hemşire, klinik psikologların yanında yönetmelik ekinde (Ek-1) sıralanan kişilerdir²². Sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları da yönetmelik ekinde sayılmıştır (Ek-2)²³. Dolayısıyla, sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan ve bu nedenle hastalarla temas eden çalışanların tamamı sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensubu sayılmamaktadır. Yönetmelikte sayılan kişilerin yanında, temizlik işçisi, ambulans şoförü, veznedar, hastanedeki danışma personeli gibi hastalık tanı ve tedavisinde doğrudan rol almamakla beraber işi gereği hastalarla temas eden çalışanlar da risk altındadır. Ayrıca, hastalarla temas etmeseler dahi, örneğin hastane arşiv birimi, teknik servis çalışanı gibi kişiler hastalığa yakalanma riski olan sağlık çalışanlarıyla olan temaslarından dolayı risk altındadır. Bu nedenlerle, yaptığı işin ne olduğuna bakılmaksızın, sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan herkesi kapsayan açık bir düzenleme getirilmesi kanımızca daha uygun olurdu.

Sağlık Bakanlığı'nın meslek hastalığı ve vazife malullüğüne dair yazısının ekinde, sağlık çalışanın görev yaptığı birimde Covid-19 hasta takip ve tedavisi yapıp yapılmadığı (1) ve ilgilinin çalıştığı birimde görev yapan diğer personelde Covid-19 tanısı alan kişi olup olmadığı (2) sorulmaktadır. Bu soruların yanıtlarına meslek hastalığı ve vazife malullüğü tespitinde etkisinin ne olacağı henüz açık değilse de bunlara mutlak bir etki tanınması ve her iki soruya da kümülatif olarak “evet” yanıtının aranması haksız sonuçlar doğurabilir. Örneğin, bir işyeri hekiminin çalıştığı fabrikada işçilerin Covid-19'a yakalanması durumunda birinci sorunun yanıtı hayır ikincinin evet olacaktır. Bir başka örnek vermek gerekirse, Covid-19 tanı ve tedavisi yapılan bir hastanede tek bir hekimin hastalanması durumunda ilk sorunun yanıtı evet, ikincinin hayır olacaktır. Yine özel bir muayenehanede her iki sorunun da yanıtı hayır olduğu halde bir hekimin hastasından Covid-19 kapması mümkündür. Kanımızca, bu tür bir uygulama yerine Covid-19'un sağlık kurum ve

²⁰ Sağlık Bakanlığı Yönetim Hizmetleri Genel Müdürlüğü: Covid-19 Nedeniyle Vazife Malüllüğü” konulu 18.12.2020 tarihli yazı, [http://www.tdb.org.tr/tdb/ek/SB_Covid_Meslek_Hast_Genelge\(Aralik.2020\).pdf](http://www.tdb.org.tr/tdb/ek/SB_Covid_Meslek_Hast_Genelge(Aralik.2020).pdf), Erişim Tarihi: 17.1.2021.

²¹ T.C. Sağlık Bakanlığı'nın Sağlık Hizmetlerinin Basamaklandırılması Konulu 31.5.2019 tarih ve 2019/10 sayılı Genelgesi.

²² Söz konusu meslekler Ek-1'de sıralanmaktadır: fizyoterapist, fizyoterapi teknikeri, odyolog, odyometri teknikeri, diyetisyen, dil ve konuşma terapisti, podolog, sağlık fizikçisi, radyoterapi teknikeri, anestezi teknisyeni/teknikeri, tıbbi laboratuvar teknisyeni, tıbbi laboratuvar ve patoloji teknikeri, tıbbi görüntüleme teknisyeni/teknikeri, ağız ve diş sağlığı teknikeri, diş protez teknikeri tıbbi protez ve ortez teknisyeni/tekniker, ameliyathane teknikeri, adli tıp teknikeri, diyaliz teknikeri, perfüzyonist, eczane teknikeri iş ve uğraşı terapisti (ergoterapist), iş ve uğraşı teknikeri (ergoterapi teknikeri), elektronörofizyoloji teknikeri, mamografi teknikeri, optisyen, acil tıp teknikeri, acil tıp teknisyeni, hemşire yardımcısı, ebe yardımcısı, sağlık bakım teknisyeni.

²³ Söz konusu meslekler Ek-2'de sıralanmaktadır: psikolog, biyolog, çocuk gelişimcisi, sosyal çalışmacı/sosyal hizmet uzmanı, sağlık eğitimcisi, tıbbi teknolog, sağlık idarecisi, çevre sağlığı teknisyeni/tekniker, yaşlı bakım teknikeri, evde hasta bakım teknikeri, tıbbi sekreter, biyomedikal cihaz teknikeri.

kuruluşlarında çalışan herkes bakımından meslek hastalıkları listesine alınması daha adil ve kapsayıcı bir çözüm oluşturur.

B. İş Kazası

İş kazası SSGSSK m.13/1’de tanımlanmaktadır. Buna göre “İş kazası; a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.” Yasa anlamında iş kazasının unsurları, kazaya uğrayanın 5510 sayılı kanun anlamında sigortalı sayılması, sigortalının kazaya uğraması, sigortalının kaza sonucu bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması ve kaza ile sigortalının uğradığı zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır²⁴.

Bir kazanın sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası sayılması ve sigortalıların sigorta yardımlarına hak kazanmaları için kaza ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir²⁵. Buna karşılık, işverenin tazminat sorumluluğunu doğuran iş kazasından farklı olarak, (SSGSSK m.13/1’de iş kazası sayılan hallerden b bendi dışında) kazanın yapılan işle uygun illiyet bağı içerisinde olması aranmaz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “Yasanın iş kazasını sigortalıyı zarara uğratan olay biçiminde nitelendirmiş olması illiyet (nedensellik) bağı iş kazasının bir unsuru olarak ele almayı gerektirmiştir. Ne var ki, burada aranan ‘uygun illiyet (nedensellik) bağı’ olup, bu da yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi olarak anlaşılmalı, yasada olmadığı halde, herhangi başkaca kısıtlayıcı bir koşulun varlığı aranmamalıdır. Kısacası; anılan yasal düzenleme, Sosyal Güvenlik Hukuku ilkeleri içinde değerlendirilmeli; maddede yer alan herhangi bir hale uygunluk varsa zararlandırıcı sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gidilmemelidir.”²⁶ Dolayısıyla m.13/1’de yer alan hallerden biri içerisinde kazaya uğrayan sigortalı, kaza yaptığı işle uygun illiyet bağı bulunmasa bile sosyal sigorta yardımlarına hak kazanacaktır. İş kazası kavramının yasada bu şekilde geniş düzenlenmesindeki amaç, sosyal güvenlik hakkının koruyucu kapsamının mümkün olduğunca tutulmasıdır²⁷.

SSGSSK’nın m.13’te yer alan karinelere içerisinde uğranılan kazanın, bir hastalık kapma şeklinde ortaya çıkmasını mümkündür. Kazaya uğrama, sigortalının bedensel ya da ruhsal zarara uğramasını veya ölmesini ifade eder. Zararın dışsal bir etkiden kaynaklanması ve aniden veya kısa bir süre içerisinde gerçekleşmesi gerekir²⁸. Meslek hastalığından farklı olarak, sigortalının işten kaynaklanan tekrarlanan nedenlere dayanmayan bir bulaşıcı hastalığa işi nedeniyle yakalanması iş kazası olarak nitelendirilir²⁹. Örneğin Fransız hukukunda sigortalının işveren tarafından zorunlu olarak uygulanan Hepatit C aşısı sebebiyle MS (Multipl Skleroz) hastalığına yakalanması, HIV ile kontamine bir iğnenin sigortalının eline batması, görevi gereği Afrika’ya giden sigortalının sivrisinek sokması sebebiyle sıtma atağı geçirmesi iş kazası sayılmıştır³⁰. Yargıtay da, sigortalının işyerinde tetanos mikrobu olarak ölmesini³¹ ve bir tarım işçisinin çalışırken kene ısırması sebebiyle Kırım Kongo

²⁴GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.358-377; SÖZER, s.310-333; AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s.42-43.

²⁵GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.375-377; SÖZER, s.332-333; AKIN, s.39; SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.422-424; SERATLI, Gaye Burcu: İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin yayınları, Ankara 2003, s.33.

²⁶Yarg. HGK. 14.10.2009, 21-400/432 (www.turkhukuk sitesi.com). Yargıtay’ın işle uygun illiyet bağı içinde olmamakla beraber yasada yer alan karinelere gerçekleşen, öldürme olayların, silahlı ve bombalı saldırıda, trafik ve uçak kazasındaki ölümleri iş kazası olarak değerlendirmiştir, ERDOĞAN, Çağla: İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Ceza Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s.64-65, dn. 152-157.

²⁷SÜZEK, s.424; ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2014, s.513; İş kazasının belirlenmesinde sigortalının işverenin otoritesi altında olup olmadığını önem taşıdığı yönünde bkz. TUNCA/YEKMEKÇİ, s.394-397.

²⁸GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.374-375.

²⁹SÖZER, Ali Nazım: “Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2014, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.458.

³⁰Söz konusu Fransız Yargıtayı kararları sırasıyla, Cass. soc., 2 avr. 2003, no 00-21.768, Cass. 2e civ., 17 déc. 2009, no 08-21.598Cass. soc., 17 Jan 1991, no 89-13.703 aktaran FRANGIÉ-MOUKANAS, Joumana – POTIER, Corinne: Coronavirus : un risque professionnel ?, Semaine Sociale Lamy, No. 1909, 25.5.2020. (https://www.lamyline.fr), s.3-4/7.

³¹Yarg. 10. HD. 4.6.1974, 3244/3890, aktaran ŞAHİN EMİR, s.568.

kanamalı ateşi hastalığına yakalanarak ölmesini iş kazası saymıştır³². Söz konusu örneklerde, aşılama, iğne batması, kene ısırması gibi hastalığın sebebinin oluşturan olgunun kesin olarak tespit edilmesi, olayın iş kazası olduğunun belirlenmesinde şüpheye yer bırakmamaktadır. Ancak Covid-19 ve solunum yoluyla bulaşan diğer hastalıklar bakımından hastalığın 13. maddede yer alan karineler içerisinde kapıldığının tespiti güçlükler barındırmaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, daha önce bir sigortalının solunum yoluyla bulaşan bir hastalık olan H1N1 (domuz gribi) hastalığına yakalanmasını sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası olarak değerlendirmiştir: “Somut olayda, tır şoförü olan davacı murisinin 26.11.2009 tarihinde davalı işveren tarafından Ukrayna’ya sefere gönderildiği, 11.12.2009 tarihinde Türkiye’ye giriş yaptığı, Adli Tıp Kurumu raporunda, H1N1 virüsünün kuluçka süresinin 1-4 gün arasında değiştiği, murisin 13.12.2009 tarihli hastaneye başvurusunda belirttiği şikayetlerin hastalığın başlangıç belirtileri olduğu taktirde hastalığın bulaşmasının bu tarihten 1-4 gün öncesinde gerçekleşmiş olacağı bildirildiği, buna göre davacı murisinin, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna’ya yapılan sefer sırasında bulaştığı yukarıda belirtilen rapor kapsamında anlaşıl原因 H1N1 virüsüne bağlı olarak, daha sonra meydana gelen ölümünün iş kazası olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır.”³³ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin kararındaki temel husus, H1N1 virüsünün kuluçka süresinin 1-4 gün olmasıdır. H1N1 virüsünün kuluçka süresinin kısa olmasıyla, muris işçinin söz konusu virüsü, işi nedeniyle seferde olduğu dönemde kapıldığı açıkça ortaya konmuştur. Bu noktadan hareket eden Yüksek Mahkeme, işçinin işi nedeniyle seferde olduğu sırada virüsü almasını, iş nedeniyle uğranılan kaza olarak nitelendirmiş ve iş kazası tespitini 5510 sayılı Kanunun 13/1-b bendine göre yapmıştır.

Covid-19’un kuluçka süresinin H1N1 virüsüne göre daha uzun olduğu, genellikle 5-6 gün olmakla beraber, 2-14 gün arasında değiştiği bilinmektedir³⁴. 5510 sayılı Kanunun 13/1-(a), (b) veya (c) bendinde yer alan karineler uyarınca iş kazası tespiti yapılabilmesi için, sigortalının virüsü işyerinde, yürüttüğü iş nedeniyle veya gönderildiği yerde kapıldığının ispat edilmesi gerekir, ancak bunun ispatı kuluçka süresinin daha uzun olması sebebiyle daha güç olacaktır³⁵. Ne var ki, Covid-19’un yasa da yer alan karineler içerisinde kapıldığının ispat edilebileceği haller de söz konusu olabilir; örneğin, tır şoförlerinin veya gemiadamlarının 14 günden uzun süren seferlerde hastalanmaları veya sigortalının 14 gün ve daha uzun süren bir iş seyahati sırasında hastalanması gibi hallerde ispat sorun oluşturmayacaktır. Sigortalının işyerinde veya işverenin hanesinde yatılı olarak kaldığı durumlarda ispat gücünün yoktur. Ayrıca, işverenin tazminat sorumluluğu incelenirken aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, sigortalının çalışma arkadaşları veya müşteriler arasında Covid-19 hastalığı kapılarının bulunması veya işi gereği çok sayıda üçüncü kişiyle muhatap olan sigortalının (markette kasiyer, kurye gibi) kendi sosyal çevresinde hiç pozitif vaka bulunmaması gibi hallerde, hastalığın yasadaki karinelere uygun olarak işyerinde veya işle ilgili olarak bulaştığı ve dolayısıyla iş kazası oluşturduğu sonucuna varılabilir.³⁶

C. Hastalık

SSGSSK m.15’e göre: “4. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar, hastalık halidir.” Dolayısıyla rahatsızlığın yasa anlamında hastalık niteliği taşıması ve hastalık sigortasından sağlanan edimlere hak kazandırabilmesi için iş kazası veya meslek hastalığı niteliği taşımaması gerekir. Hastalık sigortasından sigortaya sağlanan tek edim, geçici iş göremezlik ödeneğidir. Hastalığın tedavisi için sağlanacak sağlık hizmetleri genel sağlık sigortası kapsamında sunulur³⁷.

Sigortalının Covid-19’a maruz kalarak hastalanması, yukarıda ele alındığı üzere yasanın 13. maddesinde yer alan karinelere uygun olarak gerçekleşmiş olabileceği gibi, sigortalının özel yaşamından da kaynaklanmış olabilir. Yasanın 13. maddesindeki koşulların var olmadığı halde sigortalı, hastalık sigortasından yararlanarak iş göremezliğinin üçüncü gününden itibaren geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilir. Öte yandan Sosyal Güvenlik Kurumu, Covid-19 hastalığının,

³² Yarg. 21. HD. 13.05.2014, 6372/10626, www.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 7.7.2020.

³³ Yarg. 21. HD. 15.04.2019, 2018/5018, 2019/2931, www.calismatoplum.org, Erişim Tarihi: 10.7.2020.

³⁴ T.C. Sağlık Bakanlığı, “COVID-19 Bilgilendirme Sayfası”, <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/sss/halka-yonelik.html>, 2.1.2021. WHO: “Transmission of SARS-CoV-2: implications for infection prevention precautions Scientific Brief”, <https://www.who.int/news-room/commentaries/detail/transmission-of-sars-cov-2-implications-for-infection-prevention-precautions>, Erişim Tarihi: 2.1.2021.

³⁵ AKIN, Covid-19, s.24.

³⁶ ŞAHİN EMİR, s.577-579; ARSLAN DURMUŞ, Seda: “COVID-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 2020, s.377.

³⁷ SÖZER, s.223-224; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s.440.

SSGSSK anlamında “hastalık” olarak işlem görmesine yönelik bir genelge yayımlamıştır. 2020/12 sayılı genelgeye göre: “Covid-19 virüsünün bulaşıcı bir hastalık olduğu dikkate alındığında, söz konusu salgına maruz kalan ve sağlık hizmet sunucularına müracaat eden sigortalılara hastalık kapsamında provizyon alınması gerekmektedir.”³⁸ Yukarıda açıklandığı üzere sigortalının Covid-19 hastalığına maruz kalması yasanın 13. maddesinde yer alan karinelere uygun olarak gerçekleşmişse, hastalık iş kazası olarak değerlendirilmelidir³⁹. Dolayısıyla, bu ayrıma gidilmeksizin Covid-19’a yakalanan hastaların tamamına hastalık sigortasının uygulanması ve bunun sonucunda iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından sağlanan edimlerden yararlandırılmamalarına ilişkin genelge yasaya aykırıdır. Sigortalının Covid-19 hastalığına ne şekilde yakalandığının tespitindeki güçlük ve bu hastalığın bir salgın olması sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlandırılmamalarının gerekçesini oluşturamaz. Kaldı ki, yukarıda ifade edildiği üzere, sigortalının hastalığa maruziyetinin yasanın 13. maddesinde yer alan karineler içerisinde gerçekleştiğinin ispatlanabileceği pek çok hal vardır. Yasanın 15. maddesinde yer alan tanıma uygun olarak, iş kazası ve meslek hastalığı olarak nitelendirilemeyecek koşullarda Covid-19 hastalığına yakalananlar bakımından hastalık sigortası hükümleri uygulanmalıdır.

Sigortalı hastalık sonucunda malul olmuşsa, uzun vadeli sigorta kollarından maluliyet aylığı bağlanabilir. SSGSSK m.25/1’e göre malul sayılmak için çalışma gücünün en az %60 oranında yitirilmiş olması gerekir. Burada, çalışma gücü kaybının sebebi sınırlandırılmış değildir; iş göremezlik herhangi bir nedenle ortaya çıkabilir.

D. Değerlendirme

Sosyal güvenlik uygulamasında Covid-19 hastalığının, iş kazası veya meslek hastalığı olarak işlem görmesi ile hastalık olarak işlem görmesinde hem edimlerden yararlanma koşulları hem de sunulan edimler bakımından farklılıklar vardır.

Hastalık sigortasından sağlanan tek edim, geçici iş göremezlik ödeneğidir. Hastalık sigortasında geçici işgöremezlik ödeneği, işgöremezliğin üçüncü gününden itibaren bağlanır; yani iş göremezliğin iki günden fazla sürmesi gerekir (m.18/1-b). İş kazası ve meslek hastalığından geçici iş göremezlik ödeneği ilk günden itibaren ödenir (m.18/1-a). Ayrıca geçici iş göremezlik ödeneğinden yararlanabilmek için, sigortalı adına iş göremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde en az doksan gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olması gerekir (m.18/1-b). İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından ödenen gelir ve ödenekler bakımından bu tür bir koşul bulunmamaktadır. İlk bakışta, Covid-19 hastalığının değerlendirilmesindeki farklılık sadece iki günlük geçici iş göremezlik ödeneği farkı ve edimlerden yararlanmaktaki prim koşulları olarak görülebilirse de, esas farklılık sigortalının sürekli iş göremezliğe uğraması veya ölümü halinde ortaya çıkmaktadır.

Hastalık sigortasında sürekli iş göremezlik geliri ve işçinin ölümü halinde geride kalanlara gelir bağlanması söz konusu değildir. Buna karşılık iş kazası ve meslek hastalığı sigortasında, en az %10 oranında meslekte kazanma gücü kaybı yaşayan sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlanır ve sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine ölüm geliri bağlanır (m.19-20). Dolayısıyla sürekli iş göremezlik ve ölüm halinde, gerçekte iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirilebilecek bir vakanın hastalık olarak işlem görmesinde ciddi bir hak kaybı ortaya çıkmaktadır.

ILO Uzmanlar Komitesi’ne göre, kişi yaptığı işle bağlantılı olarak Covid-19 hastalığına yakalanmışsa, bunun işle bağlantılı bir zarar (*employment injury*), yani duruma göre iş kazası veya meslek hastalığı olarak tanınması gerekmektedir. Kişinin işinin gereği olarak iş arkadaşlarıyla veya halkla yakın temasta bulunması halinde de aynı sonuca varılmalıdır. Bunun sonucunda, çalışanlar sağlık yardımlarından ve iş göremezliklerine bağlı olarak ilgili yardımlardan yararlandırılmalıdırlar.⁴⁰

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Meclisi’nin sendikaların ve odaların rapor ve tespitleri ile basına yansıyan ve işyerlerinden ulaşan bilgilere göre yayımladığı raporda 2020 yılında, en az Covid-19 nedeniyle 741 çalışan (işçi, memur, bağımsız çalışan dahil) Covid-19 sebebiyle hayatını kaybettiği belirtilmektedir.⁴¹ Türk Tabipler Birliği’ne göre 2020 yılında Covid-19 sebebiyle 320 sağlık çalışanı

³⁸ SGK Başkanlığı Emeklilik Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 2020/12 No’lu Genelgesi. Danıştay 10. Dairesi, 29.9.2020 tarihli kararıyla genelgeye karşı açılan davada yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir (Esas No. 2020/3420).

³⁹ ŞAHİN EMİR, s.586; YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı”, 19(38), s.47

⁴⁰ ILO CEACR: “Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the International Labour Organization concerning social security measures taken at national level in response to the COVID-19 pandemic”, 91st Session Geneva 25 November–12 December 2020, s.10. <https://rm.coe.int/ceacr-2020-report-covid-19-eng/1680a19042>. Erişim Tarihi: 14.5.2021.

⁴¹ İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Meclisi: “2020 İş Cinayetleri Raporu”, http://www.isigmeclisi.org/site_icerik/2021/1ocak/1rapor.pdf, Erişim Tarihi: 15.1.2021.

yaşamını yitirmiştir.⁴² Kanımızca, salgın sürecinde aktif olarak (evde çalışma, ücretli veya ücretsiz izin gibi uygulamalara gidilmeksizin) işyerlerinde çalışmaya devam eden sigortalıların sigortalının hastalığı işyerinde veya işle ilgili süreçlerde kapıldığına dair bir kanaatin olduğu hallerde bunun kesin ispatı aranmaksızın, SSGSSK'nın 13. maddesinin sosyal güvenlik korumasını genişletmeyi amaçlayan düzenlemesine uygun olarak sigortalı, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan edimlerden yararlandırılmalıdır. Örneğin, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, market kasiyerleri, kargo çalışanları gibi kişiler çok sayıda üçüncü kişiyle temas halindedir. Bu kişilerin filyasyon raporlarında kendi sosyal çevrelerinden kimse yoksa, hastalığa işleriyle bağlantılı olarak yakalanmaları yüksek bir olasılıktır. Bu tür bir yorum ILO Uzmanlar Komitesi'nin yukarıda anılan görüşüyle de uyumludur. Sigortalının işyerinde intiharının veya üçüncü kişi tarafından kasten öldürülmesinin dahi iş kazası olarak nitelendirildiği bu sistemde⁴³, salgın süresince çalışmaya devam eden sigortalıların iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanmasına yönelik bir yoruma gitmek kanunun amacına ve ruhuna uygun olacaktır. Sağlık çalışanları bakımından, yukarıda da ifade edildiği üzere hastalığın meslek hastalıkları listesine alınması makul bir çözüm sunabilecektir.

III. İŞÇİLERİN TAZMİNAT TALEP HAKLARI: İŞVERENİN KUSURUNUN BELİRLENMESİ VE UYGUN İLLİYET BAĞININ KURULMASI

İşverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranışı sonucunda işçinin hastalık veya kazaya uğraması ya da ölümü halinde maddi zararın SGK tarafından karşılanmayan kısmı ve manevi zararın tazmini için işverene başvurulması gerekir⁴⁴. Kaza veya hastalığa uğrayan işçi hayattaysa, maddi ve manevi tazminat hakkı kendisine aittir. Maddi zarar olarak tazmin edilecek unsurlar TBK m.54 uyarınca tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır. İşçinin ağır bedensel zarara uğraması halinde TBK m.56/2 uyarınca işçinin yakınları da manevi tazminat talebinde bulunabilir⁴⁵. İşçinin ölümü halinde işverenin, TBK m.53 uyarınca cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıpları karşılaması gerekir. TBK m.56/2 uyarınca ölen işçinin yakınları işverenden manevi tazminat talep edebilir⁴⁶. Covid-19 salgını bakımından da işçinin işverenin gerekli iş sağlığı ve önlemlerini almaması şeklinde ortaya çıkan kusurlu davranış sonucunda, yaptığı işle illiyet bağı içerisinde hastalanması halinde işverenin belirtilen çerçevede tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu kısımda söz konusu tazminatların hesap yöntemlerine yer verilmeyecek, işverenin tazminat sorumluluğunun ortaya çıkması için gerekli unsurlardan işverenin işçiyi gözetme borcundaki kusuru ile uygun illiyet bağı ve kesilmesi incelenecektir.

A. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunu Yerine Getirmekteki Kusuru

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından kaynaklanan tazminat sorumluluğunun esasının kusur sorumluluğu mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu öğretide uzun süre tartışılmıştır. Yargıtay, daha eski kararlarında kusursuz sorumluluk esasını benimserken, 2006 yılı ve sonrasında verdiği kararlarda, işverenin tazminat sorumluluğunu kusur esasına dayandırmıştır⁴⁷. İşverenin işçiyi gözetme borcundaki kusuru, alınması gereken sağlık ve güvenlik önlemlerini almayarak işçinin hastalanmasına veya kazaya uğramasına sebep olmak şeklinde ortaya çıkar. İşverenin kusurlu olup olmadığının belirlenmesi, gözetme borcu kapsamında alınması gereken sağlık ve güvenlik önlemlerinin kapsamının belirlenmesi ile mümkün olur.

⁴² Türk Tabipleri Birliği: <https://siyahkurdele.com>, Erişim Tarihi: 15.1.2021.

⁴³ İşyerinde intiharın iş kazası sayıldığı yönünde, Yarg. 10. HD 29.3.1979 8413/2759, YKD, Ağustos 1979, s.1167-1169. Sigortalının işyerinde öldürülmesinin iş kazası sayıldığı yönünde, Yarg. 10. HD. 4.2.1980, 1979/6497, 1980/624, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 15.7.2020.

⁴⁴ AKIN, Covid-19, s.26.

⁴⁵ 818 sayılı Borçlar Kanunu zarar görenin hayatta bulunması durumunda yakınlarına manevi tazminat hakkı tanımamakla beraber, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, bazı kararlarında işçinin bedensel zararı ağır olmasa dahi yakınlarının çektiği üzüntüyü dikkate alarak işçinin yakınları için manevi tazminat takdir etmekteydi. Örneğin, 21. Hukuk Dairesi'nin 15.1.2002 tarih ve 9272/371 sayılı kararda, işgöremezlik oranı %13 olan bir işçinin yakınlarına, işçinin hayati tehlike geçirmiş olması dikkate alınarak manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle içtihatları bu gelişme de son bulmuştur. Yargıtay'ın eğilimi ve yakınların manevi tazminat talebinde ağır bedensel zarar şartının kaldırılması gerektiği yönündeki görüş bkz. BAYCIK, Gaye: "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s.152-154; Covid-19 salgını bakımından, işçi hastalık sebebiyle ağır bedensel zarara uğramasa dahi, hayati tehlike atlatması halinde 6098 sayılı TBK'daki açık hüküm gereği yakınların manevi tazminat talep etmesi mümkün olmayacaktır.

⁴⁶ SÜZEK, s.437-444.

⁴⁷ SÜZEK, s.413-417; ÇELİK/CANIKLIÖĞLU/CANBOLAT, s.419-420; BAYCIK, s.131-132.

İşverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin işyerinde ve işle ilgili süreçlerde sağlık ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü getirir. Söz konusu borcun yasal dayanağı TBK m.417/2 ve İSGK m.4'te bulunabilir. TBK m.417/2'ye göre işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmaya yükümlüdür. İSGK m.4/1 uyarınca “İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.” İşverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yönündeki yükümlülüğü işçileri işyerinde ve işyeri dışında Covid-19'a karşı korumak üzere alınabilecek önlemlerin alınmasını zorunlu kılar. Covid-19'un daha önce bilinmeyen ve yeni ortaya çıkmış olan bir hastalık olması işverenin önlem alma yükümlülüğünü değiştirmez, zira İSGK m.4/1-a'da işverenin sağlık ve güvenlik tedbirlerini değişen şartlara uygun hale getirme yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. İşveren, Covid-19 salgını döneminde mal ve hizmet üretimine devam edecekse, İSGK m.4 uyarınca alınabilecek her türlü önlemi almak zorundadır. İşveren işçilerin Covid-19 hastalığına yakalanma riskini işyeri düzeyinde bilimsel gelişmeler çerçevesinde alınması gereken önlemleri alarak bertaraf etmek durumundadır⁴⁸.

İşverenin, işyerinde Covid-19'a karşı bilimsel ve tıbbi gelişmelerin gerektirdiği en güncel önlemleri almanın yanında, İSGK'da yer alan diğer yükümlülüklerini yerine getirirken de salgını dikkate alması gerekmektedir. Bu bağlamda, öncelikle risk değerlendirmesinin yenilenmesi gerekmektedir. Zira, Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği m.12/2-f uyarınca işyeri dışından kaynaklanan ve işyerini etkileyebilecek yeni bir tehlikenin ortaya çıkması halinde risk değerlendirmesinin yenilenmesi zorunludur⁴⁹. İSGK m.17/1 uyarınca, işverenin değişen risklere göre iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini yenileme yükümlülüğü vardır; işverenin Covid-19 salgınının ortaya çıkmasıyla beraber oluşan yeni risk üzerine eğitimleri yenilemesi gerekir. Ayrıca, İSGK m.15 uyarınca yerine getirilen sağlık gözetimleri de salgın koşullarına uyarlanmalıdır⁵⁰.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamında alması gereken önlemlerin düzeyi ve neler olduğu, teknolojiye ve bilimdeki en son gelişmelere göre belirlenir. Dolayısıyla işverenin mevzuatta yer alması dahi gelişen bilim ve teknolojinin getirdiği önlemleri alma yükümlülüğü vardır⁵¹. İşverenin sadece mevzuatta yer alan önlemleri almasının gözetme borcunu tam olarak yerine getirdiği anlamına gelmeyeceği, yeni gelişmelerle ortaya çıkan önlemlerin alınmamasının gözetme borcu ihlali sonucu doğurabileceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir⁵². Covid-19'a ilişkin bilimsel araştırmaların hızla ilerlemesi karşısında işverenin söz konusu gelişmeleri takip etmesi, işçiyi gözetme borcunun tam olarak yerine getirmesi için büyük önem taşımaktadır. Bu dönemde, başta Sağlık Bakanlığı ve Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı olmak üzere ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının hazırladığı rehberlerin güncel olarak titizlikle takip edilmesi gerekir. Örneğin, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, “İşyerinde Yeni Tip Koronavirüse Karşı Alınması Gereken Önlemler” başlıklı bir belge yayımlamış ve çeşitli işyerleri için alınması gereken önlemlere dair kontrol listeleri oluşturmuştur⁵³. Sağlık Bakanlığı da sektörlere göre hem işçileri hem de müşterileri korumaya yönelik rehberler yayımlamıştır⁵⁴. Bu rehberlerde yer alan önlemlere uyulmaması, işçilerin Covid-19'a yakalanmaları

⁴⁸ AKIN, Covid-19, s.18.

⁴⁹ ARSLAN DURMUŞ, s.375.

⁵⁰ Sağlık gözetimi ve işyeri hekimlerinin rolüyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İZMİRLİOĞLU, Ayça: “İşverenin Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne COVID-19 Salgını Bağlamında Genel Bir Bakış”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 2020, s.455-483.

⁵¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, (İş Kazası) AÜHF Yayınları, Ankara 1974, s.41; SÜMER, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.106; SÜZEK, s.410-411; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s.418; AKIN, s.44; SERATLI, s.24.

⁵² Yarg. HGK. 16.6.2004, 21-365/369; Yarg. HGK. 16.10.1985, 10-197/82; Yarg. 10. HD. 9.11.1998 7518/7851 www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 4.7.2020.

⁵³ T.C. AÇSŞB İSGÜM: “İşyerinde Yeni Tip Koronavirüse Karşı Alınması Gereken Önlemler”, https://ailevecalisma.gov.tr/media/43190/covid-19_isyerinde_alinmasi_gereken_onlemler_2_19042020_2337.pdf, Erişim Tarihi: 4.7.2020; Ayrıca işyerlerine göre oluşturulmuş kontrol listelerine <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19> adresinden ulaşılabilir.

⁵⁴ T.C. Sağlık Bakanlığı: “Covid-19 Salgın Yönetimi ve Çalışma Rehberi Bilimsel Danışma Kurulu Çalışması (25.6.2020)”, <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/depo/toplumda-salgin-yonetimi/salgin-yonetimi-ve-calisma>

halinde işverene kusur olarak atfedilebilir. İşveren kamu kurum ve kuruluşlarının uyarı ve tavsiyelerinin yanında, Covid-19 hastalığıyla mücadeledeki bilimsel ve teknolojik gelişmeleri takip etmek zorundadır. İşveren, somut olarak tıp ve mühendislik alanlarındaki meslek örgütlerinin uyarılarını, Dünya Sağlık Örgütü'nün ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) tavsiyelerini takip etmelidir. Somut bir örnek ile açıklamak gerekirse, Çin'de Covid-19 hastalığının havada, havalandırma ve klimalar aracılığıyla daha uzağa yayılabildiği tespit edilmiştir⁵⁵. TMMOB Makine Mühendisleri Odası, havalandırma ve klima sistemlerinin virüsün yayılmasındaki etkileri ve bunun için alınabilecek önlemleri içeren açıklamalar yapmıştır⁵⁶. Yapılan öneriler arasında, işyerlerinde iç mekan havası veya karışım havayla çalışan klima ve havalandırma cihazlarının çalıştırılmaması, bu cihazlara takılması gereken filtre türlerinin neler olduğu bulunmaktadır. Bu tür uyarıların varlığına ve kolayca erişilebilir olmasına rağmen, işverenin risk faktörü olan mevcut havalandırma sistemini değişiklik yapmaksızın kullanması sebebiyle işçilerin hastalanmaları durumunda işveren kusurlu olacaktır.

İşverenin işçiyi gözetme borcu bağlamındaki kusuru, objektif bir ölçüte göre belirlenecektir. Buna göre işverenden gözetme borcunu yerine getirirken, dürüst, makul, dikkatli ve sorumluluk duygusu taşıyan bir işverenin göstereceği özeni göstermesi beklenir. Dolayısıyla işverenin kişisel bilgi, tecrübe, mali durumu gibi nitelikleri göz önünde bulundurulmaz. İşveren, özellikle bu yeni gelişen önlemleri takip etmenin özel bir bilimsel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğini veya benzer işyerlerinde de önlemlerin alınmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁵⁷. Covid-19 bakımından alınması gereken önlemler bağlamında, yukarıdaki havalandırma örneğinden devam edilecek olursa, işveren havalandırmanın yarattığı riskleri bilmediğini, bu risklere karşı alınması gereken önlemlerle ilgili bilgilerin kendi anlamayacağı teknik bilgiler olduğunu, alınması gereken önlemler arasında önerilen HEPA filtrelili havalandırma cihazlarını satın almaya ekonomik gücünün yetmediğini veya diğer işyerlerinde de mevcut havalandırma cihazlarının kullanılmaya devam edildiğini ileri süremeyecektir.

Sonuç olarak, işverenin mevzuatta yer alan veya mevzuatta yer almamakla beraber bilimsel ve teknolojik gelişmeler sayesinde ortaya çıkan önlemleri almaması işverenin işçiyi gözetme borcunu yerine getirirken kusurlu davrandığı anlamına gelecektir. Covid-19 bakımından işverenin kusurlu davranışları, hastalık riskini azaltmaya uygun maske, siperlik, önlük gibi kişisel koruyucu donanımın işçilere sağlanmaması, kişisel koruyucu donanımın gerekli kalitede olmaması veya yeterli sayıda verilmemesi, işyerinde sosyal mesafe kurallarına uygun bir ortamın sağlanmaması, işyerinde hijyen kurallarına uygun bir ortamın olmaması, havalandırmanın sağlanmaması, Covid-19 önlemleriyle ilgili gerekli bilgilendirme ve eğitimin yapılmaması, işçilerin önlemlere uyup uymadığının denetlenmemesi gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Covid-19'a karşı alınacak önlemlerin türlerinin ve düzeyinin belirlenmesinde, hastalığın önlenmesine yönelik bilimsel gelişmelerin ve önerilerin takip edilmesi özel önem arz eder ve bunun yapılmaması işverene kusur olarak atfedilebilir.

B. İşverenin Kusurlu Davranış İle İşçinin Covid-19 Hastalığına Yakalanması Arasında Uygun İlliyet Bağının Varlığı

1. Uygun İlliyet Bağının Kurulması ve Filyasyonun Etkisi

İşverenin iş kazası bakımından tazminat sorumluluğunun bulunması için iki türlü illiyet bağı aranır. Öncelikle, kaza veya meslek hastalığı ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Örneğin, işçinin iş kazası sebebiyle hastanede tedavi görmekteyken çıkan bir yangın sebebiyle hayatını kaybetmesi durumunda artık ölüm olayı ile iş kazası arasında uygun illiyet bağı kopmuştur. Aynı şekilde hastanede Covid-19 tedavisi gören işçinin, hayatını bir yangın veya depremde kaybetmesi durumunda Covid-19 hastalığı ile ölüm olayı arasında uygun illiyet bağı yoktur. Kaza ve zarar arasında aranan bu ilk illiyet bağı, kazanın sosyal güvenlik hukuku anlamında iş kazası sayılması ve işçiye veya

rehberi/COVID-19_SALGIN_YONETIMI_VE_CALISMA_REHBERI.pdf, Erişim Tarihi: 4.7.2020. Alınabilecek önlemlerle ilgili somut örnekler için ayrıca bkz. ATEŞ, Zehra Gizem: "Covid-19'un İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Alması Gereken Önlemlere Etkisi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, 19(38), s.161-179.

⁵⁵ LU, J./GU, J./LI K. ve diğerleri: COVID-19 Outbreak Associated with Air Conditioning in Restaurant, Guangzhou, China, 2020, Emerging Infectious Diseases, 2020, 26(7), s.1639.

⁵⁶ Makina Mühendisleri Odası: "Coronavirüs ve Salgın Hastalıkların Hvac Sistemleriyle İlişkisi" : <https://www.mmo.org.tr/merkez/duyuru/coronavirus-ve-salgin-hastaliklarin-hvac-sistemleriyle-iliskisi>. Erişim Tarihi: 4.7.2020; Makina Mühendisleri Odası, "AVM'ler, İşyerleri ve Toplu Bulunulan Mekânların Tesisatlarında Mutlaka Alınması Gereken Corona Virüs Önlemleri" <https://www.mmo.org.tr/merkez/basin-aciklamasi/avmler-isyerleri-ve-toplu-bulunulan-mekanlarin-tesisatlarinda-mutlaka>, Erişim Tarihi: 4.7.2020.

⁵⁷ SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Savai Kitabevi, Ankara 1985. s.244; SÜZEK, s.417-418; EREN, İş Kazası, s.92; SÜMER, s.214; ÖZDEMİR, s.68; SERATLI, s.60.

ölmüşse yakınlarının SSGSSK uyarınca yapılacak ödemelere hak kazanması için de gereklidir⁵⁸.

İşverenin iş kazasından sorumlu tutulabilmesi için aranacak ikinci tür illiyet bağı, kazanın işverenin yürüttüğü iş ile uygun illiyet bağı içinde bulunmasıdır⁵⁹. Bu illiyet bağı, işverenin sorumlu tutulduğu bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazasını, sosyal güvenlik hukuku anlamındaki iş kazasından ayıran unsurudur; zira yukarıda ele alındığı üzere SSGSSK m.13'te sayılan yer ve zamanlarda gerçekleşen iş kazasının yürütülen işle ilgili olması gerekmez⁶⁰. Dolayısıyla işçinin Covid-19 hastalığına yakalanmasının bireysel iş hukuku anlamında iş kazası sayılması ve işverenin tazminat sorumluluğunun doğması için, işçinin hastalığı işten kaynaklanan sebeplerle kapmış olması gerekir⁶¹. İşverenin iş kazasından sorumlu tutulabilmesi için olayın işyerinde meydana gelmesi yeterli olmayıp yapılan işle bağlantılı olarak ortaya çıkmış olması gerekir; dolayısıyla işyerinde gerçekleşen her kaza işverenin tazminat sorumluluğunu doğurmaz. Buna karşılık kazanın işyeri dışında gerçekleşmesi de işverenin sorumlu olmadığı anlamına gelmez; işyeri dışında ancak işin görülmesiyle bağlantılı olarak gerçekleşen iş kazasında işverenin tazminat sorumluluğu doğar⁶². Covid-19 bağlamında örneğin, işyerine ara dinlenmesinde dışarıdan gelen bir ziyaretçisiyle kurallara uymaksızın sarılıp öpüştüğü için hastalanan işçi bakımından işverenin tazminat sorumluluğu bulunmayacaktır. Öte yandan, bir kargo işçisinin işyeri dışında teslimat yaparken görüştüğü bir müşteriyle teması sebebiyle hastalanması halinde, işverenin maske sağlamamak veya eğitim vermemek gibi bir kusuru varsa tazminat sorumluluğu ortaya çıkabilecektir.

İşverenin Covid-19'a yakalanan işçilere karşı tazminat sorumluluğu teorik olarak yukarıdaki çerçevede özetlenebilecekse de hastalığın solunum yoluyla ve temasla kolay bulaşabilmesi, işçinin hastalığı işle bağlantılı olarak mı yoksa iş dışında mı kapıldığı belirlenmesini pratikte son derece güçleştirmektedir. Bu bağlamda filyasyon raporları uygun nedensellik bağının kurulmasında önemli bir dayanak noktası oluşturacaktır⁶³. Sağlık Bakanlığı'nın Bulaşıcı Hastalıklarla Mücadele Rehberi'nde yer alan tanıma göre filyasyon veya saha incelemesi hastalık kaynağın ve etkenin belirlenmesine yönelik çalışma yapılması ve/veya temaslılar dahil koruma ve kontrol önlemlerinin alınmasıdır⁶⁴. Filyasyonda amaç etkenin ve kaynağın erken dönemde saptanarak hastalığın yayılmasının önlenmesidir. Hastanın son iki günlük detaylı hikayesi alınır, hastanın bu süre içinde kimlerle ne kadar süre ve nerede görüştüğü sorgulanır. Aile bireyleri, yakınları, iş arkadaşları, komşuları, seyahat ettiği araçlarda ve sosyal hayatta temas kurduğu bireylerin bilgileri alınır. Filyasyon ekipleri bu kişileri ziyaret ederek hikayelerini alır ve gerektiğinde test uygular ve bunun sonucuna göre izlenecek tedavi veya izolasyon gibi uygulamalar belirlenir⁶⁵. Filyasyon raporlarının iş kazasında uygun illiyet bağına etkisi bakımından dikkate alınması gereken bir husus, hastalığın kuluçka süresi 2-14 gün arasında değişebilmekte olduğudur⁶⁶. Buna karşılık, filyasyon uygulamasında hastanın son iki gündür temaslı olduğu kişilere dair bir araştırma yapılmaktadır; dolayısıyla uygun illiyet bağına ilişkin değerlendirmelerde kanımızca filyasyon raporlarına mutlak bir etki tanımamak gerekir.

Covid-19 tanısı alan bir işçinin filyasyon raporunda çalışma arkadaşlarının bulunması durumunda hem söz konusu işçi hem de işyerinde çalışan diğer işçiler bakımından hastalık ve iş arasında uygun nedensellik bağının kurulduğu sonucuna varılabilecektir⁶⁷. Aynı işyerinde çalışan birden fazla işçinin hastalandığı durumda, işverenin işyerinde aldığı önlemlerin hastalığın işçiler arasında bulaşmasını engellemek için yetersiz olduğu açıktır. Bu halde hastalık ve iş arasında uygun illiyet bağı kurulabildiği ve işverenin de işçiyi gözetme borcunda kusurlu davranışları bulunduğu için işverenin işçilere karşı maddi ve manevi tazminat sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İşçinin filyasyon raporunda temaslı bulunduğu kişiler arasında çalışma arkadaşlarının bulunmaması halinde zarar ile iş arasındaki uygun nedensellik bağının kurulmasının büyük ölçüde

⁵⁸ ULUSAN, İlhan: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluğu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s.78-79; AKIN, s.46-47; SERATLI, s.35.

⁵⁹ SÜZEK, s.423; EREN, İş Kazası, s.11; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s.415-416; AKIN, s.47; ULUSAN, s.73.

⁶⁰ AKIN, Covid-19, s.27; ULUSAN, s.75; SERATLI, s.31.

⁶¹ AKIN, Covid-19, s.27; ARSLAN DURMUŞ, s.379.

⁶² SÜZEK, s.424; AKIN, s.47-48.

⁶³ AKIN, Covid-19, s.29.

⁶⁴ T.C. Sağlık Bakanlığı: "Bulaşıcı Hastalıklar ile Mücadele Rehberi" <https://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/27034,bulasici-hastaliklarek39189df2-1e9b-4866-8c87-919b02695fd5.pdf?0> Erişim Tarihi: 30.6.2020.

⁶⁵ T.C. Sağlık Bakanlığı: Filyasyon Nedir? Bilgilendirme Videosu (27.4.2020) <https://www.youtube.com/watch?v=zPw4ut5xT6g&feature=youtu.be>, Erişim Tarihi: 30.6.2020.

⁶⁶ <https://covid19bilgi.saglik.gov.tr/tr/sss/halka-yonelik.html>

⁶⁷ AKIN, Covid-19, s.29; Arslan Durmuş, s.382.

engellendiği ifade edilmektedir⁶⁸. Bu ihtimalde kanımızca uygun nedensellik bağının kesildiği sonucuna varılabilmesi, işçinin yaptığı işin ne olduğu ile yakından ilgilidir. Örneğin, işçilerin farklı odalarda çalıştığı bir büro işyerinde sadece tek bir kişinin testinin pozitif çıkması halinde işle hastalık arasında uygun illiyet bağı kurulması güçtür. Aynı sonuca çok sayıda işçinin çalıştığı işyerlerinde izole tek bir hastalık vakasının bulunması halinde de varılabilir. Öte yandan, hastalanan işçinin çalışma arkadaşları haricinde çok sayıda üçüncü kişiyle görüşmek durumunda kaldığı işlerde fiyasyon raporunun etkisi bakımından daha farklı bir değerlendirmeye gitmek gerekmektedir. Kasiyer, teknik servis işçisi veya kargo dağıtım işçisi gibi çok sayıda müşteriyle temas halinde olan işçiler bakımından, fiyasyon raporunda çalışma arkadaşlarıyla temasın bulunmadığının görülmesi, yapılan iş ile hastalık arasında illiyet bağının kurulamayacağı sonucuna varılması için yeterli olmamalıdır. Örneğin, bir markette kasiyer olarak çalışan işçi çok sayıda müşteri ile temas halindedir. Böyle bir durumda eğer işçi, hastalanan bir müşterinin fiyasyon raporundaki temaslı kişiler arasındaysa, işçi bakımından iş ve hastalık arasında uygun illiyet bağı kurulacaktır. Benzer bir sonuca kargo çalışanları için de varılabilir; bu işlerde çalışan işçilerin temaslı olduğu müşterilerin adres ve kimlik bilgileri bilinebildiğinden hasta olan bir müşteriyle temasın tespiti sağlandıysa çalışma arkadaşlarından kimse hasta olmasa bile iş ve hastalık arasında uygun illiyet bağı vardır. Öte yandan özellikle kasiyer işçi örneğinde, işçinin temaslı olduğu tüm müşterilerin tespiti mümkün olmayabilir. Bu durumda, işçinin sosyal çevresinde başka hastalanan kimse yoksa veya işçinin yakınları hastalansa bile bu kişilerin işçiden başka sosyal teması yoksa (işçinin 65 yaş üstü ebeveynleri, işçinin uzun süredir evden çıkmamış olan eşi gibi) işçinin hastalığı kendi sosyal yaşamında kapmadığı sonucuna varılacaktır. Buna karşılık, işçi iş hayatında çok sayıda müşteri ile temastadır; bu durumda özellikle işyerinde alınan önlemlerde eksiklikler varsa işçinin işi ve hastalık arasında uygun nedensellik bağının kurulduğu sonucuna varılmalıdır.

Covid-19 ve yapılan iş arasındaki uygun nedensellik bağının sağlık çalışanları bakımından özel olarak incelenmesi gerekir. Sağlık çalışanları işyerinde Covid-19 virüsünü alarak hastalandıklarında, hastalığın görülen iş veya işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma borcuna aykırı davranışıyla uygun illiyet bağı içerisinde olduğu sonucuna varılabilir⁶⁹. Bu kişilerin işyerinde hastalığa maruz kalma riskinin büyüklüğü uygun illiyet bağının kurulmasını kolaylaştırmaktadır. Uygun nedensellik bağının tespiti bağlamında, sağlık çalışanı kavramı; hekim, hemşire, hasta bakıcı, acil tıp teknisyeni, radyoloji teknisyeni, eczacı gibi kişilerin yanında temizlik işçisi, ambulans şoförü, hastanedeki danışma personeli gibi hastalık tanı ve tedavisinde doğrudan rol almamakla beraber işi gereği hastalarla temas eden tüm çalışanları kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Zira tüm bu çalışanlar, yaptıkları işin niteliği farklı da olsa, işleri gereği Covid-19 riskine maruz kalmaktadırlar ve hastalığın işleriyle olan illiyet bağı benzer şekilde ortaya çıkmaktadır. Sağlık çalışanları işverenin kusurlu davranışı sonucunda hastalandıklarında işverenin maddi ve manevi tazminat sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

2. Uygun İlliyet Bağının Kesilmesi

İş kazası ve işverenin yürüttüğü iş arasındaki uygun illiyet bağı kesildiği takdirde işverenin tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. İlliyet bağını kesen sebepler, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve mücbir sebeptir⁷⁰. Söz konusu sebeplerin Covid-19 salgını bakımından mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

İşçinin ağır kusurunun uygun illiyet bağını keserek işverenin tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırması için, işverenin kusurlu davranışının kazanın temel sebebi olması ve yapılan iş ve kaza arasındaki bağlantıyı geri plana atmış olması gerekir. İşçinin ağır kusuru davranışı kasten gerçekleştirilmesi zorunlu olmadığı gibi, bu davranışın %100 kusur düzeyinde olması da gerekmez⁷¹. Covid-19 hastalığına yakalanmak bakımından işçinin ağır kusuru işveren gerekli önlemleri aldığı, uyarılarda bulunduğu ve denetim yaptığı halde işçinin alınan önlemlere uymayarak hastalık kapması şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin, işçinin işini işyeri dışında gördüğü teknik servis, dağıtım gibi işlerde; işveren gerekli eğitimi vermiş, maske, eldiven, dezenfektan gibi malzeme ve kişisel koruyucu donanımı gerekli kalitede ve yeterli sayıda sağlamış, bunların kullanımının gerekliliği konusunda uyarılarda bulunmuş, hatta söz konusu malzemenin kullanılıp kullanılmadığını işyerine dönüşte işçinin elinde kalan malzeme sayısı ve miktarı üzerinden kontrol etmiş olabilir. Tüm bu önlemlere rağmen, çalışma sırasında maske ve eldiven kullanmayan ve denetimlerde işvereni yanıltmak için elindeki malzemeyi atarak yok eden işçi hastalanırsa bu hastalığı kapmakta ağır kusurlu olacaktır ve işverenin

⁶⁸ AKIN, Covid-19, s.29.

⁶⁹ AKIN, Covid-19, s.29.

⁷⁰ SÜZEK, s.425.

⁷¹ SÜZEK, s.426; EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, (İlliyet Bağı) AÜHF Yayınları, Ankara 1975, s.187.

tazminat sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

İşçinin olayda illiyet bağına kesecek düzeyde kusurunun bulunmaması halinde, işverenin tazminat sorumluluğu ortadan kalkmaz ancak tazminattan işçinin ortak kusuru oranında indirim yapılır⁷². İşçinin Covid-19'a yakalanması bakımından illiyet bağına kesecek düzeyde ağır kusurlu olmayıp ortak kusurlu olduğu hallerle daha sık karşılaşılabılır. İşverenin işyerinde ve işle ilgili tüm sağlık ve güvenlik önlemlerini alması yeterli olmayıp aynı zamanda bunlara uyulup uyulmadığını denetleme yükümlülüğü vardır⁷³. Yargıtay da işverenin sadece önlem almakla yetinemeyeceğini, bunlara uyulup uyulmadığını denetlemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir⁷⁴. İşveren söz konusu önlemlere uymayan işçilere disiplin yaptırımları uygulayabileceği gibi, İK m.25/II-1 gereği, haklı nedenle derhal fesih yetkisine dahi sahiptir. Dolayısıyla, Covid-19 bakımından da işveren sadece gerekli koruyucu malzemeyi sağlar ancak bunların kullanılıp kullanılmadığını denetlemese veya işyerine sosyal mesafe konusunda posterler asıp sosyal mesafe kurallarına uyulmamasına göz yumarsa, söz konusu kurallara uymayan işçilerin hastalanmaları durumunda işçilerin ortak kusurlu davranışı illiyet bağına kesmez ve işverenin tazminat sorumluluğu söz konusu olur.

Üçüncü kişinin tam veya ağır kusuru da iş kazasında illiyet bağına kesebilir⁷⁵. Bir işçinin Covid-19'a yakalanması bakımından üçüncü kişinin ağır kusurunun illiyet bağına kesmesi mümkün olabilir. Örneğin, Covid-19 tanısı almış bir kişinin tedavi olmamak için hastaneden kaçmaya çalışması sırasında, hastanın kendisini zapt etmeye çalışan hastabakıcının siperlik ve maskesini çıkarması gibi bir durumda üçüncü kişinin kusuru illiyet bağına kesecek ağırlıktadır. Üçüncü kişinin kusuru illiyet bağına kesecek düzeyde değilse, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağını öngören TBK m.61 gereği, işveren ve üçüncü kişi tazminatlardan müteselsilen sorumlu olacaktır. Burada işverenin sorumluluğu iş sözleşmesindeki işçiyi gözetme borcunun ihlaline dayanırken, üçüncü kişinin sorumluluğu haksız fiiline dayanmaktadır. Hastaneden kaçmaya çalışan Covid-19 tanısı almış kişinin kendisine engel olmak isteyen hastabakıcıya hastalık bulaştırması örneğinde, işveren hastabakıcıya gerekli kişisel koruyucu donanımı sağlamamışsa bu durumda hastanın davranışı illiyet bağına kesmez. Hem hasta hem de işveren, hastabakıcıya karşı müteselsilen sorumlu olurlar.

İş kazasının mücbir sebep sonucunda meydana gelmesi illiyet bağına keser⁷⁶. Mücbir sebebin yasal bir tanımı olmamakla beraber öğretide “*sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâlüne mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay*” olarak tanımlanmaktadır⁷⁷. Bu tanıma göre mücbir sebebin unsurları; bir olayın ortaya çıkması, olayın zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen harici bir olay olması, bir davranış normunun veya sözleşmeden doğan bir borcun ihlali, mücbir sebebin borca aykırılığın sebebini oluşturması, kaçınılmazlık ve doğurduğu sonuçların öngörülmez olmasıdır⁷⁸. Kanımızca Covid-19 salgınının işverenin hukuki sorumluluğuna yol açan bir iş kazası olup olmadığının belirlenmesi bakımından üzerinde durulması gereken husus salgının kaçınılmazlık niteliği taşıyıp taşımadığıdır. Kaçınılmazlık, “*teknik ve bilimin o andaki verilerine göre, mevcut her türlü tedbir alınsa, her türlü özen gösterilse bile, ihlâlin ve dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenmemesi*”ni ifade eder. Burada kaçınılmazlık, mutlak ve objektif olarak değerlendirilir ve borçlunun durumu dikkate alınmaz; yani işverenin ve işletmesinin özellikleri bir durumun mücbir sayılmasını etkilemez⁷⁹. Kaçınılmazlık unsurunun Covid-19 bakımından değerlendirilmesinde salgının seyri önem taşır. Covid-19 olarak adlandırılan yeni tip koronavirüs ilk olarak Çin’in Wuhan kentinde Aralık 2019’da görülmüş ve 31 Aralık 2019’da Çin tarafından Dünya Sağlık Örgütü’ne bildirilmiştir. Virüs 2020 yılının Ocak ayından itibaren dünyanın çeşitli ülkelerinde görülmeye başlanmış ve Türkiye’de ilk vaka 11 Mart 2020 günü tespit edilmiştir⁸⁰. Hastalık ilk ortaya çıktığında karşı konulamaz ve önlenemez nitelik taşımaktaysa da, zaman içerisinde koşullar değişmiştir. Hastalığın tedavisi bulunamamış olsa da bulaşmasını

⁷² SÜZEK, s.426; EREN, İlliyet Bağı, s.187.

⁷³ SÜZEK, s.891-892.

⁷⁴ Yarg. 10. HD. 31.10.1978, 2077/7689, www.kazanci.com.tr, Erişim Tarihi: 7.7.2020.

⁷⁵ SÜZEK, s.426.

⁷⁶ SÜZEK, s.426.

⁷⁷ EREN, İlliyet Bağı, s.175.

⁷⁸ EREN, İlliyet Bağı, s.176-183.

⁷⁹ EREN, İlliyet Bağı, s.181-183.

⁸⁰ BAĞ, Mustafa/SADE, Gizem: “Dünyada Covid-19: İlk 4 ayında neler yaşandı? Salgının seyri ne durumda?” (4.5.2020) <https://tr.euronews.com/2020/05/04/dunyada-covid-19-salg-n-n-ilk-100-gununde-yasananlar-ilk-nerede-ortaya-c-kt-nas-l-yay-ld,> Erişim Tarihi: 7.7.2020.

engellemeye yönelik çareler tespit edilmiş ve bu yöntemler kamuoyuyla paylaşılmıştır. Hastalığın ilk ortaya çıktığı zaman hukuk alanında yarattığı mücbir sebep etkisi, hastalık hakkında bilinenler ve buna bağlı olarak korunma yöntemlerine ilişkin bilgi arttıkça ortadan kalkmaktadır⁸¹. Bu görüşten hareketle, Covid-19 hastalığının Türkiye’de görülmesinden önceki seyri ve bu süreçte hastalıktan korunmakla ilgili öğrenilen bilgiler dikkate alındığında kanımızca Covid-19’un iş kazaları bakımından mücbir sebep olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Hastalığın Türkiye’ye ulaşmasına kadar geçen süreçte bulaşma ve hastalıktan korunma yollarına dair bilimsel bilgi gelişmiştir; dolayısıyla işverenin hastalık ülkede tespit edildiği andan itibaren işçiyi gözetme borcunu yerine getirmek için söz konusu yöntemleri uygulama imkânı vardır. İşverenin hastalığın mücbir sebep olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün olmamalıdır.

Son olarak eklenmelidir ki, Covid-19 salgını mücbir sebep teşkil edecek ağırlıkta mutlak bir kaçınılmazlık teşkil etmese de hastalığın hala tam olarak önlenememesi ve korunma önlemlerine rağmen bulaşma riskinin tamamen ortadan kaldırılamaması sebebiyle işçinin Covid-19 hastalığına yakalanmasında kaçınılmazlık payı olabilir. Yargıtay’a göre “Kaçınılmazlık, hukuksal ve teknik anlamda, fennen önlenmesi mümkün bulunmayan başka bir anlatımla, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçları ifade eder.” Yüksek mahkeme olayın tamamen kaçınılmazlık sonucunda meydana gelmesi halinde, tazminat hesabında tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alarak, tarafların kaçınılmazlığa yarı yarıya katlanması yerine işverene yarıdan biraz daha fazla sorumluluk yüklemektedir⁸². Yine işveren veya işçinin kusurunun yanında kaçınılmazlığın da etkisinin olduğu hallerde de işverene biraz daha fazla sorumluluk yüklenerek tarafların kusur oranı ve hakkaniyet dikkate alınarak zarar paylaşılır⁸³. Dolayısıyla işçinin, işiyle illiyet bağı içerisinde Covid-19 hastalığına yakalanması durumunda kaçınılmazlığın da rol oynaması halinde, Yargıtay’ın mevcut içtihadından hareketle tazminat hesabında kaçınılmazlık payının işverene daha fazla sorumluluk yüklenerek taraflar arasında paylaşılması beklenebilir.

VI. SONUÇ

Çalışanların Covid-19 hastalığına yakalanan sürekli işgöremez veya malul olmaları ya da yaşamlarını kaybetmeleri durumunda hastalığa hangi koşullarda maruz kaldığı ve hukuken nasıl nitelendiği, sigortalıların ve ölümleri halinde geride kalanların haklarını önemli ölçüde etkilemektedir. Hastalığın, yasa da yer alan koşullarda bulaşması halinde iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ne var ki, Covid-19’un bir salgın niteliğinde olması ve solunum yoluyla bulaşması ispat yönünden güçlükleri beraberinde getirmektedir. Söz konusu ispat güçlüğü, sigortalıların aleyhine sonuç verecek şekilde etki doğurmamalıdır. Sosyal sigortalar açısından, hastalığın niteliği belirlenirken sosyal devlet ilkesi ve SSGSSK’nin iş kazası bakımından sosyal koruma çerçevesini mümkün olduğunca genişleten ruhu dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, Sağlık Bakanlığı’nın 18.12.2020 tarihli yazısı çerçevesinde sağlık çalışanlarının Covid-19 hastalığına yakalanmalarının, meslek hastalığı olarak bildirimini kolaylaştıran düzenleme olumlu bir adımdır. Ancak, yazı, sağlık kuruluşlarında çalışan herkesi kapsamadığı gibi, hastalığın işle olan illiyet bağının kurulmasını güçleştirecek yönler içermektedir. Sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar açısından uygun çözüm, hastalığın meslek hastalıkları listesine alınması olacaktır. Diğer çalışanlar bakımından, yasa da yer alan koşullarda hastalığa maruz kalındığının tespiti halinde, hastalığın iş kazası olarak nitelendirilmesi hukuken mümkündür. Bu çalışanlar bakımından, hastalığın işyerinde veya işle ilgili süreçlerde bulaştığının mutlak bir biçimde ispatının aranması, yasanın koruyucu çerçevesini daraltacaktır. Bu nedenle, sigortalının hastalığa işyerinde yakalanmasının özel hayatında yakalanmasına nazaran daha olası olduğu hallerde, sigortalı ilgili edimlerden yararlandırılmalıdır. Bireysel iş ilişkisinde Covid-19’a yakalanan işçinin tazminat talebinin doğabilmesi için, işverenin işçinin hastalanmasında kusuru aranır. İşverenin gelişen bilim ve teknolojinin elverdiği önlemleri almaması işverene kusur olarak atfedilebilir. İşçinin hastalığa işiyle bağlantılı olarak yakalandığının tespitinde fiyasyon raporları etkili olacaktır; ancak bunlara mutlak bir değer verilemez. Covid-19’un

⁸¹ AKIN, Covid-19, s.32; ARSLAN DURMUŞ, s.382.

⁸² Yarg. 21. HD. 10.4.2017, 2016/115, 2017/2948, (www.kazanci.com.tr) . Örneğin söz konusu kararda “Yargıtay’ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir. Somut olayda iş kazasının gerçekleşmesinde % 100 oranında kaçınılmazlığın etkili olduğu tesbit edildiğine göre yukarıda söz edilen ilkeler göz önünde bulundurularak, özellikle nimet ve külfet dengesinin sağlanması açısından kaçınılmazlığın % 60’ı davalı işverene yüklenmek suretiyle davalı işverenin sorumluluğu belirlenmesi gerekirken, davalının kaçınılmazlığın %50’si oranında sorumluluğunu doğuracak şekilde ve olayda uygulanma ihtimali bulunmayan hakkaniyet indirimine yönelik hukuki düzenlemeye atıfla, davalı işverenin sorumluluğu hafifletilmek suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” ifadelerine yer verilmiştir.

⁸³ SÜZEK, s.418.

salgın niteliğinde olması da uygun illiyet bağıını kesecek nitelikte değildir. Gerekli önlemleri almaksızın çalıştırdığı işçilerin hastalığa yakalanmaları durumunda işverenin tazminat sorumluluğu doğabilir.

KAYNAKÇA

- AKIN, Levent: “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, Çimento İşveren Dergisi, 34(3), Mayıs 2020, s.16-71. (Covid-19)
- AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
- ARSLAN DURMUŞ, Seda: “COVID-19’un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 2020, s.363-393.
- ATEŞ, Zehra Gizem: “Covid-19’un İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Alması Gereken Önlemlere Etkisi”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı, 19(38), s.161-179.
- BAYCIK, Gaye: “Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu Düzenlemeler”, Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s.104-170.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- ERDOĞAN, Çağla: İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, AÜHF Yayınları, Ankara 1974. (İş Kazası)
- EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, AÜHF Yayınları, Ankara 1975. (İlliyet Bağı)
- FRANGIÉ-MOUKANAS, Joumana/POTIER, Corinne: Coronavirus : un risque professionnel ?, Semaine Sociale Lamy, No. 1909, 25.5.2020. (<https://www.lamyline.fr>)
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- İZMİRLİOĞLU, Ayça: “İşverenin Sağlık Gözetimi Sağlama Yükümlülüğüne COVID-19 Salgını Bağlamında Genel Bir Bakış”, İstanbul Hukuk Mecmuası, 78(2), 2020, s.455-483.
- LU, J./GU, J./LI K. ve diğerleri: COVID-19 Outbreak Associated with Air Conditioning in Restaurant, Guangzhou, China, 2020, Emerging Infectious Diseases, 2020, 26(7), s.1628-1631.
- NARTER, Sami/ŞİMŞEK, Cebail: “Sağlık Çalışanları İçin Covid-19 Hastalığı İş Kazası Veya Meslek Hastalığı Mıdır?”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, (16) 2020, s.139-170.
- ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık İstanbul 2014.
- SERATLI, Gaye Burcu: İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin yayınları, Ankara 2003.
- SÖZER, Ali Nazım: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2014, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s.535-585.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Savai Kitabevi, Ankara 1985. (İş Güvenliği)
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- ŞAHİN EMİR, Asiye: İşçinin Yakalandığı Bulaşıcı Hastalığın 5510 Sayılı Kanun Olup Olmadığının Değerlendirilmesi – Domuz Gribi (H1N1) ve Koronavirüs (Covid-19) Özelinde Bir Değerlendirme-, Legal İSGHD 17(66), s.547-592.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2019.
- ULUSAN, İlhan: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Sorumluluğu, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.
- YÜREKLİ, Sabahattin: “Çalışma Hayatında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Etkileri, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Covid-19 Hukuk Özel Sayısı”, 19(38), s.34-61.

ANONİM ŞİRKETLERİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABININ HUKUKİ SONUÇLARI

LEGAL CONSEQUENCES OF JOINT STOCK COMPANIES' ACQUISITION OF THEIR OWN SHARES

Murat Can ATAKAN*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.904845> 

Makale Bilgi

Gönderi: 29/03/2021
Kabul : 30/05/2021

Anahtar Kelimeler

*Kendi Payını İktisap,
Yönetim Hakkının
Donması,
Temsil Hakkının
Donması,
Malvarlıksal Hakkının
Donması,
Kaçış Klozu*

Article Info

Received: 29/03/2021
Accepted: 30/05/2021

Keywords

*Acquisition of Own
Shares,
Freezing of Management
Right,
Freezing of
Representation Right,
Freezing of Assets,
Escape Clause*

Özet

Pay sahipleri kural olarak kendi paylarını serbestçe devredebilse de devralacak kişinin anonim şirketin bizatihi kendisinin olması, birtakım sorunları ve sınırlamaları da beraberinde getirmektedir. Bir anonim şirketin kendi paylarını iktisabı, kanun koyucu tarafından istisnai olarak kabul edilmiş ve söz konusu iktisap hem sınırlamalara tabi tutulmuş hem de söz konusu payların -birtakım şartlar altında- elden çıkarılması zorunlu hale getirilmiştir. Şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin bu sınır ve şartlar, kanunda nispeten açıkça düzenlenmekle beraber, bunlara aykırılık durumunda işlemin ve iktisap edilen payların akıbetinin ne olacağı hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmamızda öncelikle şirketin kendi paylarını iktisabının koşulları ve paya bağlı hakların kullanılmaması genel olarak açıklanmış, ardından da kanuna uygun ve kanuna aykırı olarak iktisap edilen payların durumu ayrı ayrı izah edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda payların elden çıkarılması zorunluluğu gerek TTK md. 379 gerekse TTK md. 382 ve 383 hükümlerine uygun olarak iktisap edilen paylar bakımından incelenmiş, ardından da payların yok edilmesi (itfa) zorunluluğu değerlendirilmeye çalışılmıştır. Ayrıca TTK'nın 493.maddesinde düzenlenen "kaçış klozu" bağlamında, şirketin kendi paylarını iktisabı incelenmiş ve bu bağlamda şirketin birtakım sınırlamalarla bağlı olup olmadığı değerlendirilerek kendi kanaatlerimiz aktarılmaya çalışılmıştır. Son olarak şirketin kendi payını iktisap etmesi halinde, yedek akçe ayırma zorunluluğu ve iktisap edilen payların bilançodaki durumu değerlendirilmiş ve sonuç kısmında konuya ilişkin kanaatlerimiz yer verilmiştir.

Abstract

Shareholders could transfer their shares freely as a rule; however, some problems and restrictions come within where the transferee is company itself. The acquisition of its own shares by a joint stock company has been accepted as an exception by lawmaker, and that acquisition has been subject to percentage limitations and the transfer of this shares -under certain conditions- has been made obligatory. These limits and conditions are regulated comparatively clearly in the law; however, there is no such regulation on the outcome of the transaction of transfer and the acquired shares in case of violation of these rules. In our study, it is tried to be explained respectively the conditions of the company's acquisition of its shares and the incapacity to use the rights linked with shares, and then the status of the shares acquired both legal and illegal. In this context it is tried to be construed the obligation of transfer of the shares acquired in accordance with the articles of both TCC 382 and 383, and then the obligation to extinguish. Besides, the company's acquisition of its own shares examined within the context of the "escape clause" regulated in Article 493 of the TCC, and accordingly it is evaluated that whether the company was bound by certain restrictions in the light of the opinions in the comparative law and doctrine, and our opinions tried to be conveyed. Finally, it is evaluated the obligation to set aside reserve fund and the status of the acquired shares in the balance sheet in case the company acquires its own share, and our opinions on the subject were tried to be conveyed in the conclusion section.

EXTENDED SUMMARY

The acquisition of its own shares by joint stock companies has been accepted as an exception rule by lawmaker. Thus, lawmaker enacted important restrictions and rules to this important situation. Violation of these rules brought by the lawmaker brings important sanctions. The most important of these sanctions is the incapacity to use the rights linked to the share. Because the joint stock company will not have the capacity to use the rights arising from its own shares acquired, as long as the shares belong to the company. This situation will cause the freezing of the rights regarding the right to representation, the right to assets and the protective facilities as well as the rights regarding the management.

The acquisition of its own shares by the company will bring the obligation to transfer the shares. The reason why there is no obligation to transfer of shares is the purpose of these shares is not stated in law, as stated in the justification of the law within the scope of TCC 379. Although there is no obligation in this regard, in case the shares are transferred by the company, the transfer of the shares must be carried out in accordance with the principle of equal treatment and the prohibition of shareholders borrowing from the company. Otherwise, the decision of the board of directors must be regarded as void in accordance with the provisions of Article 391 of the TTK. Any acquisition carried out in accordance with the Article 379 of the TCC should not be considered as a transaction in compliance with the law and eliminating the responsibility. Because, during the execution of transactions, the board of directors has responsibilities within the framework of the Articles 369 and 553 of the TCC due to culpable transactions.

There is no obligation to transfer of shares that do not exceed 10% in terms of acquisitions realized within the framework of the Article 382 and 383 of the TCC; however, in case of end of force majeure the shares will have to be transferred as stated in the justification of Article 384 of the TCC. In this case, only the shares exceeding 10% will be transferred.

In cases where the shares are acquired contrary to law, there is an illegal transfer. In this regard the followings are illegal acquisition; absence of authorization of general board, arrearage of the price of share, covering the amount from free reserve funds or exceeding the 10% limit. Likewise, even though there is no imminent and serious risk of loss, it will be violation of the law for the board of directors to acquire the company shares and the transactions in question are invalid. As we mentioned in our study, what the invalidity will be here is controversial in the doctrine, but in our opinion, evaluating the transaction as "void" would be the ideal solution.

The first transaction to be made in the event that the joint stock company exceeds the 10% limit while acquiring its own shares, is the transfer of the share, but the shares not transferred within the scope of Article 384 and 385 TCC will be abated by reducing the capital. In this case, as stated by the legislator, the shares should be abated "immediately". While the capital of the company is reduced due to the extinguish of shares, the minimum capital amounts specified in the law should not be reduced. If such a situation is encountered, a capital increase will be made immediately after the extinguish and an increase will be provided up to the minimum amount of capital. If new shares will be issued in an amount to meet the reduced portion and the prices of these shares will be paid in full, there will be no need to change the articles of association.

In accordance with the Article 493/I of the TCC, a consensus could not be reached in the doctrine as to whether there will be a restriction if the company acquires its own shares by using the "escape clause". At this point, our opinion is that the 10% limit specified in Article 379 of the TCC is also applied in the escape clause. Because, advocating the contrary will bring along many problems, as we have emphasized in our study.

The joint stock company must also reserve an amount of reserve funds that meet the acquisition value. This matter is a necessity in accordance with the Article 520/1 of the TCC; however, this is the case only in cases where the company has actively acquired its own shares. The dividends will have to be refunded in accordance with the Article 512 of the TCC, if a dividend distribution is made without allocating the reserves in question.

Finally, in the event that the company acquires its own shares, there is no regulation in the Turkish Commercial Code regarding the requirement to show the acquired shares on the balance sheet. However, in accordance with the Article 74 of the TCC et al, since all matters regarding the company's assets will be transferred to the balance sheet, the acquired shares and the reserves allocated in return should be included in the liabilities part of the balance sheet.

I. GİRİŞ

Bir anonim şirketin payı kural olarak serbestçe devredilebilmektedir; ancak devralacak kişi bakımından bir sınırlama söz konusudur. Bir anonim şirket kendi paylarına ancak kanunda belirtilen şartlara, sınırlara ve usule uygun olmak koşuluyla sahip olabilmektedir. TTK md. 379/1 düzenlemesiyle bir şirketin kendi paylarını¹ iktisabıyla ilgili oransal bir sınırlama getirilmiş ve esas veya çıkarılmış sermayenin onda birini aşan veya bir işlem sonrasında aşacak olan miktarda payı, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak kabul edemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bir başka deyişle anonim şirket, söz konusu sınırlar içinde, ortağı konumundaki pay sahibinden belirli bir bedel karşılığında paylarını satın alabilmektedir.

Şirketin kendi paylarını iktisabı genel kurulun vereceği yetkiyle yönetim kurulu tarafından gerçekleştirilebilir ve söz konusu yetki en fazla beş yıllık bir süre için verebilir. İktisap edilecek payların toplam itibari değerleriyle bu paylara ödenecek bedellerin limitleri de kararda gösterilmelidir. Ayrıca genel kurulun izin kararında öngörülen şartların gerçekleştiğinin de yönetim kurulu tarafından belirtilmesi gerekmektedir². Bahse konu satın alma işlemi bir devren kazanma biçimidir. Anonim şirkete ait payın, şirket tarafından aslen kazanılması ise, TTK md. 388 hükmü çerçevesinde kanun koyucu tarafından yasaklanmıştır³.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap edememesine ilişkin düzenlemelerin temelinde, sermayenin korunması ve yönetim kurulu ile genel kurul arasındaki yetki sınırlamaları yer almaktadır⁴. Ayrıca genel kurulun devredilemez görev ve yetkilerini korumak ve yönetim kurulunun şirketin pay sahipliği yapısına müdahale etmesini engellemek de hükmün amaçlarındandır⁵. Şirketin kendi paylarını iktisabının, şirketin malvarlığının zayıflamasına sebep olacağı da ileri sürülmektedir⁶. Bu durum hem ortaklık alacaklılarının haklarına hanel getirmekte hem de pay sahiplerinin sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemeyecekleri kuralını (TTK 480/3) ihlal etmektedir⁷.

Kısıtlamanın amaçlarından bir diğeri ise düşük miktarlarda paya sahip kişilerin, şirkette oluşan kontrol boşluğundan faydalanarak, yönetimi ele geçirmesinin engellenmesidir. Zira anonim şirketin kendi paylarını devralması, bahse konu paylara özgülenen oy haklarının kullanılmamasına ve dolayısıyla bu payların oy hesabında dikkate alınmamasına sebep olacaktır. Kullanılmayan oylar ise karar nisaplarını değiştirecek ve genel kurulda daha düşük oylarla kararlar alınabilecektir. Bu yolla düşük miktarda paya sahip bazı kişilerin anonim şirketi kontrol edebilmesinin de önü açılmış olacaktır⁸.

Halka açık bir anonim şirketin düşen hisse senetlerini satın alıp, yapay bir değer artışı meydana getirmesinin engellenmeye çalışılması da pay iktisabı kısıtlamalarının amaçlarından birisidir. Zira yönetim kurulunun, işlerin yolunda gitmediği dönemlerde şirketin parasıyla hisse senedi alıp, yatırımcıları zarara uğratması söz konusu olabilmektedir⁹. Bu durum özellikle borsada işlem gören şirketler bakımından bir yapay artışa sebep olacağı için, kanımızca manipülasyon kapsamında da değerlendirilebilecektir.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisabını engelleyen düzenlemelerin temelinde yatan bir diğer sebep ise, pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması ilkesidir. Kural olarak aynı şartlar altındaki pay sahiplerinin aynı işleme tabi tutulması gerekmektedir. Bu sayede hiçbir pay sahibi, diğer pay sahiplerinden daha kötü şartlar altında bir işleme tabi tutulamayacaktır¹⁰. Söz konusu ilke gereğince,

¹ Söz konusu kavram, anonim şirketin kendi sermayesinin bir bölümünü oluşturan ve anonim şirketin bizatihi kendisinin sahip olmadığı, üçüncü kişilerin elinde bulunan paylardır. ÇELİKTAŞ, İlyas: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, 1.Bası, Arıkan, Ankara 2006, s.31.

² PULAŞLI Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6.Bası, Adalet, Ankara 2020, § 27, N.3.

³ SEVİ, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 4.Bası, Seçkin, Ankara 2018, s.69. Anonim şirketin, bedeli tamamen ödenmiş olan kendi paylarını karşılıksız olarak devralmasıysa, herhangi bir kısıtlamaya tabi değildir. Bu durumun tek istisnası, elden çıkarma yükümlülüğüdür.

⁴ HÜFFER, Uwe: Aktiengesetz, 14.Bası, Beck 2020, § 71, N.1.

⁵ ÖZDAMAR, Mehmet: Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi (TTK md. 329), 1.Bası, Yetkin, Ankara 2005, s.217; TÜRK, Ahmet: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, 1.Bası, Adalet, Ankara 2016, s.293 vd; ÇAPA, Mehmet Sadık: Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2013, s.132.

⁶ FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, 1.Bası, Stämpfli 1996, § 50, N.131.

⁷ TEKİL, Fehiman: Anonim Şirketler Hukuku, 1.Bası, İstanbul 1993, s.277.

⁸ SEVİ, Pay Devri, s.74.

⁹ ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1982, s.267; BARTU, Nihat: “Anonim Şirketlerin Kendi Hisse Senetlerini Satın Almaları” İstanbul Barosu Dergisi, 8, 1947, s.348.

¹⁰ NOMER, Fusun: “Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi” in Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s.469; YILDIZ, Şükrü: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, 1.Bası, Seçkin, Ankara 2004, s.68 ve 47 dn.100’de yer alan yazarlar.

pay sahiplerinden bir ya da birkaçının payının, şirket tarafından iktisabı engellenecektir¹¹. Eşit işlem ilkesine aykırılık halinde, ilgili yönetim kurulu kararı batıl olacaktır¹². Devralmanın dayanağı olan yönetim kurulu kararının batıl olması ise -mülkiyetin devrinin illi bir işlem olup olmadığı yönündeki tartışmalara girmeksizin- kanun koyucunun TTK md. 357 ve md. 391 hükümleri ile ortaya koyduğu amaca da uygun şekilde, devir işleminin de geçersizliği sonucunu doğuracaktır¹³.

Aşağıdaki bölümde, anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabının hukuki sonuçları ayrı ayrı ele alınmış ve detaylıca incelenmeye çalışılmıştır.

II. PAYA BAĞLI HAKLARIN KULLANILAMAMASI

Anonim şirket, bedelsiz edinilen paylar haricinde, iktisap ettiği kendi paylarından doğan hakları kullanamayacaktır. Şirketin sahip olduğu kendi paylarından doğan pay sahipliği hakları ise TTK md. 389 hükmü gereğince, payların şirketin uhdesinde bulunduğu süre zarfında donacaktır¹⁴. Payın kanuna uygun veya aykırı olarak iktisap edilip edilmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Şirket herhangi bir şekilde kendi paylarını edinirse paya bağlı haklar donacak, söz konusu payların elden çıkarılması halindeyse, bu haklar tekrar canlanacaktır¹⁵. Bu yüzden anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin, kendi kendinin ortağı olacağı manasına gelmediğini, burada yalnızca payların “emanetçisi” konumunda bulunduğunu ifade eden yazarlar da mevcuttur¹⁶. Burada en önemli amaç, şirket organları arasındaki yetki paylaşımının korunmasıdır¹⁷.

Anonim şirketin TTK 382.maddede yer alan istisnalara dayanarak kendi paylarını iktisap etmesi durumunda, her ne kadar 379.maddede yer alan şartlardan muaf olsa da iktisap dolayısıyla payların bürüneceği hukuki durumundan muafiyet söz konusu olamayacağından, bu paylara ilişkin pay sahipliği hakları kullanılamayacaktır¹⁸.

Şirket hesabına ancak üçüncü kişi adına iktisap edilen payların da donacağı kabul edilmektedir¹⁹. Zira TTK 389.maddede açık bir hüküm bulunmasa da TTK 380/2 hükmü gereğince şirketin üçüncü kişiyle yaptığı ve bu kişinin şirketin hesabına aldığı payların, bizzat şirketin alması halinde TTK 379.maddeye aykırı kabul edilecekse, batıl olacağı hüküm altına alınmıştır.

A. Yönetmel Hakların Donması

Anonim şirket yönetim kurulu tarafından yönetilse de bu süreç içerisinde pay sahiplerinin genel kurula katılması, oy kullanması, görüş bildirmesi, bilgi alma ve denetim haklarını kullanması, genel kurulun ve alınan kararların hükümsüzlüğüne ilişkin davalar açması yahut azınlık pay sahipleri ile imtiyazlı pay sahiplerinin özel durumları sebebiyle sahip oldukları hakları kullanmaları, şirket yönetimine dolaylı olarak müdahale anlamına gelmektedir²⁰.

Şirket yönetiminde önemli rol oynayan tüm bu haklar (bedelsiz pay alma haricindeki donan tüm haklar) arasında belki de en önemlileri, genel kurula katılma ve oy kullanma hakkıdır. Bu nedendir ki, şirketin iktisap ettiği kendi payları için oy ve oya bağlı hakların kullanması mümkün değildir²¹. Söz konusu hakların kullanılamaması hali, gerek kanuna uygun olarak iktisap edilen paylar gerekse TTK

¹¹ ANSAY, s.267. Paylardan bazılarının gerçek değeri üzerinde bir bedelle satın alınmasının da eşit işlem ilkesine aykırı olacağı yönünde bkz.: ÖZDAMAR, s.82; ÇELİKTAŞ, s.141.

¹² ÇELİKTAŞ, s.220-221; YILMAZ, Asuman: “Alman Hukuku’nda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması ve “KonTraG” ile Getirilen Değişiklikler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXIII (1-2), 2005, s.265; SEVİ, Pay Devri, s.73. Yazar bu sonuca TTK 391.md hükmünden ulaşmaktadır.

¹³ ÖZDAMAR, s.229; ÇELİKTAŞ, s.223; SEVİ, Pay Devri, s.73. Mehz Alman Hukuku’nda ise soyutluk ilkesi (Abstraktionsprinzip) kabul edildiği için, borçlandırıci işlemdeki geçersizliğin tasarruf işlemi etkilemesi mümkün değildir (AktG § 71). Tarihsel süreçte yaşanan değişimler hakkında detaylı bilgi için bkz.: AYDIN, Alihan: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, 1.Bası, Arıkan, Ankara 2008, s.110 vd. ve s.256.

¹⁴ TEOMAN, Ömer: “Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir Kuralının (TK. m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı”, in Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim – C.I:1971-1982, 1.Bası, İstanbul 2001, s.263-264; TEKİNALP, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2.Bası, Vedat, İstanbul 2012, s.377.

¹⁵ ÇAPA, s.133; AYOĞLU, Tolga: “Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmeleri ve Karşılıklı Katılmalar Meselesi” in İsviçre Borçlar Kanunu’nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku’nun Türk Ticaret Hukuku’na Etkileri, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2009, s.531; TÜRK, s.294; ÖZDAMAR, s.218-219.

¹⁶ ÇELİKTAŞ, s.147; GÖKÇE, Ziya: “Şirket Hisselerinin Devir Engelleri ve Hukuki Sonuçları”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 106, 2000, s.45.

¹⁷ YILMAZ, Asuman, “Avrupa Birliği Hukuku’nda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması” in Prof.Dr.Ergun Özsunay’a Armağan, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2004, s.35.

¹⁸ PULAŞLI, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 1.Bası, Adalet, Ankara 2011, s.1238.

¹⁹ TÜRK, s.295.

²⁰ TEOMAN, Şirketçe Devralınan Paylar, s.262.

²¹ ÖZDAMAR, s.218; AYDIN, s.271.

379 vd hükümlerine aykırı olarak iktisap edilen paylar bakımından uygulanmaktadır²².

Kanun koyucu şirketler topluluğu içerisinde yer alan bağlı şirketin iktisap ettiği hakim şirket paylarının, hakim şirketin genel kurul toplantı nisaplarında hesaba katılmayacağını ve söz konusu paylara ilişkin oy hakkı ile buna bağlı hakların donacağını, TTK md. 389 hükmüyle açıkça ifade etmiştir²³. Bir başka deyişle oy ve oya bağlı olan; genel kurula katılma, öneride bulunma, iptal davası açma, bilgi alma ve azınlık hakları da donacaktır²⁴.

Donan paya bağlı hakların tekrar canlanabilmesi için şirketin söz konusu payları elinden çıkarması gerekmektedir. Nezaman ki şirket payları elinden çıkarır, devirle birlikte payların yeni sahibinin paya bağlı hakları da o anda doğacaktır²⁵. Ancak oy hakkının donmasına ilişkin hükümleri “dolanabilmek” için payları üçüncü kişilere devretmek ve bu yolla oy haklarını kullanmak, TTK md. 433 hükmüyle yasaklanmıştır. Bu yasağa rağmen oyların kullanılması durumunda, pay sahiplerinin ilk olarak TTK md. 433/2 hükmü gereğince, itirazda bulunma ve bu itirazını tutanağa geçirtme hakkı bulunmaktadır²⁶. Bunun yanısıra ilgili genel kurul kararının geçersizliği talebinde de bulunulabilecektir. Bir görüşe göre, -genellikle- nisaplar sağlanmadan karar alındığı için genel kurul kararı yoklukla maluldür²⁷. Bir diğer görüşe göreyse, anonim şirketin iktisap ettiği paylarla genel kurula katılması, TTK 446/1-b hükmü gereğince genel kurul kararının iptal edilebilirliği sonucunu doğuracaktır²⁸.

Genel kurula katılma hakkının donması ile yönetim kurulunun genel kuruldaki etkinliğinin arttırılmasının ve yönetim kurulu ile ona yakın pay sahiplerinin yahut hakim şirketin menfaatine kararlar alınmasının engellenmesi amaçlanmış ve pay sahiplerinin iradesinin genel kurula uygun ve doğru şekilde yansması arzu edilmiştir²⁹. Ancak bununla birlikte yönetim kurulu üyelerinin üçüncü kişilere ait payları temsilen genel kurulda oy kullanma hakkına sahip olup olmadığı hususu kanun koyucu tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu gibi durumlarda da yönetim kurulunun, diğer pay sahiplerine ait oy haklarını temsilen kullanması kanımızca mümkün değildir. Zira TTK md. 389 hükmünün amaçsal (gai) yorum metoduyla yorumlanması halinde, söz konusu hükmün amacının, yönetim kuruluna sermaye riskine dayanmayan oy gücü verilmesini önlemek olduğu açıkça anlaşılmaktadır³⁰.

Oy haklarının donması sonucu genel kurulda temsil edilemeyen payların kanımızca toplantı nisabından da düşülmesi gerekir. Bir başka deyişle toplantı nisabı tespit edilirken, donmuş oylar hesaba katılmamalıdır. Zira donma hali, söz konusu payların -bir an / geçici bir süre için- yok sayılması manasına gelmektedir ve bu nedenle “donma” süresince bu payların nisaplara dahil edilmemesi gerekir. Aynı şekilde bağlı şirketin iktisap ettiği hakim şirket payları da hakim şirketin genel kurul toplantı nisabında hesaba katılmamalıdır. Bu durumda şirketin elinde bulundurduğu kendi payları, toplam pay miktarından düşülecek ve arta kalan miktar üzerinden toplantı nisabı tespit edilecektir. Aynı yöntemin benzer gerekçelerle karar nisabı için de uygulanacağı kabul edilmiştir³¹.

²² ÖZDAMAR, s.219; TEOMAN, Şirketçe Devralınan Paylar, s.265.

²³ Toplantı nisapları tedavüldeki paylara göre hesaplanacaktır. Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz.: DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-II, 1.Bası, Temel, 1988, s.586; İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 1.Bası, Yasa, 1989, s.279.

²⁴ TEOMAN, Şirketçe Devralınan Paylar, s.262; TEKİNALP, Yeni Ortaklıklar, s.377. Bu kapsama pay bağlı tüm yönetsel hakların gireceği yönünde bkz.: ÖZDAMAR, s.218.

²⁵ ÇELİKTAŞ, s.147.

²⁶ TEOMAN, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oydan Yoksunluğu, 1.Bası, Bankacılık Enstitüsü 1983, s.203; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12.Bası, Vedat, İstanbul 2010, s.439.

²⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.382; PULAŞLI, Hasan: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal’a Armağan), XVII (1-2), 2013, s.892; AYOĞLU, s.532.

²⁸ ÖZDAMAR, s.222; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s.273; AYDIN, s.284; ÇAPA, s.111. Bu durumda ilerde telafisi güç sonuçların doğmaması için, mahkemece TTK 449 hükmü gereğince, kararın yürütülmesinin durdurulmasına da karar verilebilecektir. MOROĞLU, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Bası, On İki Levha, İstanbul 2012, s.276.

²⁹ ÜN, Şeyda Nur: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, YÖK Tez Merkezi Tez No: 588388) 97; ÖZDAMAR, s.217.

³⁰ TÜRK, s.297; TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s.71. Paylara ait haklar donacağı için inançlı işlemle mülkiyetin devredilmesi de mümkün değildir. Bkz.: TEOMAN, Şirketçe Devralınan Paylar, s.265-266; ÇEKER, Mustafa: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, 1.Bası, Bankacılık Enstitüsü 2000, s.211.

³¹ Aynı yönde bkz.: TÜRK, s.290; ÇELİKTAŞ, s.216; ÖZDAMAR, s.220. Donan payların nisapların hesabında dikkate alınacağı yönünde bkz.: TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s.178.

B. Malvarlıksal Haklarının Donması

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap ettiği durumlarda, iktisap edilen paylara ilişkin hazırlık devresi faiz hakkı ile kar payı ve tasfiye payı gibi tüm malvarlıksal haklar da donmaktadır. Malvarlıksal haklarının donması sebebiyle elde edilen kar şirket bünyesinde kalacaktır; ancak bu karın nasıl değerlendirileceği hususunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır³². Doktrinde ise bu konuda bir fikir birliğine varılamamıştır. Bir görüşe göre, donan paylara tekabül eden kar payları, şirketin yedek akçe hesabına aktarılmalıdır. Bu görüşe göre söz konusu kar payı artık serbest yedek akçe konumundadır³³. Bu nedenle söz konusu kar payları şirketin malvarlığına dahil sayılmalıdır³⁴. Ancak esas sözleşmeye eklenecek bir hükümle yahut genel kurul tarafından alınacak bir kararla, söz konusu payların yedek akçeye ayrılmayarak, müstakbel pay sahibine (şirketin payları satacağı gelecekteki pay sahibine) ödenmek üzere ayrı bir hesapta bloke edilmesi de mümkündür³⁵. Bir diğer görüşe göre, söz konusu kar payları gelecek yılın gelirleri arasına dahil edilmelidir³⁶. Bu görüşe göre pay sahiplerinin anonim şirkete ortak olmalarındaki amaca da ulaşılmış olacaktır³⁷. Bir diğer görüşe göre, donan paylara tekabül eden kar payları, diğer (donmayan) pay sahiplerine, sermayeye katılım oranlarına göre dağıtılmalıdır. Bir başka deyişle şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, donmuş paya isabet eden kar paylarının şirket haricindeki diğer ortaklara dağıtılması gerekmektedir³⁸. Son olarak esas sözleşmeye konulacak bir hüküm ya da genel kurulun alacağı bir kararla, söz konusu paylara ait kar payının dağıtım hesabına dahil edilmeyerek, dağıtılacak miktarın diğer pay sahiplerinin paylarına göre hesaplanması da mümkündür³⁹. Kanımızca kar payının, söz konusu donan payların gelecekteki sahibine ödenmek üzere bloke edilmesi en ideal çözümdür. Zira burada bir “donma” hali söz konusudur ve şirket bu paylara geçici olarak sahip olmaktadır. Buradaki geçicilik hali, donan payların çözülmesi, bir başka deyişle satılması anına kadardır. Nasıl ki şirket ortaklarının kar payları diğer ortaklar arasında dağıtılamayacaktır, geçici süreyle donan ve şirketin yalnızca “emanetçi” konumunda olduğu bu paylara düşen kar paylarının da diğer ortaklar arasında dağıtılmaması ve tıpkı ortaklık payı gibi kar payının da “donarak” (bloke edilerek) payın satışına kadar muhafaza edilmesi gereklidir.

Şirketin tasfiye halinde olması durumunda, iktisap edilen paylardan dolayı tasfiye payı hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle tasfiye payı, diğer pay sahiplerine dağıtılacaktır. Bir başka deyişle, tasfiye payı oranları belirlenirken, şirketin iktisap ettiği kendi payları hesaba katılmayacak, arta kalan tutar, diğer pay sahipleri arasında bölüştürülecektir⁴⁰. Şirketin iktisap ettiği kendi paylarından doğan, malvarlığına ilişkin yeni pay alma hakkının da kullanılması mümkün değildir⁴¹.

Türk Ticaret Kanunu’nda karşılıklı iştirak, şirketler arasındaki hakimiyet ilişkisine göre farklı şekillerde düzenlenmiştir. Taraflar arasında hakimiyet ilişkisinin bulunmadığı durumlarda TTK md. 197 ve 201/1 uygulanırken, hakimiyet ilişkisinin bulunduğu durumlarda md. 201/2., 379/5., 389., 612/6. ve 612/4. hükümleri uygulanmaktadır⁴². Şirketler topluluğundaki bağlı şirket vasıtasıyla pay iktisabı ile şirketin kendi paylarını doğrudan iktisabı aynı hükümlere tabiyken, malvarlıksal haklar açısından benzeri bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle malvarlıksal haklar bakımından bir ayrıma gidilmiştir⁴³. Bağlı şirketin, hakim şirketin paylarını iktisap etmesi durumunda, sadece oy hakkı ve bununla bağlantılı haklar donacağı için, malvarlığına ilişkin haklar kanımızca kullanılmaya devam edilebilecektir⁴⁴. Bir başka deyişle, şirketler topluluğu hükümleri bakımından, şirketin kendi payını

³² POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.439; DOMANIÇ, s.586.

³³ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.439; AYOĞLU, s.543.

³⁴ von STEIGER, Fritz: İsviçre Anonim Şirketler Hukuku (Çeviren:Tahir ÇAĞA), 1.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968, s.178; SEVİ, Pay Devri, s.102.

³⁵ SEVİ, Pay Devri, s.102.

³⁶ DOMANIÇ, s.586; ÖZDAMAR, s.223; ÇAPA, s.113. Bu sayede şirketin karı artacak ve ekonomik açıdan büyüme gerçekleşecektir. ÇELİKTAŞ, s.210.

³⁷ ÇAPA, s.113. Bu sayede şirketin adeta başka bir şirketin paylarını iktisap etmesi ya da kaynaklarını başka bir yatırım aracına yönlendirmiş gibi olacağının kabul edileceği yönünde bkz.: ÇELİKTAŞ, s.210.

³⁸ TÜRK, s.298; AYDIN, s.286; OKUTAN NILSSON, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2009, s.206.

³⁹ SEVİ, Ali Murat: “Anonim Ortaklığın Kendi Payını Devralması Üzerine Bir İnceleme” BATİDER 22 (1), 2003, s.253-254.

⁴⁰ TEOMAN, Ömer: “Limited Ortaklığın Edindiği Kendi Paylarından Doğan Hak ve Borçlar ve Edinmenin Diğer Bazı Sonuçları” in Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim – C.I:1971-1982, 1.Bası, İstanbul 2001, s.155; TÜRK, s.299.

⁴¹ ÇAPA, s.139 vd.

⁴² Karşılıklı iştirak hususunda detaylı bilgi için bkz.: OKUTAN NILSSON, Gül: “Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18 (2), 2012, s.257 vd.

⁴³ ÇAPA, s.109; AYDIN, s.439. Mali hakların donmasının nasıl yorumlanması gerektiği hususunda detaylı bilgi için bkz.: OKUTAN NILSSON, Şirketler Topluluğu, s.203 vd.

⁴⁴ Aynı yönde: ÜN, s.100-101.

iktisap etmesi, malvarlığına ilişkin hakların bağlı şirket tarafından kullanılmasına engel değildir. Diğer taraftan karşılıklı iştirak halinde malvarlıksal hakların da donması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur⁴⁵.

C. Koruyucu İmkanlara İlişkin Hakların Donması

Anonim şirkette pay sahibinin en önemli koruyucu imkanlarından birisi de genel kurul kararlarının iptalini dava edebilme hakkıdır. Kendi paylarını iktisap eden anonim şirketin, TTK md. 389 ve 446 hükümleri gereğince, iptal davası açma hakkı bulunmamaktadır⁴⁶. Zaten bu imkan bulunsaydı dahi, söz konusu davanın açılması pratikte mümkün olmayacağı gibi bir fayda sağlaması da beklenmeyecekti. Zira davanın şirketin tüzel kişiliğine karşı açıldığı düşünüldüğünde, hem davalının hem de davacının şirketin bizzat kendisinin olması, bu davanın açılmasını olanaksız kıldığı gibi, bir an için açılmasının mümkün olduğunun kabulündeyseniz, davanın özenle takip edileceği hususunda ciddi şüpheleri de beraberinde getirecektir. Ayrıca bu durumda TTK md. 446 da yer alan dava şartının sağlanması da olanaklı görülmemektedir.

Pay sahiplerinin bir diğer koruyucu hakkı ise sorumluluk davası açma imkanıdır. TTK md. 553 hükmüne dayanan bu hakkın da TTK md. 389 hükmü gereğince kullanılması mümkün değildir. Tıpkı yukarıda izah edilen genel kurul kararın iptali davasında olduğu gibi, söz konusu davanın şirket tarafından kendi yönetim kuruluna veya yöneticilerine karşı açılması çok düşük bir ihtimaldir⁴⁷.

III. İKTİSAP EDİLEN PAYLARIN DURUMU

Anonim şirketin iktisap ettiği paylar, aşağıda izah edilen gerekli şartların oluşması halinde ya elden çıkarılır ya da itfa edilir. Elden çıkarma, payların şirketin pay sahiplerine ya da üçüncü kişilere devri anlamına gelirken; itfa, payın yok edilmesi demektir.

Anonim şirketin iktisap ettiği kendi paylarını süresiz olarak elinde tutması kural olarak mümkün değildir. Bu nedenle payın şirket tarafından elde tutulabileceği azami süreler de kanunda belirlenmiştir. TTK md. 379 hükmüne uygun iktisaplar, bu durumun istisnasını oluşturur⁴⁸.

Şirketin paylarını elden çıkarırken eşit işlem ilkesine uygun hareket etmek ve şirkete borçlanma yaşama uygun davranmak zorundadır. Payların yok edilmesiyle kanunda belirtilen süreler içinde elden çıkarılmayan payların sermaye azaltılması yoluyla gerçekleşecektir.

Aşağıdaki bölümde iktisabın kanuna uygun gerçekleşip gerçekleşmediği dikkate alınarak, payların elden çıkarılması ve yok edilmesi durumları ayrı ayrı incelenecektir.

A. Payların Elden Çıkarılması Zorunluluğu

1. Kanuna Uygun Olarak İktisap Edilen Paylar Bakımından

a. TTK md. 379 Hükmüne Uygun Olarak Gerçekleşen İktisap Bakımından

Anonim şirketin kendi paylarını TTK md. 379 hükmüne uygun olarak, esas veya çıkarılmış sermayenin %10'unu aşmayan bir miktarda ve madde metninde geçen diğer şartlar altında iktisap etmesi durumunda, söz konusu payları belirli bir süre içinde elden çıkarma zorunluluğu bulunmamaktadır. Şirket gerekli gördüğü takdirde, herhangi bir sebebe dayanmaksızın, şartlara uygun olarak iktisap ettiği söz konusu payları, istediği müddetçe elinde tutabilmektedir. Bir başka deyişle şirket, söz konusu payları elden çıkarıp çıkarmama hususunda serbesttir⁴⁹. Elden çıkarma zorunluluğu kanuna aykırı iktisaplar ve TTK md. 384 hükmü gereğince esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde onunu aşan kısmı için söz konusudur ki, bu durum aşağıda ayrıca ele alınmıştır⁵⁰.

TTK md. 379 gerekçesinde de belirtildiği üzere, payların elden çıkarılması zorunluluğunun bulunmamasının sebebi, bu yönde bir zorunluluğun düzenlenmemiş olmasıdır. Anonim şirketin kendi paylarını iktisap gereksinimi çeşitli nedenlerden doğabilmektedir ve söz konusu payların elde tutulması, şirketin ihtiyaçları giderilmedikçe veya bu gereksinim sebebi ortadan kalkmadıkça gerekli görülmektedir. Kanunun gerekçesinde de haklı olarak ifade edildiği gibi; şayet şirketin iktisap ettiği paylar için belirli bir süre içinde elden çıkarılma zorunluluğu getirilseydi, bu durumda yüzde on oranındaki koşullar da bir anlamı kalmayacaktı⁵¹.

⁴⁵ AYOĞLU, s.534.

⁴⁶ Aynı yönde bkz.: TÜRK, s.303.

⁴⁷ TÜRK, s.303.

⁴⁸ TURAN, Gökçen: Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisabının Genel Esasları, 1.Bası, Yetkin, Ankara 2018, s.45.

⁴⁹ COŞAR, Ayşe: "Anonim Şirketin "Kaçış Klozu" Vasıtasıyla Kendi Paylarını İktisap Ederken TTK m. 379'daki Yüzde Onluk Sınır ile Bağlı Olup Olmadığı Sorunu" Terazi Hukuk Dergisi, 15 (164), 2020, s.725.

⁵⁰ Bkz. Bölüm III-A-2.

⁵¹ Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 379 Gerekçesi, s.121.

TTK md. 379 hükmüne uygun olarak iktisap edilen payların elden çıkarılması hususunda bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, söz konusu payların şirket tarafından elden çıkarılması halinde, payların devrinin kanımızca eşit işlem ilkesine ve pay sahiplerinin şirkete borçlanma yaşağına uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekir. Buna göre gerek payın satılacağı şirket ortaklarının belirlenmesinde gerekse söz konusu payların fiyatlarının belirlenmesinde, yönetim kurulu TTK md. 357 hükmüne uygun işlem yapmakla mükelleftir⁵². Aksi takdirde söz konusu yönetim kurulu kararı, TTK md. 391 hükmü gereğince batıl olacaktır⁵³.

TTK md. 379 hükmüne uygun olarak gerçekleştirilen her iktisap, kanuna uygun ve sorumluluğu ortadan kaldıran bir işlem olarak değerlendirilmemelidir. Zira herhangi bir zorunluluk bulunmamasına ve şirketin kendi paylarını kanuni sınırlar içerisinde iktisap etmesine rağmen, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğabilmektedir. Örneğin şirketin malvarlığının, kendi paylarını iktisap etmek yerine daha verimli bir kaynağa aktarılması, bununla önemli gelirler elde edilebilecek yatırımlar yapılması ve şirketin karlılığının artırılması imkanları bulunurken, kaynağın şirketin kendi paylarını iktisabı için aktarılması, yönetim kurulu üyelerinin -kusuru varsa- TTK md. 369 ve 553 kapsamında sorumluluğunu da doğuracaktır⁵⁴.

b. TTK md. 382 ve 383 Hükümlerine Uygun Olarak Gerçekleşen İktisap Bakımından

Türk Ticaret Kanunu'nun elden çıkarma başlıklı 384.maddesine göre, TTK md. 382 (b) ilâ (d) bentleri ve 383 hükümlerine göre iktisap edilip, %10 sınırını geçmeyenler payların, tıpkı TTK md. 379 de belirtilen kanuna uygun iktisaplar gibi, elden çıkarılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Elden çıkarma zorunluluğu, TTK md. 384 gerekçesinde “*ihtiyaç varsa paylar elde tutulmalı, aksi halde devredilmelidir.*” ilkesiyle açıklanmıştır. Buna göre bir zorunluluk hali söz konusuysa paylar elde tutulacak, ancak zorunluluk ortadan kalktığı anda söz konusu payların elden çıkarılması gerekecektir⁵⁵. Zira anonim şirketin kendi paylarını TTK md. 379 de yer alan şartlara uymadan iktisap etmesi ve söz konusu payları daimi olarak elinde tutması, şirketin kendi paylarını iktisabıyla ilgili birtakım problemleri de beraberinde getirecektir⁵⁶. Ayrıca zorunluluğun ortadan kalmasına rağmen payların elde tutulması, iktisaba özgü birtakım kurallar ve sınırlamalar getirilmesi amacına da ters düşecektir⁵⁷.

TTK md. 382 hükmüne göre, küllî halefiyet kuralı gereği, bir kanuni satın alma yükümünden doğan ve bedellerinin tümü ödenmiş olmak şartıyla ve cebri icradan, bir şirket alacağının tahsili amacıyla iktisap edilenler haricindeki paylar ile TTK 383.madde de yer alan ivazsız iktisapların %10'luk azami sınırını aşan miktardaki paylar, devirleri mümkün olduğu anda ve her halükarda iktisap tarihinden itibaren üç yıl içinde elden çıkarılmak zorundadır.

TTK 384.maddenin yollamasıyla başvuru TTK 382.maddesinin diğer bentlerinin uygulanması kanımızca mümkün değildir. Zira TTK 382/1-a hükmünde yer alan sermayenin azaltılması amacıyla yapılan iktisaplar, iktisap edilen paylar sermaye azaltımı için itfa edileceğinden, elden çıkarılması mümkün olmayacaktır⁵⁸. Kapsam dışındaki diğer bent (382/1-e) bakımından da elden çıkarılmanın mümkün olmadığını kanımsındayız. Zira menkul kıymetler şirketinin iktisap ettiği paylar, şirket faaliyetinin bir sonucudur ve süreklilik arz etmesi bakımından zorunlu elden çıkarmaya uygun değildir⁵⁹.

TTK 384.md hükmünde belirtilen payların iktisabında, TTK 379.md hükmüne uygun iktisap edilen paylarda olduğu gibi, elden çıkarma zorunluluğu yalnızca kanunda öngörülen %10'luk kısmı aşan paylar için geçerlidir. Şayet şirketin yahut bir şirketler topluluğu söz konusuysa bağlı şirketin, sahip oldukları toplam pay miktarı, şirketin esas veya çıkarılmış sermayesinin %10'undan fazlaysa,

⁵² HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2.Bası, Basel-Genf-Münih 2002, Art.659 N.7a; SEVİ, Pay Devri, s.106. Yazara göre payların gerçek değerlerinin çok altında bir fiyatla satılması ve satış için devralana finansal destek sağlanması halinde, işlemin TTK md. 380 hükmü kapsamında “kanuna karşı hile” olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Aynı yönde bkz.: TAŞDELEN, Nihat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), 16 (Özel Sayı), 2014, s.3366-3367.

⁵³ AYAN, Özge: “Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII (1-2), 2013, s.200; ÇAPA, s.91.

⁵⁴ ÇAPA, s.91-92.

⁵⁵ Türk Ticaret Kanunu Gereğesi, md. 384 Gereğesi, s.123. Kanun koyucunun katı bir tutum yerine hoşgörülü davranarak, yönetim kuruluna mevcut ekonomik şartları dikkate alarak, uygun bir zaman dilimi içinde payları elden çıkarması zorunluluğu getirdiği yönünde bkz.: PULAŞLI, Şerh, s.1241.

⁵⁶ PULAŞLI, Şerh, s.1241.

⁵⁷ ÇELİKTAŞ, s.206; ÇAPA, s.100-101.

⁵⁸ Söz konusu bende yer verilmemesinin bir eksiklik olmadığı, bu bent uyarında şirket tarafından iktisap edilen payların, sermaye azaltılması kapsamında itfa edileceği yönünde bkz.: COŞAR, s.726.

⁵⁹ Aynı yönde bkz.: TURAN, s.49; ÜN, s.103.

söz konusu fazlalık elden çıkarılmalıdır. Şirketin sahip olduğu ve %10'u geçmeyen kısım ise elden çıkarılmak zorunda değildir.

TTK 384.md hükmü ivazsız iktisap edilen paylar yönünden de geçerlidir ve bu iktisaplar bakımından, payların şirketi kayba uğratmayacak şekilde devirleri mümkün olur olmaz ve her halükarda azami üç yıllık sürede elden çıkarılması gerekecektir⁶⁰. Süre, payların iktisap edildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Kanunda belirtilen süre zarfında payların devredilmemesi TTK 384.md hükmünü ihlal ederken; söz konusu süre zarfında en uygun zamanda payların devredilmemesi ve üç yıllık sürenin sonuna kadar beklenmesi ise kanımızca TTK 369.md hükmünün ihlal edildiği anlamına gelebilecektir. En uygun zamanın tespiti ise TTK 369.md hükmü gereğince özen ve bağlılık yükümlülüğü kıstasları çerçevesinde belirlenecektir.

Payların devredilmesi halinde söz konusu paylar elden çıkarılmadan önce, genel kuruldan bir karar alınmasına gerek yoktur. Zira yönetim kurulu bu yetkiyi, kanundan almaktadır⁶¹. Yönetim kurulunun bu husustaki tek yükümlülüğü, eşit işlem ilkesine⁶² ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmektir⁶³.

2. Kanuna Aykırı İktisap Edilen Paylar Bakımından

a. Payın Durumu

Genel kuruldan yetki alınmadan, bedeli tamamen ödenmeden ya da bedelleri bağlı malvarlığından karşılanarak iktisap edilen paylar ile TTK 379.md hükmüne uygun iktisap edilip de %10'luk sınırı aşan paylar, kanuna aykırı iktisap olarak değerlendirilmektedir. Yakın ve ciddi bir kayıp tehlikesi söz konusu olmamasına ve genel kurulun herhangi bir yetkilendirmede bulunmamasına rağmen, yönetim kurulunun alacağı bir kararla şirketin kendi paylarını iktisabı da bu kapsamda değerlendirilecektir⁶⁴. Aynı şekilde şirketin payını üçüncü kişiye devrederken, işlem için devralana finansal destek vermesi ya da inanca devir işlemlerinde payın devri hukuka aykırıdır ve söz konusu işlem geçersizdir⁶⁵.

Türk Ticaret Kanunu'nun aykırı iktisap hâlinde elden çıkarma başlıklı 385.maddesine göre; TTK 379. ve TTK 381.md hükümlerine aykırı olarak iktisap edilen bu paylar, iktisap tarihinden itibaren en geç altı ay içinde elden çıkarılmalıdır⁶⁶.

TTK 385.md hükmünde “379 ilâ 381 inci maddelere” ifadesiyle, TTK 380.maddenin de bu kapsama gireceği düşünülebilir de söz konusu madde kanuna karşı hile kurallarını düzenlediği için, madde hükmü gereğince finansal destek sağlamaya yönelik işlemlerle dolaylı temsil yoluyla iktisaplar geçersiz sayılmıştır. Bu durumda destek sağlayıcı işlem geçersiz, iktisap işlemi ise geçerli kabul edilecektir. Bu nedenle 380.maddenin bu kapsamda değerlendirilmesi kanımızca mümkün değildir. Bir başka deyişle finansal destek sonucu üçüncü kişinin elinde bulunan paylar bakımından söz konusu payların altı ay içinde elden çıkarılması zorunluluğu bulunmamaktadır⁶⁷. Altı ay içinde elden çıkarılmayan paylar ise, TTK 386.md hükmü gereğince, sermayenin azaltılması yoluyla itfa edilecektir.

TTK 384.md hükmü gereğince, TTK 382 ve 383.maddelere uygun şekilde iktisap edilip, %10'luk sınırı da aşmayan paylar bakımından da elden çıkarılma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak söz konusu paylar %10 sınırını aşmasa bile, diğer şartları taşıyorsa, bu iktisabın da kanuna aykırı olduğu ve TTK 385.md hükmü gereğince altı ay içinde elden çıkarılması gerektiğini belirtmek

⁶⁰ ÜN, s.103-104.

⁶¹ ÖZDAMAR, s.213.

⁶² TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s.78; ÖZDAMAR, s.214; AYDIN, s.267 vd. Aksi yönde ve herhangi bir gerekçe ileri sürmeksizin bkz.: POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.439. Eşit işlem ilkesinin uygulanmama sebebinin eTTK 329/II hükmü gereğince yönetim kuruluna şirketin sahip olduğu payları pay sahiplerine satma görevi değil, sadece payları en hızlı ve uygun şekilde elden çıkarma yetki ve görevi verildiği, bu nedenle yönetim kurulunun şirketin menfaatini dikkate alarak ve keyfilikten uzak davranarak elindeki payları istediği zaman satma imkanına sahip olduğu ve bu işlemin ortaksal alana ilişkin olmayacağı sebepleriyle aksi görüşün savunulması hakkında detaylı bilgi için bkz.: YILDIZ, s.82.

⁶³ TEOMAN, Oydan Yoksunluk, s.78

⁶⁴ ÇAPA, s.96.

⁶⁵ SEVİ, Pay Devri, s.106. Yazara göre devir TTK md. 385 hükmü uyarında gerçekleşmekle birlikte söz konusu işlem TTK md. 380 hükmü uyarınca kesin hükümsüz sayılmalıdır.

⁶⁶ Pay sözcüğü hem senede bağlanmamış payı hem de pay senedini kapsamaktadır ve burada ifade edilen sözcüğün hangi manada kullanıldığı hususundaki tespit mahkeme kararıyla yapılabilmektedir. Bkz. Türk Ticaret Kanunu Gereğesi, md. 385 Gereğesi, s.123.

⁶⁷ ÜN, s.104-105; TURAN, s.s.47.

gerekir⁶⁸. Aykırılığın tek sebebi sınırın aşılmasıysa, bu durumda elden çıkarma zorunluluğu yalnızca %10'luk kısmı aşan miktar bakımından söz konusu olacaktır.

Kanuna aykırı iktisap edilen payların elden çıkarılması usulü ve payların hangi bedel üzerinden elden çıkarılacağı hususu kanunda düzenlenmemiştir. İdare işlevinin bir sonucu olarak söz konusu görev, yönetim kurulu tarafından yerine getirilecektir. Gerekçede de belirtildiği üzere, yönetim kurulunun bu görevini, özen yükümlüğü çerçevesinde, eşitlik ve kamuyu aydınlatma ilkelerine uygun olarak yerine getirmesi gerektiği kanısındayız⁶⁹. Bu noktada payın gerçek değeri altında satılmaması ve payı devralacak kişinin ise yönetim kurulu üyesi, pay sahibi, şirket çalışanı ya da ortaklıkla ilgili olmayan bir kişi olması gerekir⁷⁰.

b. İşlemin Durumu

Kanun koyucu, TTK 385.md hükmü gereğince kanuna aykırı iktisapları düzenlemekle birlikte, TTK 379.md hükmüne aykırı şekilde gerçekleşen iktisabın hukuki akıbetinin ne olacağını belirtmemiştir. TTK 379.md gerekçesinde ise bu hususun çözümünün doktrin ve yargı kararlarına bırakıldığı ifade edilmiştir⁷¹. Kanunun lafzında geçen “...iktisap edemez...” ifadesi bir yasaklama/engelleme olarak yorumlanabilse de hükmün gerekçesinde “işlemin geçersizliği” görüşünün yabancı doktrinde kabul edilmediğine işaret edilmiştir.

Türk doktrininde durum tartışmalıdır⁷². Bir görüşe göre; kanuna aykırı olarak gerçekleşen iktisap işlemi geçerlidir ve TTK 385.md hükmü uygulanmalıdır⁷³. Aynı şekilde işlemin geçerli olduğunu savunan bir başka görüşe göre, TTK 379.md hükmüne aykırılık durumunun, sermayenin iadesi yasağına da aykırı olması halindeyse, iktisap işleminin geçersiz olacağı ileri sürülmektedir⁷⁴. Bir başka görüşe göre, TTK 379.md de yer alan kuralın emredici olması sebebiyle bu maddeye aykırılığın sonucunun hükümsüzlük olduğu belirtilmiştir⁷⁵.

Alman Hukuku'na göre şirketin kendi paylarını iktisabı AktG §71 hükmüne aykırı olması halinde, söz konusu borçlandırıcı işlem batıldır ve edim ifa edilmeyecektir. Diğer taraftan geçersizlik, tasarruf işlemine sirayet etmeyecektir. Bir başka deyişle borçlandırıcı işlem geçersiz, tasarruf işlemi ise geçerli olacaktır⁷⁶.

İsviçre Hukuku'nda şirketin kendi paylarını iktisabıyla ilgili hüküm düzen kuralı olarak kabul edildiği için işlem geçerli kabul edilmektedir⁷⁷. Ancak tarafların ortak amacı şirketin kendi paylarını iktisabı hükümlerinin koruma amacını ihlal etmek ise bu durumda İsvBK m. 20 gereği işlem batıl kabul edilmektedir⁷⁸.

Kanımızca şirketin kendi paylarını kanuna aykırı şekilde iktisabı batıl olarak değerlendirilmemelidir. Zira kanuna aykırı iktisap edilen paylar önce şirketin mülkiyetine geçmekte, ardından da altı ay içinde elden çıkarılmaktadır. Bir başka deyişle kanunkoyucu da söz konusu payların mülkiyetinin şirkete geçtiğini kabul etmektedir. Zira TTK 385.md düzenlemesiyle iktisap edilen payların, altı ay içinde elden çıkarılması hüküm altına alınmıştır. Butlan yaptırımının kabulü, işlem güvenliği ilkesini de zedelemektedir⁷⁹. Bu noktada, tıpkı İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, iktisap

⁶⁸ TURAN, s.46.

⁶⁹ Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 385 Gerekçesi, s.123. Kamuyu aydınlatma ve şeffaflık ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz.: TEKİNALP, Ünal: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı” in Uğur Alacakaptan'a Armağan, 1.Bası, İstanbul 2008, s.637; PASLI, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 1.Bası, Çağa, İstanbul 2004, s.74; KARASU, Rauf: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (2), 2013, s.55 vd.

⁷⁰ SEVİ, Pay Devri, s.105-106. Yazara göre payın gerçek değerinin altında sayılması halinde TTK md. 380 hükmü gereğince kesin hükümsüzlük hali söz konusudur.

⁷¹ Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 379 Gerekçesi, s.120.

⁷² Tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz.: AYDIN, s.293 vd.

⁷³ ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 1.Bası, Seçkin, Ankara 2013, s.383-384; BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Şirketler Hukuku, 9.Bası, Dora, 2013, s.477.

⁷⁴ SEVİ, Pay Devri, s.104. Yazara göre şirketin kendi payını iktisabı sonucunda ödediği devir bedeli, şirketin sermayesinin karşılığını azaltıyorsa, işlemin TBK md. 27/1 hükmü uyarınca kesin hükümsüz sayılması TTK md. 480/2 hükmünün bir gereğidir.

⁷⁵ PULAŞLI, Şirketler Hukuku, § 27, N.53; BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 7.Bası, Beta, İstanbul 2012, s.215; ERİŞ, Gönen: Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, 1.Bası, Seçkin, Ankara 2013, s.2627.

⁷⁶ Oechsler in GOETTE, Wulf/HABERSACK, Mathias/KALSS, Susanne (ed), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5.Bası, Münih 2019, § 71, N.369.

⁷⁷ BAUEN, Marc/BERNET, Robert, Schweizer Aktiengesellschaft: Aktienrecht, Fusionsrecht, Börsenrecht, Steuerrecht, Basel 2007, s.49.

⁷⁸ BÖCKLI, Peter: Schweizer Aktienrecht, Basel 2009, s.572.

⁷⁹ TEKİNALP, Yeni Ortaklıklar, s.76 vd.

işlemini önce kabul edip, ardından payların elden çıkarılmasını beklemek en isabetli çözüm olacaktır. Ancak kanuna aykırılığın işlemin her iki tarafınca da bilinmesi ve ortak amacın söz konusu hükümlerin ihlal edilmesinin olduğu durumlardaysa, işlemi batıl kabul etmek gerekecektir⁸⁰.

B. Payların Yok Edilmesi Zorunluluğu (İtfa)

Anonim şirketin, kendi payını belirli sınırları aşan düzeyde iktisap etmesi halinde yapılacak ilk işlem, yukarıda da izah edildiği gibi söz konusu payların elden çıkarılmasıdır. TTK 384.md kapsamında üç yıllık ve TTK 385.md kapsamında altı aylık süreler içinde elden çıkarılmayan paylar ise TTK 386.md hükmü gereğince, sermayenin azaltılması yoluyla yok (itfa) edilecektir. Anonim şirketin belirtilen süreler içinde elden çıkarmadığı payların tekrar devredilmesine engel olmak yahut bu payların başka amaçlarla kullanılmasına engel olmak için, söz konusu payların yönetim kurulu tarafından hemen yok edileceği hüküm altına alınmıştır⁸¹.

TTK 386.md hükmünde geçen “*hemen*” ifadesi, TTK 385.md gerekçesine yapılan yollamayla açıklığa kavuşturulmuş ve söz konusu ifadenin “*hiç vakit geçirmeden*” anlamına geldiği belirtilmiştir. Gerekçede de açıkça ifade edildiği üzere, hemen sözcüğü “*şirket için müsait olan bir zamanda*” şeklinde yorumlanamayacaktır⁸². Söz konusu payları elden çıkarması için şirkete zaten belirli bir süre tanındığı için, bu süreler içerisinde elden çıkarılmayan payların yok edilmesi için kanımızca ikinci bir zaman verilmesi mümkün değildir. Bu durumda söz konusu payların derhal yok edilmesi gerekecektir.

Yönetim kurulunun itfa ettiği paylar sebebiyle şirket sermayesinde bir azalma meydana gelecektir. Azaltılan kısmı karşılayan miktarda yeni paylar çıkarılacak ve bu payların bedelleri tamamen ödenecekse, esas sözleşmenin değiştirilmesine de gerek kalmayacaktır⁸³. Bu durumda yok edilecek payların değerine eşit miktarda yeni paylar çıkarılacak ve bu payların bedelleri tamamen yedek akçelerden ödenecekse, sözleşme değişikliği yapılmayacaktır. Bu halde yeni pay bedelleri şirketin yedek akçelerinden karşılanarak mevcut pay sahiplerine dağıtılabileceği gibi üçüncü kişilerin söz konusu paylar için sermaye taahhüdünde bulunması da mümkündür. Ancak bu durumda bedelin peşin ödenmesi gerekir (TTK 473/1). Aksi halde sermaye azaltımına ilişkin genel kurul kararı alınması gerekecektir⁸⁴. Azaltılan kısmın yerine bedelleri tamamen ödenen yeni payların çıkarılmaması halindeyse, sermayenin azaltılması zarar sebebiyle bilançodaki eksikğin kapatılması olmadığı için, kurucu sermayenin azaltılması gerekecektir. Bu durumda şirketin iktisap ettiği kendi paylarını yok etmek için yapacağı sermaye azaltımında, yönetim kurulunun tüm alacaklıları çağırması ve bu kişilerin haklarının ödenmesi yahut teminat altına alınması gerekecektir⁸⁵.

Esas sermayenin azaltılması başlıklı TTK 473.maddenin 5.fıkra hükmüne göre, sermaye azaltımıyla TTK 332.md de öngörülen asgari sermaye miktarının altına inilemeyecektir. Bir başka deyişle sermaye azaltımı, en fazla asgari sermaye miktarına kadar yapılabilecektir. Payların itfasiyla, sermayesi kanunda belirtilen asgari miktarın altına düşecek olan şirketin yönetim kurulunun, TTK 456 vd. maddeleri gereğince derhal sermaye artırımına giderek, sermayeyi en azından TTK 332.md de belirtilen asgari sermaye miktarlarına yükseltmesi gerekmektedir⁸⁶.

Yönetim kurulunun iktisap ettiği kendi paylarını süresi içinde elinden çıkarmaması ve bu nedenle kanuni zorunluluk gereği söz konusu payların itfa olması halinde, ilgili yönetim kurulu üyelerinin kusurlarının bulunması şartıyla, sorumlulukları da doğacaktır. Zira özenli ve tedbirli davranmayıp şirketin zararına sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri, TTK 369.md ve TTK 553.md hükümleri gereğince doğan zarardan sorumludur. Benzer bir düzenleme Alman Hukuku’nda da bulunmaktadır. Süresi içinde gerekli işlemlerin yapılmaması halinde gerek hukuka aykırı olarak edinilen gerekse yasal sınırı aşan düzeyde alınan payların AktG § 237 hükmü kapsamında sermaye azaltımı yoluyla itfa edilmesi gerekmektedir. Bu duruma sebep olan (sürenin aşılmasına sebep olan) yönetim ve gözetim kurulu üyelerinin ise pay sahiplerinin uğradığı zararlardan ötürü AktG § 93/III, 116 ve 405 hükümleri gereğince sorumlulukları doğmaktadır.

⁸⁰ Aynı yönde bkz.: COŞAR, s.725.

⁸¹ SEVİ, Pay Devri, s.106-107. 6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu dönemine ilişkin benzer açıklamalar için bkz.: ÖZDAMAR, s.210-211; İMREGÜN, s.279.

⁸² Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, md. 385 Gerekçesi, s.123.

⁸³ TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, 13.Bası, Vedat, İstanbul 2011, TTK md. 473 notu, 227.

⁸⁴ SEVİ, Pay Devri, s.107.

⁸⁵ SEVİ, Pay Devri, s.107.

⁸⁶ SEVİ, Pay Devri, s.107.

IV. KAÇIŞ KLOZU İLE ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABI

A. Genel Olarak Kaçış Klozu

Anonim şirket pay sahipleri, kural olarak sahip oldukları payları özgürce devretme imkanına sahiptir. Şirketin işleyişiyle ve kurum kültürüyle bağdaşmayan bir ortağın şirkete katılmasıysa, esas sözleşmedeki önemli sebeplerden birine dayanarak engellenemiyorsa, anonim şirket tarafından TTK 493/1 hükmüyle engellenebilmektir. Söz konusu hükme göre, paylarını devreden ortağa, paylarının gerçek değerini öneren şirket, onay istemini reddedebilecektir. Kanun koyucu tarafından “kaçış klozu”⁸⁷ olarak adlandırılan bu müessesesyle, bir yandan ortaklar kendi paylarını gerçek değeri üzerinden satıp şirketten ayrılacakken, diğer taraftan pay sahibi olması istenilmeyen kişilerin şirkete ortak olması engellenebilecektir⁸⁸.

Kaçış klozunun kullanılabilmesi için devre konu payların borsaya kote edilmemiş bağlı nama yazılı paylardan olması ve şirketçe satın alma teklifinde bulunulması gerekir⁸⁹. Ayrıca esas sözleşmede pay devri sınırlamasına yönelik bir bağlamın da bulunması gereklidir⁹⁰. Esas sözleşmeyle devri sınırlandırılmayan nama yazılı paylar ise şirketin onayına ihtiyaç duyulmaksızın devredilebilecektir. Zira kaçış klozu, bağlı nama yazılı olmayan payların devrinde bir ret sebebi olarak öngörülmemiştir⁹¹. Bu yeni düzenleme, 6762 sayılı TTK dönemindeki “*sebeğ gösterilmeksizin red*” müessesesinin yeni, adil ve modern bir biçimidir⁹².

B. Hukukuki Sonuçları

Kaçış klozunun kullanılması halinde, istenmeyen üçüncü kişilerin şirkete ortak olması engellenerek, mevcut pay sahiplerinin payları, gerçek değeri üzerinden satın alınmaktadır. Şirketin, pay sahipleri ya da üçüncü kişiler adına pay iktisabı gerçekleştirmesi halinde TTK 379 vd hükümleri uygulama alanı bulamazken, kaçış klozu ile şirketin kendi paylarını iktisabı halindeyse, TTK 379 vd hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorununun da gündeme gelmektedir⁹³.

Türk doktrinindeki bir görüşe göre; TTK 493.md ile bir istisna getirildiğini ve şirketin satın alma hakkını tatbik ederken TTK 379 vd. maddeleriyle bağlı olmadığı ifade edilmiştir. Şirket kendi paylarını iktisap ederken, pay bedellerini serbest yedek akçelerden karşılamak zorunda da değildir. Ayrıca söz konusu paylar, TTK 384.md de belirtilen sürelerle bağlı olmaksızın derhal elden çıkarılmalıdır⁹⁴.

Bir başka görüşe göreyse, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, TTK 379 vd. hükümleri uygulanmalıdır. Bu bağlamda şirketin söz konusu pay bedellerini karşılayacak düzeyde serbest malvarlığı olmalıdır. Aksi takdirde işlem, emredici nitelikteki TTK 480/3.md hükmüne aykırı olacaktır ve bu aykırılık, işlemin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Bu görüşe göre, şirket TTK 379.md hükmünde belirtilen %10'luk sınırı aşabilecektir; ancak söz konusu sınırı aşan kısım, TTK 385 ve 386.md hükümleri çerçevesinde 6 ay içinde elden çıkarılacak ya da sermaye azaltımı ile itfa edilecektir⁹⁵.

⁸⁷ Uluslararası uygulama ve doktrinde “escape clause”, “kaçış kolzu”, “kurtuluş klozu” olarak adlandırıldığı yönünde bkz.: Türk Ticaret Kanunu Gerekeşi, s.180. İsviçre doktrininde de benzer kavramların kullanıldığı yönünde bkz.: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, N.161, s.578. “Kaçış Klozu” yerine “satın alma önerisinde bulunma hakkı” kavramının kullanılması gerektiği yönünde bkz.: UZEL, Necdet: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2013, s.303 vd.

⁸⁸ YÜKSEL, Sinan: “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Saygı Sempozyumu), 2, 2013, s.168; BOZKURT, Tamer: Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) -Die Vinkulierung-, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2016, s.143. Kaçış klozunun pay devrini güçleştirdiği yönündeki eleştiriler için bkz.: ŞENER, s.620.

⁸⁹ YÜKSEL, s.167 vd; COŞAR, s.726-727.

⁹⁰ BİLGE, Kerem: Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2017, s.87; YÜKSEL, s.167; UZEL, s.303 vd.

⁹¹ ALTAY, Sıtkı Anlam Altay: “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Esas Sözleşmesel Bağlam” in YASAMAN, Hamdi/ERDEM,ERCÜMENT/DURAL, Ali/AYOĞLU, Tolga/ALTAY, Sıtkı Anlam/YUSUFOĞLU, Fülürya/YÜKSEL, Sinan (ed.), İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2009, s.602 vd.

⁹² BOZKURT, s.137.

⁹³ BİLGE, s.95; BOZKURT, s.174.

⁹⁴ TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku İle, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2012, s.48; AYOĞLU, s.541 vd.

⁹⁵ KENDİGELEN, Abuzer: Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, 1.Bası, Beta 1994, s.607; SEVİ, Pay Devri, s.297.

Diğer bir görüşe göreyse; kaçış klotuna ilişkin TTK 493.md hükmünün uygulanması esnasında, TTK 379.md de belirtilen sınırlara da uyulması gerekmektedir. Zira kaçış klotuna ilişkin düzenlemenin bir istisna olarak kabul edilebilmesi için bu hususun kanunda açıkça zikredilmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, bu şekildeki ağır bir istisna, yalnızca yorumlama metoduyla kabul edilemez, aksi takdirde şirket için uzun vadede riskler doğabilecektir. Diğer pay sahipleri ve üçüncü kişiler hesabına iktisabın mümkün olması sebebiyle, şirketin paylarını kendi adına iktisabı son çare olarak uygulanmalıdır⁹⁶.

Bir diğer görüşe göreyse; TTK 379.md genel, TTK 493.md ise özel düzenlemedir ve özel düzenlemenin öncelikle uygulanması gerekir. Bu nedenle de şirketin kaçış klotundaki iktisabı, TTK 379.md de belirtilen %10'luk sınıra tabi değildir. Şirket gerek kendi kaynaklarını gerekse dış kaynakları kullanabilecektir; ancak sınırsız bir serbesite içinde olmayacaktır⁹⁷. Bu görüşe göre şirketin kendi paylarını iktisabı “kapalı devre” şeklinde uygulanmalı ve süreler “dürüstlük kuralı” çerçevesinde belirlenmelidir⁹⁸.

Alman Hukuku'nda şirketin kendi paylarını iktisabı sınırlı hallerde kabul edilmiştir. Şirketin yakın ve ciddi bir zarar tehlikesi altında bulunması halinde, zararın önlenmesi için, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi mümkündür. Örneğin şirketi kontrol edebilecek miktardaki hakim payların üçüncü kişilere devri, şirketin ticari çıkarları ve işleyişiyle bağdaşmayabilir. Dahası bu durum şirketi önemli miktarda zarar tehlikesiyle karşı karşıya bırakabilir. Bu durumda şirketin kendi paylarını iktisap etmesi mümkündür; ancak bu durumda şirket %10'luk sınırlama dahilinde iktisap işlemini gerçekleştirecektir⁹⁹.

İsviçre Hukuku'nda Art.659/I OR hükmüne göre, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde %10'luk sınırın aşılması ve iktisabın serbest öz kaynaklardan karşılanması gerekmektedir. Art.659/II OR hükmüne göre, devir sınırlamasının gereği olarak satın alma gerçekleşiyorsa, iktisap edilen payların, şirket sermayesinin %20'sini aşmaması ve bunun yarısının, bir başka deyişle %10'luk kısmın, iki yıl içinde satılması gerekmektedir. Satış işlemi gerçekleştirilmediği takdirde, söz konusu paylar sermaye azaltımı yoluyla itfa edilecektir¹⁰⁰.

Kanımızca bu durumda TTK 379.md de belirtilen %10'luk sınıra bağlı olmak gerekmektedir. Zira şirketi herhangi bir yüzdesel sınıra tabi tutmamak, “kaçış klotu” ile kanun koyucunun iradesinden de “kaçmaya” çalışmak manasına gelecektir. Şöyle ki, kanun koyucu, şirketin kendi paylarını iktisabını sıkı şekil şartlarına tabi tutmuş ve bu yolla kendi paylarını iktisabını zorlaştırmaya çalışmıştır. Bir başka deyişle şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesini istisnai bir durum olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla şirketin kaçış klotunu kullanarak sınırsız bir iktisap gerçekleştirebileceğini savunmak, kanun koyucunun amacıyla bağdaşmamaktadır.

Kaçış klotu ile sınırsız iktisabın gerçekleştirileceğini savunmak, sermayenin pay sahibine iadesi tehlikesini de beraberinde getirecektir. Bir başka deyişle, şirketin kendi paylarını iktisabı yoluyla şirket sermayesi, pay sahiplerine “adeta” iade edilerek, şirket alacaklıları zarara uğratılabilecektir¹⁰¹. Elbette bu tehlike %10'luk sınırın olduğu durumlarda da söz konusudur; ancak bahse konu sınır, sermayenin iadesi yasağını ve alacaklıların uğrayabileceği muhtemel zararları da en aza indirmektedir. Öte yandan kanun koyucu TTK 493.md gerekçesinde¹⁰², TTK 379 ve 381.maddeler arasında bir bağlantı kurmuş ve bu yolla %10'luk sınırın kaçış klotunda da uygulanabileceği yönündeki iradesini ortaya koymuştur.

Şirketin kaçış klotu ile kendi paylarını iktisabına herhangi bir sınırlama getirmemek, şirketin yönetimine de dolaylı olarak müdahale edilmesi anlamına gelecektir. Şirket, iktisap ettiği kendi

⁹⁶ BOZKURT, s.168 vd.

⁹⁷ AKIN, Murat Yusuf: Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2014, s.86 vd.

⁹⁸ AKIN, s.87.

⁹⁹ YILMAZ, Asuman: “Alman Hukuku'nda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması ve "KonTraG" ile Getirilen Değişiklikler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXIII (1-2), 2005, s.253 vd.

¹⁰⁰ “I. Einschränkung des Erwerbs

1 Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur dann erwerben, wenn frei verwendbares Eigenkapital in der Höhe der dafür nötigen Mittel vorhanden ist und der gesamte Nennwert dieser Aktien 10 Prozent des Aktienkapitals nicht übersteigt.

2 Werden im Zusammenhang mit einer Übertragbarkeitsbeschränkung Namenaktien erworben, so beträgt die Höchstgrenze 20 Prozent. Die über 10 Prozent des Aktienkapitals hinaus erworbenen eigenen Aktien sind innert zweier Jahre zu veräußern oder durch Kapitalherabsetzung zu vernichten.”

¹⁰¹ TEKİNALP, Ünal: “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi” in Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, C.II, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2010, s.1686 vd; ÇELİKTAŞ, s.142 vd.

¹⁰² “...Bu haldeki iktisabı 381 inci maddenin kapsamında kabul etmek veya 379 uncu ve devamı maddelerde öngörülenlere ek bir istisna olarak değerlendirmek de mümkündür...” Türk Ticaret Kanunu Gereçesi, md. 493 Gereçesi, s.179.

paylarından doğan oy haklarını kullanamayacak olsa da bu durum oy dengelerinin bozulmasına ve dolaylı bir müdahalenin gerçekleşmesine sebebiyet verecektir¹⁰³.

V. YEDEK AKÇE AYIRMA ZORUNLULUĞU

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, TTK 520/1.md hükmü gereğince iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırması gerekir. Hükümde ifade edilen yedek akçeler, kanuni yedek akçedir. Bu nedenle ayrılması zorunludur. Söz konusu yedek akçeler ayrılmadan dağıtılan kar payları ise TTK 512.md hükmü gereğince iade edilmelidir¹⁰⁴.

Yedek akçe ayırma zorunluluğu yalnızca şirketin kendi paylarını ivazlı olarak iktisap ettiği haller için söz konusudur. Bir başka deyişle ivazsız olarak iktisap edilen paylar sebebiyle yedek akçe ayrılması gerekmemektedir. Nitekim kanun koyucu da 520/1.md son cümlede, “*iktisap değerlerini karşılayan tutarda...*” ifadesiyle bu duruma vurgu yapmıştır.

Şirket iktisap ettiği payları elinden çıkarmadığı müddetçe, söz konusu paylar için ayrılmış yedek akçeleri de muhafaza etmek durumundadır. TTK 520/1. fıkranın ikinci cümlesi gereğince söz konusu yedek akçelerin, iktisap edilen payların devri ya da itfasından sonra, iktisap değerini karşılayan tutarda çözülmesi mümkündür. Söz konusu paylar için yedek akçeler de iktisap tarihinde kurulacaktır ve ayrılacak yedek akçede iktisap değeri esas alınacaktır¹⁰⁵. Yedek akçeler, şirketin serbest malvarlığından ayrılmalıdır¹⁰⁶.

Yedek akçe ayrılması her ne kadar kanunen bir zorunluluk olsa da şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesinin bir şartı değildir. Dolayısıyla yedek akçe ayrılmadan gerçekleşen bir pay iktisabı geçerli olmakla birlikte, bu durumda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu doğacaktır¹⁰⁷. Ayrıca bu durumda şirketin yeteri kadar kaynağı bulunmadığı halde işlemin yapılmış olması sebebiyle kanımızca sermayenin iadesi yasağının da uygulama alanı bulabileceğini söylemek mümkündür.

VI. İKTİSAP EDİLEN PAYLARIN BİLANÇODAKİ DURUMU

Türk Ticaret Kanunu'nun iktisaba ilişkin hükümlerinde, anonim şirketin iktisap ettiği kendi paylarının bilançoda gösterilmesi gerektiği hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer taraftansa bilançoya ilişkin TTK 74 vd. hükümlerinde, şirketin malvarlığına giren tüm hususların bilançoya geçirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır¹⁰⁸.

Anonim şirketin iktisap ettiği kendi paylara, bilançoda aktifler arasında yer verilmeli, bunun karşılığında ayrılan kanuni yedek akçeler ise pasifler kısmında gösterilmelidir. Paylar aktif hale getirilirken pasif tarafta yer verilen yedek akçeler, bilanço dengesini sağlayarak sermayenin korunması ilkesi müessesine hizmet edecek ve şirketin tasfiyesinde iktisap edilen payların değerince bir miktarın varlığı, köpük sermayenin olumsuz yanlarını da bertaraf edecektir¹⁰⁹. Türkiye Muhasebe Standartları-32 paragraf 33'e göreyse, iktisap edilen paylar aktifleştirilmeyecek özkaynaklardan düşülecektir¹¹⁰.

Şirketin bilançoya geçirme yükümlülüğüne aykırı davranması, hem bilançonun oylandığı genel kurul kararının sakatlığına hem de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna sebep olacaktır¹¹¹.

VII. SONUÇ

Anonim şirketlerin kendi paylarını iktisabı, kanun koyucu tarafından istisnai olarak kabul edilen bir düzenlemedir. Nitekim kanun koyucu söz konusu müesseseye ilişkin önemli birtakım sınırlamalar ve koşullar öngörmüştür. Anonim şirket, iktisap ettiği kendi paylarından doğan hakları, paylar şirketin elinde bulunduğu müddetçe kullanamayacaktır. Bu durum yönetime ilişkin hakların yanı sıra, temsil hakkı, malvarlıksal haklar ve koruyucu imkanlara ilişkin hakların da donmasına sebebiyet verecektir.

¹⁰³ ÇELİKTAŞ, s.143.

¹⁰⁴ SEVİ, Pay Devri, s.87. Karşı yönde bkz.: AYAN, s.196.

¹⁰⁵ Türk Ticaret Kanunu Gerekeçesi, md. 520 Gerekeçesi, s.191.

¹⁰⁶ TÜRK, s.281.

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz.: TÜRK, s.280.

¹⁰⁸ ÖZDAMAR, s.226; ÇAPA, s.105-106.

¹⁰⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s.435.

¹¹⁰ “TMS 32 Finansal Araçlar: Sunum” Standardı 01/01/2005 tarihinden sonra başlayan hesap dönemlerinde uygulanmak üzere 15/01/2019 tarihli ve 30656 sayılı Resmi Gazete’de (Mükerrer) yayımlanmıştır. Paragraf 33: “İşletmenin, özkaynağına dayalı finansal araçlarını yeniden edinmesi durumunda, bu araçlar (“işletmenin geri satın alınan kendi hisseleri”) özkaynaktan düşülür. İşletmenin özkaynağına dayalı finansal araçlarının alışından, satışından, ihracından ya da iptalinden dolayı kar veya zarara herhangi bir kazanç ya da kayıp yansıtılmaz. Bunun gibi, işletmenin geri satın alınan kendi hisseleri, işletme tarafından ya da konsolide edilmiş şirketler grubunun diğer üyeleri tarafından geri alınabilir ya da elde tutulabilir. Alınan ya da ödenen tutarlar doğrudan özkaynaktan muhasebeleştirilir.”

¹¹¹ SEVİ, Pay Devri, s.87.

Şirketin kendi paylarını iktisabı, payların elden çıkarılması zorunluluğunu da beraberinde getirecektir. TTK md. 379, 382 ve 383 hükümleri kapsamında istisnai olarak elden çıkarma zorunluluğu bulunmasa da bu hükümlere uygun gerçekleştirilen her iktisap, kanuna uygun ve sorumluluğu ortadan kaldıran bir işlem olarak kabul edilmemelidir. Zira işlemlerin yapılması esnasında yönetim kurulunun, kusurlu işlemlerinden ötürü TTK md. 369 ve 553 hükümleri çerçevesinde sorumlulukları bulunmaktadır. Ayrıca TTK md. 384 gerekçesinde belirtildiği gibi zorunluluk halinin ortadan kalkması halinde, söz konusu payların da elden çıkarılması gerekecektir. TTK md. 384'ün atfıyla başvuru TTK md. 382'nin diğer bentlerinin uygulanması ise -çalışmamızda da detaylı olarak açıkladığımız üzere- kanımızca mümkün değildir.

Payların kanuna aykırı olarak iktisap edildiği durumlarda, hukuka aykırı bir devir söz konusudur. Genel kuruldan yetki alınmaması, pay bedelinin tamamen ödenmemesi veya bedelin serbest yedek akçeden karşılanması yahut %10'luk sınırın aşılması, bu anlamda kanuna aykırı iktisaptır. Aynı şekilde yakın ve ciddi bir kayıp tehlikesinin bulunmamasına rağmen, yönetim kurulunun şirket paylarını iktisap etmesi, kanuna aykırı olacaktır. Kanuna aykırı iktisap edilen payların elden çıkarılmasına ilişkin usul ve payların satış bedeline ilişkin bir düzenleme bulunmadığı için, idare işlevinin bir sonucu olarak söz konusu görevin yönetim kurulu tarafından yerine getirilmesi gerektiği ve yönetim kurulunun bu görevini özen yükümlülüğü, eşitlik ve kamuyu aydınlatma ilkelerine uygun şekilde yerine getirmesi gerektiği kanısındayız.

Kanuna aykırı iktisapların geçersiz olduğu kabul edilmekle birlikte buradaki geçersizliğin ne olacağı ise -çalışmamızda da belirttiğimiz üzere- doktrinde tartışmalıdır. Kanımızca kanuna aykırı şekilde gerçekleşen iktisap işlemi batıl olarak değerlendirilmemelidir. Zira kanuna aykırı paylar öncelikle şirketin mülkiyetine geçmekte, ardından altı aylık süre içinde elden çıkarılmaktadır. Kanun koyucu da söz konusu payların mülkiyetinin şirkete geçtiğini kabul etmektedir. Bu noktada butlan yaptırımını kabul etmek, işlem güvenliği ilkesini de zedeleyecektir. Kanımızca öncelikle iktisap işlemi kabul edip, ardından da payların elden çıkarılmasını beklemek en isabetli çözüm olacaktır.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap ederken %10'luk sınırı aşması halinde yapılacak ilk işlem payın elden çıkarılması olmakla birlikte, TTK md. 384 ve 385 kapsamında elden çıkarılmayan paylar ise sermayenin azaltılması yoluyla yok edilecektir. Bu durumda kanun koyucunun da ifade ettiği gibi, payların “hemen” yok edilmesi gerekmektedir. Söz konusu payların elden çıkarılması için şirkete belirli bir süre verildiği için, bu süreler içinde elden çıkarılmayan payların yok edilmesi için kanımızca ek bir süre verilmesi mümkün değildir.

Payların itfa edilmesi sebebiyle şirket sermayesi azaltılırken, kanunda belirtilen asgari sermaye miktarlarının altına inilmemesi gerekir. Böyle bir durumla karşılaşılması halinde, derhal sermaye artırımına gidilmesi ve en azından asgari sermaye miktarlarına kadar bir artırım gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Şayet azaltılan kısmı karşılayacak miktarda yeni paylar çıkartılacak ve bu payların bedelleri tamamen ödenecekse, esas sözleşmenin değiştirilmesine de gerek kalmayacaktır.

TTK md. 493/I hükmü gereğince, “kaçış klozu” kullanılarak, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi durumundaysa, sınırlamaya tabi olup olmadığı hususunda doktrinde bir fikir birliğine varılamamıştır. Bu noktada kanaatimiz, TTK md.379 de belirtilen %10'luk sınırın, kaçış klozunda da uygulanması yönündedir. Zira aksinin savunulması, çalışmamızda da vurguladığımız üzere, birçok sorunu da beraberinde getirecektir.

Anonim şirketin, iktisap değerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırması gerekecektir. Bu husus TTK md. 520/1 hükmü gereğince bir zorunluluktur; ancak bu durum yalnızca şirketin kendi paylarını ivazlı olarak iktisap ettiği haller için söz konusudur. Söz konusu yedek akçeler ayrılmadan bir kar payı dağıtımı yapılırsa, bahse konu kar paylarının TTK md. 512 hükmü gereğince iade edilmesi gerekecektir.

Son olarak şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, iktisap edilen payların bilançoda gösterilmesi gerekliliği hususunda Türk Ticaret Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte TTK md. 74 vd. hükümleri gereğince, şirketin malvarlığına ilişkin bütün hususlar bilançoya geçirileceği için, iktisap edilen paylara ve bunun karşılığında ayrılan yedek akçelere de bilançonun pasif kısmında yer verilmelidir.

KAYNAKÇA


- AKIN, Murat Yusuf: Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2014.
- ALTAY, Sıtkı Anlam Altay: “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Esas Sözleşmesel Bağlam” in YASAMAN, Hamdi/ERDEM, Ercüment/DURAL, Ali/AYOĞLU, Tolga/ALTAY, Sıtkı Anlam/YUSUFOĞLU, Fülürya/YÜKSEL, Sinan (ed.), İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80.Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2009.
- ANSAY, Tuğrul: Anonim Şirketler Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1982.
- AYAN, Özge: “Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XVII (1-2), 2013, s.185-228.
- AYOĞLU, Tolga: “Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmeleri ve Karşılıklı Katılmalar Meselesi” in İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2009.
- BAHTİYAR, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, 7.Bası, Beta, İstanbul 2012.
- BARTU, Nihat: “Anonim Şirketlerin Kendi Hisse Senetlerini Satın Almaları” İstanbul Barosu Dergisi 8, 1947, s.346-351.
- BAUEN, Marc/BERNET, Robert: Schweizer Aktiengesellschaft: Aktienrecht, Fusionsrecht, Börsenrecht, Steuerrecht, Basel 2007.
- BİLGE, Kerem: Pay Sahipleri Sözleşmesi Kapsamında Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Kısıtlanması, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2017.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: Şirketler Hukuku, 9.Bası, Dora, 2013.
- BOZKURT, Tamer: Anonim Şirketlerde Pay Devrinin Sınırlandırılması (Bağlam) -Die Vinkulierung-, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2016.
- BÖCKLI, Peter: Schweizer Aktienrecht, Basel 2009.
- COŞAR, Ayşe: “Anonim Şirketin “Kaçış Klozu” Vasıtasıyla Kendi Paylarını İktisap Ederken TTK m. 379'daki Yüzde Onluk Sınır ile Bağlı Olup Olmadığı Sorunu” Terazi Hukuk Dergisi, 15 (164), 2020, s.720-731.
- ÇAPA, Mehmet Sadık: Anonim ve Limited Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2013.
- ÇEKER, Mustafa: Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, 1.Bası, Bankacılık Enstitüsü 2000.
- ÇELİKTAŞ, İlyas: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı, 1.Bası, Arıkan, Ankara 2006.
- DOMANIÇ, Hayri: Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması TTK Şerhi-II, 1.Bası, Temel, 1988.
- ERİŞ, Gönen: Gerekeçeli-Açıklamalı-İçtihatlı 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler, C.II, 1.Bası, Seçkin, Ankara 2013.
- FORSTMOSER, Peter/MEIER-HAYOZ, Arthur/NOBEL, Peter: Schweizerisches Aktienrecht, 1.Bası, Stämpfli 1996.
- GOETTE, Wulf/HABERSACK, Mathias/KALSS, Susanne (ed): Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5.Bası, Münih 2019. (Yazar, MüKo AktG).
- GÖKÇE, Ziya: “Şirket Hisselerinin Devir Engelleri ve Hukuki Sonuçları”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, 106, 2000, s.43-55.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2.Bası, Basel-Genf-Münih 2002.
- HÜFFER, Uwe: Aktiengesetz, 14.Bası, Beck 2020.
- İMREGÜN, Oğuz: Anonim Ortaklıklar, 1.Bası, Yasa, 1989.
- KARASU, Rauf: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Anonim Şirketlerde Kurumsal Yönetim ile İlgili Getirilen Yenilikler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (2), 2013, s.33-60.
- KENDİGELEN, Abuzer: Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, 1.Bası, Beta 1994.
- MOROĞLU, Erdoğan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 6.Bası, On İki Levha, İstanbul 2012.
- NOMER, Füsün: “Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi” in Prof.Dr.Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.469-490.
- OKUTAN NILSSON, Gül: “Şirketler Topluluğunda Karşılıklı İştirak”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 18 (2), 2012, s.255-268. (Kısaca: Karşılıklı İştirak)
- OKUTAN NILSSON, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2009. (Kısaca: Şirketler Topluluğu)
- ÖZDAMAR, Mehmet: Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi (TTK md. 329), 1.Bası, Yetkin, Ankara 2005.
- PASLI, Ali: Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi, 1.Bası, Çağa, İstanbul 2004.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 12.Bası, Vedat, İstanbul 2010.
- PULAŞLI Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 6.Bası, Adalet, Ankara 2020. (Kısaca: Şirketler Hukuku).

- PULAŞLI, Hasan: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Oğuz Kürşat Ünal’a Armağan), XVII (1-2), 2013, s.885-898. (Kısaca: Armağan).
- PULAŞLI, Hasan: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, 1.Bası, Adalet, Ankara 2011. (Kısaca: Şerh)
- SEVİ, Ali Murat: “Anonim Ortaklığın Kendi Payını Devralması Üzerine Bir İnceleme” BATİDER 22 (1), 2003. (Kısaca: BATİDER)
- SEVİ, Ali Murat: Anonim Ortaklıkta Payın Devri, 4.Bası, Seçkin, Ankara 2018. (Kısaca: Pay Devri)
- ŞENER, Oruç Hami: Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, 1.Bası, Seçkin, Ankara 2013.
- TAŞDELEN, Nihat: “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Anonim Ortaklık Pay Devrine Getirdiği Sınırlamalar” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), 16 (Özel Sayı), 2014, s.3351-3387.
- TEKİL, Fehiman: Anonim Şirketler Hukuku, 1.Bası, İstanbul 1993.
- TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Açıklamalı, Notlu ve Karşılaştırmalı 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat, 13.Bası, Vedat, İstanbul 2011.
- TEKİNALP, Ünal: “Anonim Ortaklıkta Sermayenin Korunması İlkesi” in Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, C.II, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2010, s.1681-1701. (Kısaca: Armağan)
- TEKİNALP, Ünal: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı” in Uğur Alacakaptan’a Armağan, 1.Bası, İstanbul 2008. (Kısaca: Alacakaptan Armağanı).
- TEKİNALP, Ünal: Anonim Ortaklıkta Yeni Bağlam Sisteminin Esasları, Pay Defteri Hukuku İle, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2012. (Kısaca: Yeni Bağlam).
- TEKİNALP, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2.Bası, Vedat, İstanbul 2012. (Kısaca: Yeni Ortaklıklar).
- TEOMAN, Ömer: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oydan Yoksunluğu, 1.Bası, Bankacılık Enstitüsü 1983. (Kısaca: Oydan Yoksunluk).
- TEOMAN, Ömer: “Limited Ortaklığın Edindiği Kendi Paylarından Doğan Hak ve Borçlar ve Edinmenin Diğer Bazı Sonuçları” in Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim – C.I:1971-1982, 1.Bası, İstanbul 2001, s.150-161. (Kısaca: Limited Ortaklığın Edindiği Kendi Payları).
- TEOMAN, Ömer: “Şirketçe Devralınan Payların Umumi Heyette Temsili Caiz Değildir Kuralının (TK. m. 329, f. 3, c. 2) Anlamı”, in Otuz Yıl Ticaret Hukuku – Tüm Makalelerim – C.I:1971-1982, 1.Bası, İstanbul 2001, s.261-273. (Kısaca: Şirketçe Devralınan Paylar).
- TURAN, Gökçen: Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisabının Genel Esasları, 1.Bası, Yetkin, Ankara 2018.
- TÜRK, Ahmet: Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi, 1.Bası, Adalet, Ankara 2016.
- UZEL, Necdet: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Göre Anonim Ortaklıkta Esas Sözleşmesel Bağlam, 1.Bası, On İki Levha, İstanbul 2013.
- von STEIGER, Fritz: İsviçrede Anonim Şirketler Hukuku (Çeviren:Tahir ÇAĞA), 1.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.
- YILDIZ, Şükrü: Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, 1.Bası, Seçkin, Ankara 2004.
- YILMAZ, Asuman: “Avrupa Birliği Hukuku’nda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması” in Prof.Dr.Ergun Özsunay’a Armağan, 1.Bası, Vedat, İstanbul 2004, s.27-48. (Kısaca: Armağan)
- YILMAZ, Asuman: “Alman Hukuku’nda Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Devralması ve "KonTraG" ile Getirilen Değişiklikler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, LXIII (1-2), 2005, s.239-290.
- YÜKSEL, Sinan: “Borsaya Kote Edilmemiş Bağlı Nama Yazılı Payların Devrinde Şirketin Alım Önerisinde Bulunarak Onay İstemini Reddetme Hakkı (Kaçış Klozu)”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Saygı Sempozyumu), 2, 2013, s.159-218.

TASARIM HUKUKUNDA BİLGİLENMİŞ KULLANICI KAVRAMI

THE CONCEPT OF INFORMED USER IN DESIGN LAW

Nihal KOŞER*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.846240> 

Makale Bilgi

Gönderi: 24/12/2020
Kabul : 31/05/2021

Anahtar Kelimeler

*Tasarım,
Ayırt Edicilik
Koruma Kapsamı,
Ayırt Edicilik
Değerlendirmesi,
Bilgilenmiş Kullanıcı.*

Article Info

Received: 24/12/2020
Accepted: 31/05/2021

Keywords

*Design,
Individual Character,
Scope of Protection,
Assessment of Individual
Character,
Informed User.*

Özet

Bir tasarımın 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında öngörülen hukuki korumadan yararlanabilmesi, yeni ve ayırt edici nitelikte olmasına bağlıdır. Bu niteliklere sahip bir tasarımın kazandığı korumanın kapsamı da yine sahip olduğu ayırt edici nitelikte doğru orantılı olarak belirlenmektedir. Her iki halde de ayırt edicilik değerlendirmesi; bilgilenmiş kullanıcı görüşü esas alınarak gerçekleştirilmektedir. Diğer bir deyişle, tasarım hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çoğunun ayırt edicilik ile bağlantılı olması karşısında bunların çözümünde belirleyici konumda bulunan kişinin; bilgilenmiş kullanıcı olduğu söylenebilecektir. Buna karşın 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu veya buna kaynak Avrupa Birliği hukuku düzenlemelerinde bilgilenmiş kullanıcı kavramının kapsam ve içeriğine ilişkin bir herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Çalışma kapsamında öncelikle bilgilenmiş kullanıcı kavramının ortaya çıkışı, işlevi ve konu olduğu hukuki düzenlemeler ele alınmıştır. Ardından unsurlar değerlendirilmiş ve doktrin ile uygulamada yapılan tanımlar çerçevesinde, bir tanım ortaya konulmuştur. Son olarak bilgilenmiş kullanıcının temel özellikleri açıklanmış ve bunların yorumunda ölçüt olarak kullanılan “ortalama tüketici” ve “uzman” kavramlarından farkları inceleme konusu yapılmıştır.

Abstract

The ability of a design to benefit from the legal protection stipulated under the Industrial Property Code no. 6769 depends on its novel and individual character. The scope of the protection gained by a design with these qualities is also determined in direct proportion to the individual character. In both situation, assessment of individual character is carried out on the basis of informed user opinion. It can be said that since most of the design law disputes are related to individuality, the informed user is a person who is in a decisive position in their resolution. In spite of that, there is no provision regarding the scope and content of the concept of informed user in the Intellectual Property Code no. 6769 or its source European Union legislation. In this direction, within the scope of the study, firstly the concept of informed user; its occurrence, functions and legal regulations which it is the subject are addressed. Subsequently, a definition is put forward within the framework of the elements that make up the concept and the definitions made in doctrine and practice. Finally, the main characteristics of the informed user and the differences between the concepts of "average consumer" and "expert" used as criteria in their interpretation are examined.

I. GİRİŞ

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun¹ (SMK) 55. maddesinde tasarım; “ürünün tümü veya bir parçasının ya da üzerindeki süslemenin çizgi, şekil, biçim, renk, malzeme veya yüzey dokusu gibi özelliklerinden kaynaklanan görünümü” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre bu tanım kapsamında yer alan tüm özgün ürün görünümleri tasarım niteliğindedir. Ancak bu husus, ilgili görünümün, SMK kapsamında tasarım olarak tescili ve/veya korunması için sadece bir ön şart teşkil etmekte olup; yeterli değildir. Kanun'un 56. maddesinde düzenlendiği üzere; tescil ve/veya koruma, tasarımın yeni ve ayırt edici nitelikte olmasına bağlıdır².

Bir tasarımın aynısı, tescilli tasarım için başvuru veya rüçhan tarihinden önce, tescilsiz tasarım için tasarımın kamuya ilk sunulduğu tarihten önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmamış ise o tasarım yeni kabul edilir (SMK m.56/4). Hukukumuzda yenilik değerlendirmesi; TÜRKPATENT tarafından, tescili istenen tasarımın *Google, Yandex vb.* arama motorlarında imaj araştırmasının yapılmasıyla, re'sen gerçekleştirilmektedir³. Buna göre söz konusu tasarım ile aynı veya örtüşen herhangi bir görünümün bulunmadığı hallerde yenilik koşulunun sağlandığı kabul edilmektedir⁴.

Tasarım koruması için gerekli bir diğer unsur olan ayırt edicilik ise; tasarımın yaratıldığı anda dış görünümünü oluşturan genel izlenim itibarıyla, benzerlerinden farklı niteliklere sahip olup olmadığına göre belirlenmektedir (SMK m.56/5). Tescili ve/veya korunması istenen tasarıma ilişkin ayırt edicilik incelemesi, yenilik değerlendirmesinden farklı olarak, re'sen gerçekleştirilmemektedir. Bu niteliğe ilişkin eksikliğin incelenbilmesi için mutlaka itiraz veya hükümsüzlük nedeni olarak ileri sürülmüş olması gerekmektedir (SMK m.67, 77). İşte bu hallerde görüşü esas alınan kişi; “bilgilenmiş kullanıcı” olarak belirlenmiştir. Ayırt ediciliğin bilgilenmiş kullanıcı nezdinde tespitinin bir diğer sonucu, tasarım koruma kapsamının da bu kavram çerçevesinde şekillenecek olmasıdır. Zira SMK m.58 uyarınca; “Tasarım sahibi, kendi tasarımına kıyasla ayırt edici niteliğe sahip olmayan tasarımlara karşı bu Kanundan doğan haklarını kullanabilir”. Buna göre ilgili tasarıma kıyasla hangi tasarımların ayırt edici nitelikte olduğu, yine bilgilenmiş kullanıcı üzerinde oluşan genel izlenimler dikkate alınarak tespit edilebilecektir⁵.

¹ RG. 10.01.2017, S. 29944.

² 6769 sayılı SMK'da, 554 sayılı mülga Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin aksine (554 sayılı KHK, RG. 27.06.1995, S. 22326), hem tescilli hem de tescilsiz tasarımlar bakımından hukuki koruma öngörülmüştür (SMK m.55). Buna göre tescilli veya tescilsiz tasarımın korunması için gerekli koşullar (yenilik ve ayırt edicilik) aynı olmakla birlikte tescile göre koruma süresi ve kapsamı değişiklik göstermektedir. Tescilsiz tasarımlar üç yıl süreyle ve yalnızca kopyalamaya (taklitçiliğe) karşı korunmaktadır (SMK m.59, 69). Bu düzenlemeler kaynak Avrupa Birliği tasarım hukukuyla da uyum içindedir; bkz. 12 Aralık 2001 tarih ve 6/2002 sayılı Avrupa Birliği Topuluk Tasarımı Hakkında Konsey Tüzüğü (6/2002 sayılı Tüzük, Council Regulation (EC) No. 6/2002 of 12 December 2001 on Community Designs, OJ L 3/1, 05.01.2002) m.1, 4, 5, 6, 11, 19.

³ 554 sayılı mülga KHK döneminde tasarım tescilinde incelemesiz sistem geçerliydi. Buna göre TPE (SMK ile birlikte “TPE” ibaresi “TÜRKPATENT” şeklinde değiştirilmiştir; SMK m.188) tasarımın yeni veya ayırt edici nitelikte olup olmadığını resen incelemekte, ancak bu hususları tescile itiraz halinde araştırabilmekteydi. Tescilin gerçekleştiği hallerde yenilik veya ayırt ediciliğin bulunmadığına ilişkin iddialar da hükümsüzlük veya tecavüz davasının konusunu oluşturmaktaydı. Görüldüğü üzere 6769 sayılı SMK ile bu sistem terk edilmiş ve yarı inceleme tescil sistemine geçilmiştir. Buna göre TÜRKPATENT tasarım tescil başvurularını şekil ve yenilik kapsamında değerlendirmekte, ancak ayırt ediciliğe ilişkin herhangi bir inceleme yapmamaktadır (SMK m.64).

Kaynak AB hukukunda ise tasarımlar, esasa ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılmadan; 6/2002 sayılı Tüzük'ün 4. ve 9. maddeleri uyarınca, sadece tanıma ve ahlak kurallarına uygunluk kapsamında şeklen incelenerek tescil edilmektedir; ayrıntılı bilgi için bkz. KUR, Annette/DREIER, Thomas/LUGINBUEHL, Stefan: *European Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2019, s.409-411; BEEBE, Barton: “Design Protection”, in Dreyfuss, Rochelle/Pila, Justine (ed.), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford 2018, s.585.

⁴ SMK m.64/6(d) uyarınca; TÜRKPATENT yeni olmadığı tespit edilen tasarım tescil taleplerini reddetmektedir. TÜRKPATENT tarafından reddedilen tasarım başvurularına karşı başvuru sahibi iki ay içerisinde itiraz edebilmektedir (SMK m.67/1). Bu itiraz, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından incelenir (SMK m.68/1).

⁵ Genel izlenim; bilgilenmiş kullanıcının tasarımın genel görünümü, karakteristik özellikleri ile ilgili ilk bakışta sahip olduğu fikir bütünüdür; bkz. LEVIN, Marianne: “The Harmonising Decisions from Luxembourg”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.60-61; SULUK, Cahit/ORHAN, Ali: *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Tasarımlar*, C. 3, Seçkin, Ankara 2008, s.140. Türk Hukukunda, kaynak AB Hukukunda olduğu gibi, ayırt edicilik değerlendirilmesi ürünün görünümünü esas alarak suretiyle gerçekleştirilmekte olup; tasarım korumasından bu görünüme katkı sağlayan unsurlar yararlanmaktadır. Bununla birlikte bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımların benimsendiği; görme, dokunma, tatma yoluyla hissedilen unsurların da bu kapsamda korunabilirliğinin kabul edildiği yönünde bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler” (Temel Yenilikler), in Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (ed.), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, BTHAE, Ankara 2017, s.257-258.

Tasarım hukukuna ilişkin uyumsuzlukların çoğu ayırt edicilik ile bağlantılı olup, çözümlerinde belirleyici konumda bulunan kişi; bilgilenmiş kullanıcıdır⁶. Ne var ki Kanun'da, bu kavram tanımlanmadığı gibi, kapsam ve sınırlarına ilişkin bir düzenleme de getirilmemiştir. Oysa bilgilenmiş kullanıcıya ilişkin tüm bu hususların açıklığa kavuşturulması, tasarım tescil ve korumasında esas alınan ilkelerin doğru bir şekilde tespiti ve uygulanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu doğrultuda çalışma kapsamında sırasıyla bilgilenmiş kullanıcı kavramının ortaya çıkışı, işlevi, konu olduğu hukuki düzenlemeler, tanımı, özellikleri ve benzer kavramlardan farkları inceleme konusu yapılmıştır.

II. KAVRAM HAKKINDA

A. Ortaya Çıkışı

Bilgilenmiş kullanıcı kavramının ortaya çıkışı; Avrupa Birliği'nin (AB) tasarım hukukuna ilişkin ortak bir rejim oluşturma çabasının sonucunda gerçekleşmiştir⁷. Esasen bu amaç doğrultusunda yapılan ilk çalışma olan 1991 tarihli *Green Paper*'da tasarımların ayırt edicilik değerlendirmesinin ilgili ürünlerin olağan tüketicisi (*ordinary consumer*) tarafından yapılacağı belirtilmişti⁸. Ancak Komisyon'un (*Commission of the European Communities*) 1993 yılında yayımlanan Tüzük teklifinde olağan tüketicinin yerini "bilgilenmiş kullanıcı" (*informed user*) kavramının almış olduğu görülmektedir⁹.

Komisyon bu değişikliği; bilgilenmiş kullanıcının tasarımlara ilişkin belli düzeyde bilgi ve farkındalık sahibi olduğu, dolayısıyla olağan tüketiciye kıyasla tasarımlar arası farklılıkları tespit noktasında daha isabetli bir tercih oluşturacağı gerekçesine dayandırmıştır. Buna göre bilgilenmiş kullanıcı tasarımları uzman düzeyinde değerlendirmeden, olağan bir tüketicinin dikkatinden kaçabilecek çarpıcı farklılıkları bulabilecek düzeyde bilgi ve deneyim sahibidir¹⁰. Bu yaklaşıma Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (*European Parliament and Council*) de herhangi bir itirazda bulunulmamasıyla, bilgilenmiş kullanıcı kavramı, tasarım hukukunda önemli ve değişmez bir yer edinmiştir.

B. İşlevi ve Amacı

Tasarım yaklaşımıyla (*design approach*); tasarımların ilgili pazarlardaki işlevlerinin öne çıkarılması ve korunması hedeflenmektedir¹¹. Bu nedendir ki; tasarım hukukunda birçok kavram ve kurum ayırt edicilik çerçevesinde ele alınmaktadır. Zira bir tasarımı diğerlerinden ayırt edici hale getiren tüm özellikler, korunmaya değer kabul edilmektedir¹². Ayırt edici olmayan bir tasarımın tescili talebi itiraz, tescilin gerçekleşmesi de hükümsüzlük nedeni sayılmaktadır¹³. Ayırt edici nitelikteki bir tasarımın ihlali ise tecavüz davasının¹⁴ konusunu oluşturabilmektedir. İşte ayırt ediciliğe ilişkin tüm bu hususlarda görüşü esas alınan kişi "bilgilenmiş kullanıcı" olarak belirlenmiştir.

Bilgilenmiş kullanıcı kavramı belli bir amaç ve ihtiyaç neticesinde geliştirilmiştir. Şöyle ki; tasarımların ayırt edicilik değerlendirmesi "uzman" sıfatına sahip kişilerce gerçekleştirilirse; tasarımlar

⁶ LAUSTSEN, Rasmus Dalgaard: The Average Consumer in Confusion-Based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions, Springer, Cham 2019, s.154; ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: "Tasarımların Ayırt Edicilik İncelemesinde Malzeme, Renk ve Desen Değişikliğinin Rolü" (Ayırt Edicilik), Batider, 28(1), 2012, s.6.

Tasarım koruması bakımından yenilik koşulunun sağlanmadığı yönündeki itiraz veya hükümsüzlük taleplerine, ayırt ediciliğe kıyasla, daha az rastlanmaktadır. Zira yenilik incelemesi bir tasarımın dış görünüş itibarıyla aynıının mevcut olup olmadığıyla sınırlı gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla tasarımlar arası çok küçük olmayan farklılıkların mevcudiyetinde, benzerlik bulunsada dahi bu koşulun sağlandığı kabul edilmektedir; bkz. Yargıtay 11.HD. 09.07.2007, E. 2006/8085, K. 2007/10387; SULUK/ORHAN, s.127-129.

⁷ AB üyesi ülkelerin tasarım korumasına ilişkin yaklaşımları büyük farklılıklar içermekteydi. Bir kısım ülke (özellikle Almanya ve Fransa) tasarım korumasını fikir ve sanat eserleri hukuku (copyright approach) uyarınca gerçekleştirmekteydi, diğer bir kısım (İngiltere başta olmak üzere) patent hukukuna yaklaşan (patent approach) bir sistem kabul etmişti. AB ise her iki yaklaşımdan farklı olarak tasarım korumasının ancak tasarım hukukunun amacına uygun kapsam ve koşullarda sağlanabileceğini gerekçesiyle tasarım hukuku (design approach) yaklaşımını benimsemiştir; ayrıntılı bilgi için bkz. KUR, Annette/LEVIN, Marianne: "The Design Approach Revisited: Background and Meaning", in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), The EU Design Approach: A Global Appraisal, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.1-27.

⁸ Green Paper on the Legal Protection of Industrial Design, Commission of the European Communities, Brussels, June 1991, 91 III/F/5131191, <http://aei.pitt.edu/1785/>, (Erişim Tarihi: 18.11.2020), s.69-70, 72-73.

⁹ Proposal for a European Parliament And Council Regulation on the Community Design, Commission of the European Communities, COM(93) 342 final-COD 463, Brussels, 3 December 1993, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF>, (Erişim Tarihi: 18.11.2020), s.7, 12, 15-16.

¹⁰ 1993 EC Commission Proposal, s.12, 15-16.

¹¹ KUR/LEVIN, s.7-8.

¹² ŞEHİRALİ ÇELİK, Ayırt Edicilik, s.6.

¹³ 6/2002 sayılı Tüzük m.52, 25; 6769 sayılı SMK m.67, 77.

¹⁴ 6/2002 sayılı Tüzük m.19; 6769 sayılı SMK m.81.

arası çok küçük ayrıntılar dahi genel izlenim bakımından farklı olarak nitelendirilebilir. Bu durum da çok fazla tasarım tescilinin gerçekleşmesine karşın, çok azının tecavüz gerekçesiyle korunabilme hakkına sahip olması gibi istenmeyen bir sonuç doğurur. Bir diğer ihtimal olan; bu değerlendirmenin olağan tüketiciler tarafından yapılması halinde ise genel izlenime ilişkin tasarımlar arası bazı farklılıklar gözden kaçırılabilir. Dolayısıyla çok az sayıda tasarım tesciline karşın, belli başlı tasarımlar bakımından tekel niteliğinde bir hak oluşumu mümkün hale gelir¹⁵.

Görüldüğü üzere tasarım korumasıyla hedeflenen dengenin sağlanması gerekmektedir. Bu doğrultuda bilgilendirilmiş kullanıcı kavramı; tasarımın ayırt ediciliğinin belirlenmesinde normatif bir standart sağlamış ve bu konuda hukuki bir belirsizlik oluşmasının önüne geçmiştir¹⁶. Değişen piyasa koşulları doğrultusunda şekillenen tüketici görüşü yerine sektörün içinden ve kanıtlanabilir olgular neticesinde oluşan kullanıcı algısı esas alınmalıdır¹⁷.

C. İlgili Hukuki Düzenlemeler

1. Avrupa Birliği Hukukunda

AB hukukunda tasarımlar; 6/2002 sayılı Topluluk Tasarımı Hakkında Konsey Tüzüğü ile 98/71 sayılı Tasarımların Korunması Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Yönergesi¹⁸ ile düzenlenmektedir. Anılan Tüzük ve Yönerge, Türk tasarım hukukunun da kaynağı niteliğindedir. Zira bu düzenlemeler 554 sayılı mülga KHK'nın¹⁹ yanında halihazırda yürürlükte bulunan 6769 sayılı SMK'nın da tasarımlara ilişkin hükümlerine kaynak teşkil etmektedir²⁰. Dolayısıyla burada öncelikle bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının AB tasarım hukukundaki yeri ve kapsamı üzerinde durulacak ardından karşılaştırmalı olarak Türk hukuku düzenlemelerine yer verilecektir.

6/2002 sayılı AB Topluluk Tasarım Tüzüğü'nün 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; bir tasarım, bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde oluşturduğu genel izlenim itibarıyla önceki bir tarihte kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımdan farklıysa ayırt edicidir. Ayırt edicilik, tasarım korumasının yanında bu korumanın kapsamının belirlenmesinde de esas teşkil etmektedir. Bu doğrultuda Tüzük'ün 10/1. maddesinde; *“Topluluk tasarımı tarafından sağlanan korumanın kapsamı, bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde farklı bir genel izlenim oluşturmayan tüm tasarımları kapsar”* düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan hüküm ayırt ediciliğin varlığının ötesinde koruma kapsamının sınırlarını belirlenmeye hizmet etmektedir. Zira bir tasarımın ayırt ediciliği derecelendirilemez; bir tasarım ya ayırt edici niteliktedir ya da değildir. Ancak ayırt edicilikten doğan koruma, var olan farklı özelliklerin niteliği ve niceliği doğrultusunda dar ya da geniş olabilmektedir²¹.

Paralel düzenlemeler aynı ifadelerle AB Tasarım Yönergesi'nin 5/1. ve 9/1. maddelerinde de yer almaktadır. Buna göre tasarımın ayırt ediciliği niteliğinin ve koruma kapsamının belirlenmesinde bilgilendirilmiş kullanıcının tasarıma ilişkin algısı esas alınmaktadır. Böylelikle tasarımın ayırt ediciliğini esas alan düzenlemeler arasındaki bağlantı açıkça ortaya konulmuştur. Ancak ne Tüzük ne de Yönerge'de bilgilendirilmiş kullanıcının kim olduğu, özellikleri veya hangi esaslar ışığında belirleneceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böylelikle kavramın içeriği ve sınırları uygulamaya yansıyan somut uyumsuzluklar çerçevesinde şekillenmiştir.

2. Türk Hukukunda

6769 sayılı SMK'nın kabulünden önceki dönemde tasarımlar, 554 sayılı KHK ile korunmaktaydı. Mülga KHK'da da kaynak düzenlemelere uygun olarak ayırt ediciliğin ve koruma kapsamının belirlenmesinde bilgilendirilmiş kullanıcının bu yöndeki değerlendirmesinin esas alınacağı

¹⁵ STONE, David: “EU Design Cases Looking Up”, *Managing Intellectual Property*, 259, 2016, s.29.

¹⁶ KUR/LEVIN, s.17; LAUSTSEN, s.154.

SMK'nın 56. maddesinin gerekçesinde de ifade olduğu üzere; *“Tasarımlar ayırt edici nitelik açısından birbirleriyle kıyaslanırken farklı bilgi ve tecrübeye sahip kişilerce değişik şekilde yorumlanabilmektedir. Söz konusu sektörde bilgi ve tecrübe sahibi olan bir kişinin yapacağı kıyaslama ile herhangi bir tüketicinin yapacağı kıyaslama farklı olacaktır”*.

¹⁷ KUR/LEVIN, s.17.

¹⁸ Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the Legal Protection of Designs, OJ L 289/28, 28.10.1998.

¹⁹ 554 sayılı mülga KHK Türkiye'nin tarafı olduğu fikri mülkiyet hukuku alanındaki uluslararası anlaşmaların yanında 1993 tarihli AB Topluluk Tasarımlarının Korunmasına İlişkin Yönerge ve Tüzük tasarımları kaynak alınarak hazırlanmıştır, ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Ünal: *“Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerine Etkileri”*, İÜHFM, 55(1-2), s.71 vd.

²⁰ SMK'nın Genel Gerekçesinde bu husus; *“Sinai Mülkiyet Kanununun “Tasarım” Kitabı ile getirilen düzenlemelerle; uygulamada karşılaşılan sorunlara çözüm getirilmesi ve Avrupa Birliği düzenlemeleri ile taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalara, özellikle Endüstriyel Tasarımların Uluslararası Tesciline İlişkin Lahey Anlaşmasının Cenevre Metnine tam uyumun sağlanması ve düzenlemede, işlemlerin kullanıcı ihtiyaçlarına uygun olarak basit, hızlı ve en az bürokrasi ile sonuçlandırılması için mevzuatın sistematik, açık ve anlaşılır hale getirilmesi amaçlanmıştır”* şeklinde belirtilmiştir.

²¹ LAUSTSEN, s.154.

belirtildiği.

554 sayılı KHK m.7/1 uyarınca; “Bir tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olması, bu tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenim ile ikinci fıkrada belirtilen herhangi bir tasarımın böyle bir kullanıcıda yarattığı genel izlenim arasında belirgin bir farklılık olması anlamındadır”²².

Bununla birlikte ayırt edici niteliğin değerlendirilmesinde, birbirleri ile kıyaslanan tasarımların ilke olarak farklılıklarından çok ortak özelliklerine ağırlık verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Koruma kapsamının belirlenmesinde ise bu maddeye uygun olarak o tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimle bariz bir benzerlik gösteren bütün tasarımlar dikkate alınmaktaydı (554 sayılı KHK m.10).

Bu hükümler, 6769 sayılı SMK’da, kaynak AB düzenlemeleri doğrultusunda yapılan önemli değişikliklerle birlikte yer almıştır. Kanun’un 56. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca; “Bir tasarımın bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim; ... kamuya sunulmuş herhangi bir tasarımın aynı kullanıcı üzerinde yarattığı genel izlenimden farklı ise bu tasarımın ayırt edici niteliğe sahip olduğu kabul edilir”. Buna göre, AB hukukunda olduğu gibi, ayırt ediciliğin kabulü bakımından bilgilendirilmiş kullanıcı üzerinde oluşan genel izlenimin önceki tasarımlardan farklı olması yeterlidir. Belirgin bir farklılık aranmayacaktır. Ayrıca ayırt edicilik değerlendirmesinde bilgilendirilmiş kullanıcının farklılıklardan çok ortak özelliklere ağırlık vereceğine ilişkin belirlemeye SMK’da, isabetli olarak yer verilmemiştir²³.

Koruma kapsamına ilişkin 58. maddede ise; “Tasarım sahibi, kendi tasarımına kıyasla ayırt edici niteliğe sahip olmayan tasarımlara karşı bu Kanundan doğan haklarını kullanabilir” hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle mülga KHK’nın aksine koruma kapsamının belirlenmesinde ayırt edicilik esas alınmıştır²⁴. Ayrıca bu düzenlemeyle tasarımlar arası “bariz bir benzerlik” aranmasından vazgeçilerek koruma şartları ile kapsamı arasında uyum sağlanmıştır.

Bununla birlikte, koruma kapsamının belirlenmesinde, kaynak AB düzenlemelerinin aksine, ayırt edici nitelik değerlendirmesine ve bilgilendirilmiş kullanıcıya açıkça atıfta bulunulmamıştır. Bunun yerine tasarım korumasının “ayırt edici niteliğe sahip olmayan tasarımlar”ın tümünü kapsadığı belirtilmekle yetinilmiştir²⁵. Bu ifadeden, dolaylı bir biçimde, koruma kapsamının belirlenmesinde bilgilendirilmiş kullanıcının ayırt ediciliğe ilişkin değerlendirmesine başvurulacağı anlaşılmaktaysa da, kaynak düzenlemelere uygun ve açık bir hükmün tercihi daha yerinde olurdu.

Sonuç olarak Türk tasarım hukukunda da bilgilendirilmiş kullanıcı, tasarımın ayırt ediciliğinin belirlenmesinde görüşü esas alınan kişi olarak kabul edilmiş olup, bunun dışında bir düzenlemeye konu olmamıştır. Dolayısıyla bu kavramın kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde AB ve Türk uygulama ve doktrininin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

III. TANIMI

Bilgilendirilmiş kullanıcı, 6769 sayılı SMK ya da bu Kanun’un kaynağı niteliğindeki 6/2002 sayılı Tüzük ve 98/71 sayılı Yönerge’de tanımlanmamıştır. Tüm bu hukuki düzenlemelerde, doğrudan veya dolaylı olarak tasarımın ayırt edici niteliği ile koruma kapsamının tespitinde görüşü esas alınacak kişinin bilgilendirilmiş kullanıcı olduğu belirtilmekle yetinilmiştir.

Bu doğrultuda bilgilendirilmiş kullanıcı ile kastedilenin kim olduğunun belirlenebilmesi; kavramı oluşturan unsurların değerlendirilmesi sonucu yapılacak hukuki nitelendirme ile mümkündür. Dolayısıyla çalışmamızın bu kısmında öncelikli olarak “bilgilendirilmiş” ve “kullanıcı” kavramları incelenmiş, ardından kavrama ilişkin doktrin ve uygulamada yapılan tanımlara yer verilmiştir. Son olarak ele alınan tüm hususlar değerlendirilerek; bilgilendirilmiş kullanıcı kavramı tanımlanmıştır.

²² 554 sayılı KHK kaynak AB düzenlemelerinden farklı olarak ayırt ediciliğin tespitinde; bilgilendirilmiş kullanıcı nezdinde oluşan genel izlenimler arasında belirgin bir farklılık aramaktaydı. Dolayısıyla bilgisi esas alınan kişi aynı olmakla birlikte, tasarımın tescil ve koruması bakımından AB hukukuna kıyasla daha yüksek bir kriter getirilmiştir.

²³ Kaynak 6/2002 sayılı Tüzük’ün hazırlık çalışmalarında ayırt edicilik değerlendirmesinin farklılıklardan ziyade benzerlikler temel alınarak yapılmasının daha yerinde olacağına ilişkin bir görüş belirtilmekteydi; 1991 Green Paper, s.73. Bu görüş anılan Tüzük’te yer bulamasa da, aynı dönem hazırlanan mülga 554 sayılı KHK’da kanunlaşmıştır. SMK hazırlanırken ise, yürürlükteki Tüzük ile uyumlu olarak, ilgili hüküm kapsamında verilen çelişkili Yargıtay kararları ve doktrindeki eleştiriler dikkate alınmış; Kanun metninde böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir, bu konudaki açıklamalar için bkz. ŞEHİRALİ ÇELİK, Temel Yenilikler, s.264; MEMİŞOĞLU, Özgür: Tescilli Tasarımlarda Yenilik ve Ayırt Edicilik Unsurları, Seçkin, Ankara 2020, s.185.

²⁴ ŞEHİRALİ ÇELİK, Temel Yenilikler, s.267.

²⁵ SMK m.58/1’in gerekçesine bakıldığında; “Maddenin birinci fıkrasında tasarım hakkıyla sağlanan korumanın kapsamı ve bu kapsamın belirlenmesinde nasıl bir yolun takip edileceği ifade edilmektedir. Korumanın kapsamı ayırt edicilik kriteri göz önünde bulundurularak yapılacaktır” şeklinde bir belirlemede bulunulmuş, neden dolaylı bir ifade tercih edildiğine ilişkin ise bir açıklamaya yer verilmemiştir.

A. Kavramı Oluşturan Unsurların İncelenmesi

1. Bilgilenmiş Olmak

Tasarımlara ilişkin ayırt edicilik değerlendirmesi, kaynak AB düzenlemelerinde belirtildiği şekliyle; “*informed user*” tarafından gerçekleştirilir²⁶. Bu kavram Türkçe’ye “bilgilenmiş kullanıcı” olarak çevrilmiştir. Zira “*informed*” kelime anlamı itibariyle; bilgili, bilgilendirilmiş veya haberdar olmaya karşılık gelmektedir²⁷. Bu doğrultuda “bilgilenmiş” nitelemesinin, ayırt edicilik incelemesini yapacak kişinin tasarımlara ilişkin belli bir bilgi düzeyine sahip olması gerektiğini belirtme amacıyla kullanıldığı söylenebilecektir²⁸.

Uygulamaya yansıyan uyumsuzluklara bakıldığında ise bu kavrama daha geniş bir anlam yüklendiği görülmektedir. ABAD’ın (Avrupa Birliği Adalet Divanı) birden çok kararında bu husus; “*Bilgilenmiş’ nitelemesi; tasarımcı veya teknik uzman olmaksızın, ilgili sektörde var olan tasarımlar ile bu tasarımların normalde içerdiği özellikler hakkında belirli bir bilgi düzeyine sahip ve tüm bunların sonucu olarak da kullanım sırasında yüksek dikkat seviyesi gösterme halini ifade eder*” şeklinde belirtilmiştir²⁹. Buna göre bilgilenmiş sıfatı; ilgili tasarım ve bulunduğu sektör hakkında geniş bilgi sahibi olmanın yanında, belli bir deneyim ve bu doğrultuda kazanılan dikkat ve özeni de ifade etmektedir.

2. Kullanıcı Olmak

Bilgilenmiş kullanıcı kavramının bir diğer unsuru olan; “kullanıcı” (*user*) olma hali, birden çok anlam ifade edebilmektedir. Buna göre kullanıcı, tasarımın uygulandığı ürünün alıcısı ya da son kullanıcısı olan tüketicisi midir veya bu terim ilgili sektörde faaliyet gösteren bir kişiyi mi işaret etmektedir? Bu hususta ilgili mevzuatta herhangi bir açıklık bulunmamasından ötürü uygulama ve doktrinde farklı görüş ve yaklaşımlar ileri sürülmüştür³⁰.

AB Genel Mahkemesi, “kullanıcı”yı; “*söz konusu tasarımın uygulandığı ürünü, tasarlanma amacına uygun olarak kullanan kişi*” olarak tanımlamıştır³¹. Bu doğrultuda kavram, birden fazla kararda ürünün son kullanıcısı şeklinde somutlaştırılmıştır³². Bununla birlikte kullanıcının

²⁶ 6/2002 sayılı Tüzük m.6/1, 10/1; 98/71 sayılı Yönerge m.5/1, 9/1.

²⁷ <https://dictionary.cambridge.org/tr/informed>, (Erişim Tarihi: 18.12.2020).

²⁸ Suluk ise bilgilenmiş kullanıcının, marka ve haksız rekabet hukukunda esas alınan ortalama tüketici kavramına yakın bir yerde konumlandırılması gerektiğini, bu nedenle “bilgilenmiş” yerine “ilgili” kullanıcı kavramının tercih edilmesinin daha isabetli olacağını ileri sürmüştür; SULUK, Cahit: “Tasarım Hukukunda “Bilgilenmiş Kullanıcı” ve Uygulamada Bazı Sorunlar”, Ünal Tekinalp’e Armağan: Bilgi Toplumunda Hukuk, C. II, s.393, 395.

²⁹ CJEU, 20.10.2011, C-281/10 P, PepsiCo v Grupo Promer Mon Graphic, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-281/10>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 59 (Karar kısaca “PepsiCo” olarak anılacaktır); GCEU, 20.06.2010, T-153/08, Shenzhen Taiden v OHMI Bosch Security Systems (Équipement de communication), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-153/08>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 47 (Karar kısaca “Shenzhen” olarak anılacaktır); GCEU, 16.06.2011, T-68/10, Sphere Time v OHMI - Punch (Montre attachée à une lanière), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-68/10>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 51 (Karar kısaca “Sphere Time” olarak anılacaktır); GCEU, 21.11.2013, T-337/12, El Hogar Perfecto del Siglo XXI v OHMI - Wenf International Advisers (Tire-bouchon), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-337/12&language=EN>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 23 (Karar kısaca “El Hogar” olarak anılacaktır).

³⁰ AB üye ülkelerinin ulusal düzenleme ve uygulamalarına bakıldığında da kullanıcı kavramının farklı şekillerde değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin Fransız hukukunda bilgilenmiş kullanıcı kavramına karşılık ‘*observateur averti*’, bilgilenmiş “gözlemci” terimi tercih edilmiştir. Bu kapsamda hükmü uygulayan bir Fransız Yüksek Mahkemesi kararı, bilgilenmiş gözlemcinin, ürünü kullanması amaçlanan müşteri değil, kişisel deneyimi veya sektör hakkındaki kapsamlı bilgisi nedeniyle özellikle dikkatli bir gözlemci olduğuna karar vermiştir; (C Cass, com, April 3 2013, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027282289/>, (Erişim Tarihi: 06.11.2020); ayrıntılı bilgi için bkz. Legal Review on Industrial Design Protection in Europe: Under the Contract with the Directorate General Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs (MARKT2014/083/D), Final Report, 15 April 2016, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/en> (Erişim Tarihi: 10.11.2020), s.63. İngiliz içtihat hukukuna bakıldığında ise kullanıcının; tasarımcı, üretici veya satıcı olmadığı, ancak bunları satın alan, seçen veya profesyonel olarak kullanan kişilerden biriyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi gereken bir kavram olarak yorumlandığı görülmektedir; EWPC, Case No: CC11P03061, 01.11.2012, Louver-Lite Limited v Harris Parts Limited (trading as Harris Engineering), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWPC/2012/53.html>, (Erişim Tarihi: 06.11.2020), para. 27.

³¹ GCEU, T-153/08, Shenzhen, para. 46; GCEU, T-68/10, Sphere Time, para. 51; GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 23.

³² Örneğin konferanslarda kullanılan mikrofon tasarımının ayırt ediciliğinin uyumsuzluk konusu yapıldığı Genel Mahkeme’nin Shenzen kararında, Mahkeme, bilgilenmiş kullanıcıyı; mikrofon önünde konuşma yapılan konferans veya bilimsel toplantılara düzenli olarak katılım gösteren kişi olarak belirlemiştir; para. 49. Bilgilenmiş kullanıcı olarak belirlenen kişinin ilgili tasarımı kullanmaya ilişkin deneyim ötesinde teknik özelliklerine ilişkin kapsamlı bilgi sahibi olmayacağı göz önüne alındığında kullanıcı kavramını dar ve lafzi yorumlamanın bir takım sakıncalar doğurabileceği görülmüştür; bu yönde CORNWELL, Jane: “Under-referred, Under-reasoned, Under-resourced? Re-examining EU Design Law before the Court of Justice and General Court”, https://www.research.ed.ac.uk/portal/files/26504726/Jane_Cornwell_Re_examining_design_law.pdf, (Erişim Tarihi: 03.11.2020), s.14-18. Kur ise Genel Mahkeme’nin bu karar özelindeki yaklaşımını eleştiriye açık ancak uygulanacak

belirlenmesinde alternatifli (ikili) bir yaklaşımın benimsendiği kararlar da bulunmaktadır³³. Bunlardan ilki Genel Mahkeme'nin 2010 tarihli, alkolsüz içecek ve cipslerde hediye olarak verilen taso tasarımlarına ilişkin uyuşmazlığı konu alan, *Grupo Promer* kararıdır³⁴. Burada bilgilenmiş kullanıcının, ilgili ürünlerin son tüketicisi olan 5-15 yaş aralığında bir çocuk ya da ürün alımında promosyon stratejilerini belirleyen satış yöneticisi olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir³⁵. Buna göre önemli olan; her iki grubun da uzman seviyesine erişmeden ilgili sektörde bulunan ürünler, ambalajlamaları ve promosyonları hakkında farkındalık, bilgi ve dikkat sahibi kişilerden oluşuyor olmasıdır³⁶.

Konuya ilişkin doktrindeki görüşlere bakıldığında; *Cornwell*, kullanıcı olarak ifade edilen kişinin “alıcı” (*purchaser*) olduğunu belirtmiştir. Yazara göre aksi bir yaklaşım, özellikle bu kişinin son tüketici olarak kabulü, tasarım yaklaşımının kabulüyle amaçlanana aykırı sonuçlar doğuracaktır³⁷. *Kur*, alıcı ve kullanıcıyı esas almanın uygulamada sonuca ilişkin kayda değer bir farklılık oluşturmayacağını ve kavram kargaşasından da kaçınılması gerektiğine dikkat çekmiştir³⁸. *Lausten*’e göre; kullanıcı kavramının alıcı, son kullanıcı, satış yöneticisini vb. içerisine alacak şekilde geniş yorumlanması, kavramın soyut niteliğiyle uyumlu olacaktır³⁹. *Suluk* ise kullanıcı kavramı yerine alıcı, kullanıcı ve tüketiciyi de kapsar şekilde “tasarımın hitap ettiği kişi veya çevre” ifadesine yer verilmesinin daha isabetli olacağını belirtmiştir⁴⁰.

Uygulama ve doktrindeki tüm bu görüşler çerçevesinde; kullanıcı kavramının; uzmanlık seviyesine erişmeden ilgili sektör bakımından karar verici sayılabilecek ve tasarımın piyasada kullanılması noktasında aktif kişi gruplarının tümünü karşılar nitelikte kullanıldığı görülmektedir. Buna göre bu kişi; alıcı, son kullanıcı, tüketici veya ilgili alanda yönetici olabilecektir. Nitekim Komisyon’un 1993 tarihli Tüzük ve Yönerge’ye ilişkin teklifinde de bu husus; “*bilgilenmiş kullanıcı; son tüketici olabileceği gibi ürünün nihai görünüşünden tamamen habersiz bir kişi de olabilir. Örneğin, bir makinenin dahili bir parçasıysa veya bir onarım sırasında değiştirilen mekanik bir cihaza ilişkin tasarımda; “bilgilenmiş kullanıcı”, parçayı değiştiren kişidir”* denilmek suretiyle ortaya koyulmuştur⁴¹.

B. Uygulama ve Doktrinde Yapılan Bilgilenmiş Kullanıcı Tanımları

AB hukukunda bilgilenmiş kullanıcıya ilişkin ilk kapsamlı tanım, ABAD’ın *PepsiCo* kararında yapılmıştır⁴². Buna göre; “*Bilgilenmiş kullanıcı kavramı marka hukukundaki belirli bir düzeyde bilgi sahibi olması beklenmeyen ve kural olarak çatışan markalar arasında doğrudan karşılaştırma yapmayan ortalama tüketici ile patent hukukundaki ayrıntılı teknik uzmanlığa sahip sektörel uzman arasında bir yerde durmaktadır. Bu nedenle, bilgili kullanıcı kavramı, ortalama bilgiye sahip bir kullanıcıyı değil, kişisel deneyimi veya söz konusu sektör hakkındaki kapsamlı bilgisi nedeniyle özellikle dikkatli bir kullanıcıya karşılık gelmektedir*”⁴³. Bilgilenmiş kullanıcıyı kim olmadığı üzerinden; benzer kavramlarla karşılaştırmalı olarak tanımlayan bu ifade, bunu izleyen birçok kararda,

hukuki koşullarda netliğin sağlanması adına kabul edilebilir bulmuştur; KUR, Annette: “The Design Approach and Procedural Practice – Mismatch or Smooth Transposition?”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), The EU Design Approach: A Global Appraisal, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.182.

³³GCEU, T-68/10, Sphere Time, para. 53; GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 29; GCEU, 4.02.2014, T-339/12, Gandia Blasco v OHMI - Sachi Premium-Outdoor Furniture (Fauteuil cubique), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-339/12&language=EN>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), para. 13.

³⁴ GCEU, 18.03.2010, T-9/07, Grupo Promer Mon Graphic v OHMI – PepsiCo, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-9/07>, (Erişim Tarihi: 05.11.2020), (Karar kısaca “Grupo Promer” olarak anılacaktır).

³⁵ GCEU, T-9/07, Grupo Promer, para. 64.

³⁶ Yargıtay 11.HD., 1.10.2019, E. 2018/1204, K. 2019/6012 kararında da benzer şekilde; “..endüstriyel tasarım tescili kapsamında yer alan araba yan basamağı ürünü için bilgilenmiş kullanıcı olarak nitelendirilebilecek kişinin, dava konusu ürünün satıldığı bir araç aksesuar dükkanında çalışan satış temsilcisi, bir galeride çalışan satış elemanı veya bizzat bu tür ürünlerin monte edildiği yerden yüksekliği nispeten fazla olan, servis aracı, arazi aracı v.s. kullanan bir sürücü olabileceği” belirtilmiştir. Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 11.HD., 19.9.2018, E. 2016/14393, K. 2018/5421; Yargıtay 11.HD., 7.10.2019, E. 2018/5466, K. 2019/6248; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

³⁷ CORNWELL, s.14-18.

³⁸ KUR, s.180-181.

³⁹ LAUSTSEN, s.154.

⁴⁰ SULUK, s.393, dn.29.

⁴¹ 1993 EC Commission Proposal, s.12.

⁴² Esasen AB hukukunda bilgilenmiş kullanıcı kavramı, ilk olarak Genel Mahkeme'nin *Grupo Promer* kararında inceleme konusu yapılmıştır. Bu kararda bilgilenmiş kullanıcı “...mevcut tasarım külliyatı hakkında bilgi sahibi ve özellikle dikkatli kişi” olarak ifade edilmiştir. Ne var ki bilgilenmiş kullanıcının özelliklerine işaret eden bu belirleme kavramın içerik ve kapsamının tespiti ve dolayısıyla tanımı noktasında yetersizdir; GCEU, T-9/07, Grupo Promer, para. 64.

⁴³ CJEU, C-281/10 P, PepsiCo, para. 53.

bugüne dek, tekrar edilmeye devam edilmiştir⁴⁴.

Bilgilenmiş kullanıcının tanımı noktasında yerleşik hale gelen bu belirleme Türk hukuku uygulamasında da benimsenmiştir⁴⁵.

SMK'nın 56. maddesinin beşinci fıkrasına ilişkin gerekçede bilgilenmiş kullanıcı benzer esaslarla; "Ayırt edici niteliğin belirlenmesinde ve tasarımların karşılaştırılmasında, ne sıradan tüketici gibi basit ne de ilgili sektörde uzman kişi kadar derin bir değerlendirme gerektirmeyecek şekilde, ürün hakkında temel bilgilere sahip bir kişinin yapacağı değerlendirme anlaşılmalıdır. Söz konusu değerlendirmeyi yapabilecek kişi Kanunda "bilgilenmiş kullanıcı" olarak yer almıştır" şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrindeki tanımlara bakıldığında, uygulamanın da etkisiyle, bilgilenmiş kullanıcının benzer esaslarla tanımlanmaya devam edildiği görülmektedir⁴⁶. Kur, bu durumu; anılan tanımın tasarım yaklaşımıyla uyum içinde olmasına bağlamaktadır. Nitekim bilgilenmiş kullanıcı kavramının yorumuna ilişkin bir talep veya uygulamaya yansıyan bir herhangi bir uyumsuzluk bulunmaması, bu tanımın pratikte de yerleştiğinin bir kanıtı olarak değerlendirilmektedir⁴⁷.

C. Değerlendirme

Bilgilenmiş kullanıcı kavramını oluşturan unsurlar ile uygulama ve doktrinde yapılan tanımlar dikkate alındığında birkaç hususun açıklığa kavuşturulmasında fayda bulunmaktadır. Öncelikle bilgilenmiş kullanıcı farazi (fiktif) bir kişidir⁴⁸. Uygulamaya yansıyan kararların çoğunda⁴⁹ somutlaştırılmaya çalışılan bu kavram belli bir kişi veya kişi grubuna karşılık kullanılmamalıdır. Zira bilgilenmiş kullanıcı, somut belirli bir kişiden ziyade, ilgili alan bakımından görüşleri araştırılabilir ve kanıtlarla desteklenebilir; uzman olmadan kapsamlı bilgi sahibi olan soyut bir kişiyi ifade etmektedir.

Bu doğrultuda örneğin otomobil tasarımlarına ilişkin bir uyumsuzluğun bilgilenmiş kullanıcısı ile çanta tasarımına ilişkin bir uyumsuzluğun bilgilenmiş kullanıcısı farklı kişi gruplarından seçilecektir. Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcı; ilgili tasarım veya tasarımlar bakımından belli düzeyde bilgi, deneyim ve dikkate sahip olması beklenen ve her bir somut olay kapsamında değişebilen farazi bir kişidir.

Bununla birlikte kavramı oluşturan "bilgilenmiş" ve "kullanıcı" olma unsurları lafzi anlamlarının ötesinde geniş yorumlanması gereken ifadelerdir. Bilgilenmiş olma; belli düzeyde bilgi sahibi olmanın yanında ilgili alanda kazanılan deneyim ve bu doğrultuda oluşan dikkat düzeyine de işaret etmektedir. Aynı şekilde kullanıcı kavramı; tasarımın uygulandığı ürünün kullanılması noktasında aktif ve karar verici konumda bulunan kişi gruplarının tümüne karşılık kullanılmaktadır. Buna göre bilgilenmiş kullanıcı; ilgili alanda mevcut tasarımlar hakkında geniş bilgi ve deneyim sahibi olup genel izlenimlerinden hareketle iki tasarım arasındaki farkı tespit edebilecek dikkat ve algıdaki farazi potansiyel kullanıcıdır.

⁴⁴ GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 21; CJEU, 18.11.2012, C-101/11 P, Neuman and Galdeano del Sel v José Manuel Baena Grupo, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-101/11&language=EN>, (Erişim Tarihi: 07.11.2020), para. 53 (Karar kısaca "Neuman" olarak anılacaktır); GCEU, 21.05.2015, T-22/13, Senz Technologies v OHMI - Impliva (Parapluies), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-22/13&language=en>, (Erişim Tarihi: 07.11.2020), para. 50 (Karar kısaca "Senz" olarak anılacaktır); GCEU, 15.10.2020, T-818/19, Dvectis CZ v EUIPO - Yado (Coussin de soutien), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&td=ALL&num=T-818/19>, (Erişim Tarihi: 07.11.2020), para. 41.

⁴⁵ Yargıtay HGK. 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Yargıtay 11.HD. 24.9.2018, E. 2016/14497, K. 2018/5594; Kazancı İçtihat ve Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁴⁶ LEVIN, s.57-58; SEVILLE, Catherine: EU Intellectual Property Law and Policy, Edward Elgar, Cheltenham 2009, s.195; ŞEHİRALİ ÇELİK, Ayırt Edicilik, s.15; SULUK, s.390-391; MEMİŞOĞLU, s.149-150.

⁴⁷ KUR, s.180. Uygulama ile gelişen bilgilenmiş kullanıcının tanımının büyük ölçüde yeterli olduğu yönünde ayrıca bkz. EU Comission Legal Review, s.68; Joint Paper of ECTA, INTA and MARQUES on the Legal Review on Industrial Design Protection in Europe, July 2018, <https://ecta.org/ECTA/documents/ECTAINTAMARQUESJointPaper20182578.pdf> (Erişim Tarihi: 12.11.2020), s.17.

Moore ise ilgili tanımın, bilgilenmiş kullanıcının tasarımların farklı nitelikteki ürünlere uygulandığı hallerde yapacağı incelemeye ilişkin bir belirleme de içermesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre tanım, bu haliyle, tasarımın koruma kapsamı ve hükümsüzlüğün tespiti noktaları bakımından yetersiz kalmaktadır; MOORE, Kathryn: "Anatomy of a Design Regime", Indiana Journal of Global Legal Studies, 22(2), 2015, s.800-803.

⁴⁸ KUR, s.182; LAUSTSEN, s.159, CORNWELL, s.11; ŞEHİRALİ ÇELİK, Ayırt Edicilik, s.15; SULUK, Cahit/KARASU, Rauf/NAL, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Bası, Seçkin, Ankara 2019, s.317; MEMİŞOĞLU, s.151-152. Bu yönde Yargıtay 11.HD. 19.9.2018, E. 2016/14393, K. 2018/5421; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁴⁹ CJEU, C-281/10 P, PepsiCo, para. 54; GCEU, T-9/07, Grupo Promer, para. 64; GCEU, T-68/10, Sphere Time, para. 53; GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 29; GCEU, T-153/08, Shenzhen, para. 49.

IV. ÖZELLİKLERİ

Bilgilenmiş kullanıcının tasarım hukukundaki işlevi; uyumsuzluk konusu tasarım veya tasarımların ayırt edici niteliklerinin değerlendirilmesidir. Bir tasarımın ayırt ediciliği; bilgilenmiş kullanıcı üzerinde bıraktığı genel izlenim bakımından mevcut tasarımlardan farklı olup olmamasına göre belirlenmektedir. Bu karşılaştırmada, ilgili tasarımın genel izleniminin yanında, uygulandığı ürün ve niteliği, kullanıldığı sektör, mevcut tasarım külliyatı (*design corpus*) ile tasarımcının tasarımı geliştirmede sahip olduğu seçenek özgürlüğü gibi hususlar da dikkate alınmalıdır⁵⁰. Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcının, tasarımlar arası basit bir kıyastan ziyade, belirli ilkeler çerçevesinde kapsamlı bir inceleme yapması beklenmektedir. Bu karşılaştırmanın eksiksiz ve doğru şekilde gerçekleştirilebilmesi, bilgilenmiş kullanıcının belli başlı özelliklere sahip olmasına bağlıdır. Bu başlık altında; ayırt edicilik değerlendirmesinde etkili unsurlar çerçevesinde, bilgilenmiş kullanıcının, hangi kapsam ve ölçüde bilgi, deneyim ve dikkat sahibi olması gerektiği inceleme konusu yapılmıştır.

A. Belli Düzey ve Kapsamda Bilgi Sahibi Olmak

Bilgilenmiş kullanıcının en temel özelliği; ilgili tasarım ve bununla bağlantılı tasarım külliyatı hakkında bilgi sahibi olmasıdır. Zira tasarım hukukunda ayırt edicilik değerlendirmesi bakımından bilgilenmiş kullanıcının görüşüne iki halde başvurulmaktadır. Bunlardan ilki tasarımın tescil edilebilirliğinin tespiti bakımından yapılan inceleme⁵¹, ikincisi de tescilli tasarımın koruma kapsamının belirlenmesinde yapılan değerlendirmedir⁵². İlk halde; tescili istenen tasarım, ilgili alana ilişkin tescilli veya tescilsiz, benzer nitelikteki önceki tasarım ya da tasarımlarla karşılaştırmaktadır. İkinci halde ise söz konusu tasarımın tescilinden sonraki bir tarihte doğan tasarımların, bu tasarıma kıyasla, ayırt ediciliği belirlenmeye çalışılmaktadır⁵³. Buna göre her iki halde de, ayırt edicilik değerlendirmesinin yapılabilmesi için, ilgili tasarım ve bununla bağlantılı tasarım külliyatı hakkında belli düzey ve kapsamda bilgi sahibi olmak gerekir⁵⁴.

Ne var ki, ilgili hukuki düzenlemelerde, hangi düzey veya kapsamda bilginin yeterli sayılacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu hususlar uygulamaya yansıyan uyumsuzluklar çerçevesinde ele alınmıştır. ABAD'ın *PepsiCo* kararında bu konuya ilişkin olarak; “tasarımcı veya teknik uzman olmaksızın, ilgili sektörde var olan tasarımlar ile bu tasarımların normalde içerdiği özellikler hakkında belirli bir bilgi düzeyine sahip olma” şeklinde bir belirleme yapılmıştır⁵⁵. Buna göre tasarımın bulunduğu sektöre ilişkin bilgi sahibi olma; ilgili alandaki tüm tasarımlardan veya bunların özelliklerinden eksiksiz haberdar olma anlamına gelmemektedir. Burada tasarım külliyatına ilişkin ortalamanın üzerinde ancak bu alanda uzman olarak da nitelendirelemesine gerek olmayacak derecede bilgi sahibi olunması aranmaktadır⁵⁶. Diğer bir deyişle olağan piyasa koşullarında bilinmesi gereken tasarımlar ve bunlara ilişkin özellikler hakkında belirli bir düzeyde bilgi sahibi olma yeterli sayılmalıdır.

Bununla birlikte bilgilenmiş kullanıcının ayırt edicilik değerlendirmesini tüm yönleriyle yapabilecek düzeyde bilgi sahibi olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu doğrultuda bilgilenmiş kullanıcının tasarımcının seçenek özgürlüğünü de değerlendirebilecek kapsamda bilgi sahibi olduğu kabul edilmektedir⁵⁷. Objektif bir inceleme gerektiren bu hususun tespitinde; teknik zorunluluklar,

⁵⁰ Bkz. 6/2002 sayılı Tüzük dibace no: 14, 98/71 sayılı Yönerge dibace no:13.

⁵¹ 6/2002 sayılı Tüzük m.6/1, 98/71 sayılı Yönerge m.5/1, 6769 sayılı SMK m.56/5.

⁵² 6/2002 sayılı Tüzük m.10/1, 98/71 sayılı Yönerge m.9/1, 6769 sayılı SMK m.58/1.

⁵³ ŞEHİRALİ ÇELİK, Ayırt Edicilik, s.8-9.

⁵⁴ Bilgilenmiş kullanıcının ilgili ürün görünümüne ilişkin bilgisi ne kadar fazlaysa, sonraki tarihli bir tasarımın ayırt edici bulunma ve dolayısıyla tescil edilebilme olasılığı o denli fazladır. Aynı denklem koruma kapsamının belirlenmesi ve tecavüzün tespitinde de geçerlidir. Her iki halde de bilgilenmiş kullanıcı, sahip olduğu geniş bilgi ve deneyim sayesinde aradaki küçük farklılıkları tespit ederek bunların genel izlenime katkısını değerlendirebilecektir; STONE, s.29; LAUSTSEN, s.158.

⁵⁵ CJEU, C-281/10P, *PepsiCo* para. 59. Aynı yönde GCEU, T-153/08, *Shenzhen* para. 47; GCEU, T-68/10, *Sphere Time*, para. 51; GCEU, T-337/12, *El Hogar*, para. 23. SMK'nın 56. maddesinin gerekçesinde de bilgilenmiş kullanıcının “...ne sıradan tüketici gibi basit ne de ilgili sektörde uzman kişi kadar derin bir değerlendirme gerektirmeyecek şekilde ürün hakkında temel bilgilere sahip” bilgi düzeyine sahip olması gerektiği belirtilmiştir.

⁵⁶ Bu kapsamda tasarım külliyatı; ilgili tasarımın uygulandığı ürün sınıfının yanında bu tasarımın uygulandığı farklı ürün sınıflarını da kapsar şekilde geniş değerlendirilmelidir; EU Commission Legal Review, s.64, 66-67, 70; MEMİŞOĞLU, s.174. Bu yönde bkz. Yargıtay HGK., 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Kazancı İçtihat ve Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

Bilgilenmiş kullanıcının özellikle ilgili alanda piyasada halihazırda mevcut tasarımlar bakımından geniş bilgi ve tecrübeyle sahip olması beklenmektedir. Zira böylelikle uyumsuzluk konusu tasarımın önceki tasarımdan farklı veya ortak özelliklerini ve bunların genel izlenime etkisini isabetli bir biçimde tespit edebilecektir; ŞEHİRALİ ÇELİK, Ayırt Edicilik, s.15.

⁵⁷ Ayırt ediciliğin belirlenmesinde bilgilenmiş kullanıcının, tasarımcının seçenek özgürlüğünü de dikkate alması gerektiği; ilgili hukuki düzenlemelerde, hem tescil başvurusunun değerlendirmesi hem de tasarımın koruma kapsamının tespiti

ürün özellikleri gibi birden fazla unsurun birlikte ele alınması gerekmektedir⁵⁸. Genel Mahkeme'nin birden çok kararında da belirttiği üzere; bilgilenmiş kullanıcının mevcut tasarım külliyyatıyla birlikte ilgili tasarımların hangi özelliklerinin teknik işlev sonucu oluştuğunu bildiği varsayılır⁵⁹. Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcı bakımından aranan “*normal piyasa koşullarında bilinmesi gereken tasarımlar ve bunlara ilişkin özellikler hakkında belirli bir düzeyde bilgi sahibi olma*” hali bu konularda, uzman seviyesine erişmeden, geniş bir bilgiye sahip olmayı da kapsar.

B. Deneyimli ve Dikkatli Olmak

Bilgilenmiş kullanıcı tasarımın uygulandığı ürünün potansiyel kullanıcısıdır. Dolayısıyla bu kavram ürünün herhangi bir şekilde kullanımı ile kazanılan deneyimden ayırıştırılamaz. Bu nedenledir ki; bilgilenmiş kullanıcının, tasarım konusu ürünün kullanımında deneyim sahibi olduğu kabul edilmektedir.

Bilgilenmiş kullanıcının bilgi düzeyi dikkate alındığında, bu deneyimin, sıradan bir kullanıcının kine kıyasla, yüksek bir dikkat seviyesinde gerçekleştiği varsayılır⁶⁰. ABAD'ın *PepsiCo* kararında bu husus; “*Bilgili kullanıcı kavramı, ortalama dikkate sahip bir kullanıcıya değil, kişisel deneyimi ve söz konusu sektör hakkındaki kapsamlı bilgisi nedeniyle özellikle dikkatli bir kullanıcı olarak anlaşılmalıdır....Bilgilenmiş kullanıcının dikkat seviyesi; tasarımı bir bütün olarak algılayan ve çeşitli ayrıntılarını değerlendirmeyen, makul ölçüde bilgili ve dikkatli ortalama tüketiciden fazladır. Bununla birlikte ilgili alanda uzman olan kişi kadar da yüksek değildir*” şeklinde belirtilmiştir⁶¹.

Buna göre bilgilenmiş kullanıcının, ayırt edicilik değerlendirmesini de, belli bir dikkat düzeyinde gerçekleştirilmesi beklenmektedir. Zira bilgilenmiş kullanıcının dikkat düzeyi, gözlem ve algı kapasitesiyle doğru orantılı belirlenmektedir⁶². Bu kapsamda bilgilenmiş kullanıcı; uzman seviyesine erişmeden, ortalamanın üzerinde dikkat gösteren kişidir⁶³. Örneğin Genel Mahkeme'nin, bir çanta tasarımının ayırt ediciliğine ilişkin uyuşmazlığı konu aldığı *H&M* kararında, bilgilenmiş kullanıcı; çantaları ilgiyle kullanan, bu konuda bilgili bir kadın olarak belirlenmiş ve bu kişinin dikkat düzeyinin ortalama bir çanta alıcısı ile bu konuda özellikle dikkatli uzman arasında bir yerde seyretmesi gerektiği belirtilmiştir⁶⁴. Böylelikle bilgilenmiş kullanıcının, tasarıma ilişkin ayrıntıları fark etmesi beklenmemekte; ancak ziyade ayırt ediciliğinin doğru şekilde tespitinde kilit rol oynayan önemli ayrıntıları fark edebileceği kabul edilmektedir.

V. BENZER KAVRAMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

Bilgilenmiş kullanıcı, uygulama ve doktrinde, ortalama tüketici ile teknik uzmana eşit uzaklıkta; bunlar arasında yer alan bir kavram olarak tanımlanmaktadır⁶⁵. Bu doğrultuda bilgilenmiş kullanıcının

bakımından açıkça belirtilmiştir; 2002/6 sayılı Tüzük m.6/2, 10/2; 98/71 sayılı Yönerge m.5/2, 9/2; 6769 sayılı SMK m.56/6, m.58/2. Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay HGK, 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Kazancı İçtihat ve Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

Tasarımcının seçenek özgürlüğünün dikkate alınması ile amaçlanan; böyle bir serbestinin kısıtlı olduğu hallerde küçük farklılıklar içeren tasarımların da ayırt edici sayılarak korunabilmesidir. Teknik kısıtlamalar tasarımcının özgürlük derecesini büyük ölçüde sınırladığında, sonraki tasarımlarının korunan tasarıma fazlaca benzemesi normal sayılabilecektir. Tasarımcının yüksek seçenek özgürlüğe sahip olduğu hallerde ise tasarımın koruma kapsamı genişlemekte ve benzerlerinin varlığını engelleyebilmektedir; DU MONT, Jason J./JANİS, Mark D.: “Functionality in Design Protection Systems”, *Journal of Intellectual Property Law*, 19(2), 2012, s.297-300.

⁵⁸ Bu yönde GCEU, 09.09.2011, T-11/08, Kwang Yang Motor v OHMI - Honda Giken Kogyo (Moteur à combustion interne), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-11/08>, (Erişim Tarihi: 15.11.2020), para. 32 (Karar kısaca Kwang Yang olarak anılacaktır); GCEU, 10.09.2015, T-525/13, H&M Hennes & Mauritz v OHMI - Yves Saint Laurent (Sacs à main), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-525/13>, (Erişim Tarihi: 15.11.2020), para. 28 (Karar kısaca H&M olarak anılacaktır). Cornwell böyle bir değerlendirmenin doğru şekilde yapılabilmesi için bilgilenmiş kullanıcının teknik bilgisinin, Genel Mahkeme'nin Shenzen kararında belirttiğinin aksine, kullanım ile kazanılanın ötesinde olması gerektiğini belirtmiştir, CORNWELL, s.14.

⁵⁹ GCEU, T-11/08, Kwang Yang, para. 32; GCEU, T-525/13, H&M, para. 28.

⁶⁰ EU Commission Legal Review, s.64.

⁶¹ CJEU, C-281/10P, PepsiCo para. 53, 59. Aynı yönde GCEU, 13.06.2017, T-9/15, Ball Europe v EUIPO - Crown Hellas Can (Canettes), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-9/15&language=EN>, (Erişim Tarihi: 15.11.2020), para. 81.

⁶² LEVIN, s.59; SULUK, s.390.

⁶³ Bu yönde Yargıtay HGK., 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Yargıtay 11.HD., 24.9.2018, E. 2016/14497, K. 2018/5594; Kazancı İçtihat ve Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020). Ne var ki Y. 11.HD., 19.9.2018, E. 2016/14393, K. 2018/5421 kararında bilgilenmiş kullanıcıyı “..daha ziyade, tasarım konusu ürünün kullanılarak tasarım konusunda bilgi sahibi olmuş, başkalarına nazaran ürünlerin dış görünümüne nispeten daha çok önem veren, ortalama dikkat ve deneyim sahibi kişi” olarak tanımlanmıştır; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 05.12.2020).

⁶⁴ GCEU, T-525/13, H&M, para. 23, 26.

⁶⁵ Ayrıca bkz. SMK m.56/5'in gerekçesi.

ABAD'ın bilgilenmiş kullanıcıyı, marka ve patent hukukunda yerleşik kavramları esas olarak tanımlamasının tüm bu kavramların birbirinden etkilenmeden uygulanmasını zorlaştırdığı yönündeki eleştiriler için bkz. LEVIN/KUR, s.17.

özellikleri de, marka ve patent hukukunda yerleşik bu iki kavram çerçevesinde belirlenmiştir. Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcının, bu kavramlarla karşılaştırmalı olarak ele alınması, kapsam ve sınırlarının tespiti bakımından önemli bir etken oluşturmakta olup bu doğrultuda aşağıda inceleme konusu yapılmıştır.

A. Ortalama Tüketici

1. Marka Hukukundaki İşlevi

Bir markanın tescil edilmesi ve koruma kapsamının belirlenmesinde etkili unsurlardan biri işaretler arası karıştırılma ihtimalidir. Buna göre tescilli veya önceki bir tarihte başvurusu yapılmış bir marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin tescil talebi itiraz üzerine reddedilir (SMK m.6/1). Böyle bir işaretin tescil edilmesi veya tescilsiz olarak kullanımı ise önceki tescil tarihli marka hakkına tecavüz teşkil etmekte olup; marka hakkı sahibi tarafından engellenebilir (SMK m.7/2, SMK m.29/1)⁶⁶. İşte tüm bu hallerde karıştırılma ihtimalinin tespitinde algısı esas alınan kişi; “ortalama tüketici” (*average consumer*)dir⁶⁷.

2. Bilgilenmiş Kullanıcı Kavramı ile Temel Farklılıkları

Ortalama tüketicinin, bir sınai mülkiyet hakkının tescili ve koruma kapsamının belirlenmesinde oynadığı rol bakımından, bilgilenmiş kullanıcı ile benzer bir konumda bulunduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte bu iki kavram temelde büyük farklılıklar içermektedir.

Öncelikle ortalama tüketici kavramı uyumsuzluk konusu alanda makul derecede bilgili, gözlemci ve ihtiyatlı bir kişiyi ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır⁶⁸. Buna göre ortalama tüketicinin markanın üzerinde bulunduğu ürün veya hizmete ilişkin özel bir bilgi, deneyim veya yüksek bir dikkat sahibi olması aranmaz. Ortalama tüketici; iki ayırt edici işareti ayrıntılarına yoğunlaşmadan bir bütün olarak ve aklında kaldığı kusurlu izlenimleri esasında karşılaştıran kişidir⁶⁹. Dolayısıyla ortalama tüketicinin, bilgilenmiş tüketicinin aksine, uyumsuzluk konusu alanda tescilli diğer markalar ve bu doğrultuda marka olarak seçilebilecek işaretlere ilişkin bilgi sahibi olması ya da söz konusu karşılaştırmayı markaların üzerinde bulunduğu ürünleri yan yana koyarak ve önemli ayrıntıları da dikkate alarak gerçekleştirilmesi beklenmez.

Bilgilenmiş kullanıcı, ortalama tüketiciye kıyasla daha yüksek düzeyde bilgi, deneyim ve dikkat sahibidir. Ayrıca bilgilenmiş kullanıcı, tasarımlara ilişkin ayırt edicilik değerlendirmesini, ortalama tüketicinin aksine, doğrudan karşılaştırmak yapmak suretiyle gerçekleştirmektedir⁷⁰. Bununla birlikte doğrudan karşılaştırmının imkansız veya elverişsiz olduğu hallerde, bu karşılaştırmının dolaylı olarak, bilgilenmiş kullanıcının zihninde kalan imaj esas alınarak yapılması da olanaklıdır⁷¹. Ancak tasarım

⁶⁶ Bu hükümlerin kaynağı için bkz. 2017/1001 sayılı ve 14 Haziran 2017 tarihli Avrupa Birliği Marka Tüzüğü (Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trade mark, OJ L 154, 16.6.2017) m.9/2(b) ile 2015/2424 sayılı ve 16 Aralık 2015 tarihli Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015, OJ L 341/12, 24.12.2015) m.10/2(b).

⁶⁷ LAUSTSEN, s.266-288, 281; BERESKİN QC, Daniel R.: “Likelihood of Confusion: The Irrational Basis of Trade Mark Protection”, JIPL&P, 14(3), 2019, s.228; EUIPO: Double Identity and Likelihood of Confusion: Relevant Public and Degree of Attention, Guidelines for Examination in the EU Trade Marks, Part C, Opposition, s.4-5. Yargıtay’ın karıştırma ihtimalinin tespitinde “ortalama tüketici”yi esas aldığı örnek kararlar için bkz. Yargıtay 11.HD., 23.10.2019, E. 2018/2020, K. 2019/6599; Yargıtay 11.HD., 5.12.2019, E. 2018/2839, K. 2019/7894; Yargıtay 11.HD., 4.12.2019, E. 2019/1055, K. 2019/7828; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 25.01.2020). Bununla birlikte Yargıtay HGK., 11.4.2019, E. 2017/11-67, K. 2019/444 ile Yargıtay 11.HD., 22.10.2018, E. 2017/934, K. 2018/6544 kararlarında olduğu gibi “ilgili halk” kıstasını da belirleyici kabul edilmektedir; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (Erişim Tarihi: 25.01.2020).

⁶⁸ CJEU, C-342/97, 22.06.1999, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v Klijsen Handel BV, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-342/97> (et. 11.11.2020), para. 26 (Karar kısaca “Lloyd Schuhfabrik” olarak anılacaktır); CJEU, C-498/07 P, 03.09.2009, Aceites del Sur-Coosur SA v Koipe – OHIM, (Aceites), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-498/07P&td=ALL> (Erişim Tarihi: 11.11.2020), para. 74.

AB ve Türk marka hukukunda ortalama tüketici kavramının yorumuna ilişkin bkz. KOŞER, Nihal: “Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi’nin 7 Şubat 2019 Tarihli “Swemac” Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi - Marka Hukukunda Önceki Tarihteki Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme-“, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, ÇÜHFD, 5(1-2), 2020, s.2166-2169.

⁶⁹ Bu yönde CJEU, C-324/97, Lloyd Schuhfabrik, para. 26; GCEU, T-443/12, 21.11.2013, Equinix (Germany) v OHMI - Acotel (ancotel.), <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=T-443/12&language=EN> (Erişim Tarihi: 11.11.2020), para. 54.

⁷⁰ GCEU, T-9/07, Grupo Promer, para. 41; CJEU, C-281/10, PepsiCo, para. 55; GCEU, T-337/12, El Hogar, para. 21; CJEU, C-101/11 P, Neuman, para. 54-56.

⁷¹ CJEU, C-281/10, PepsiCo, para. 55. Böylelikle tasarım korumasının amacı da gözetilerek potansiyel tasarımlara ilişkin ayırt edicilik değerlendirmesi doğrudan karşılaştırılabilir olma ile sınırlı tutulmadığı yönünde bkz. LEVIN, s.58. Bu

hukukunda bilgilendirilmiş kullanıcı kavramının getirilmesi ile ayırt ediciliğe ilişkin somut verilere dayalı, kanıtlanabilir bir değerlendirme yapılabilmesinin hedeflenmesi karşısında, dolaylı karşılaştırmaya yalnız zorunluluk halinde başvurulabileceği kabul edilmelidir⁷².

Tüm bu hususlar göstermektedir ki; ortalama tüketicinin bir tasarımı değerlendirmesi ile bilgilendirilmiş kullanıcının aynı tasarıma ilişkin incelemesi çok farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bilgilendirilmiş kullanıcının bilgi ve dikkat düzeyine ilişkin değerlendirme; tasarımın hükümsüzlük yaptırımına tabi olmasına neden olabilecektir⁷³. Örneğin ABAD'ın *Neuman* kararında aynı çizgi film karakterlerinin farklı yüz ifadelerini (mutlu, üzgün, şaşkın vb.) içeren tasarımlar, benzer ürünlerde uygulanmış olmasına karşın ayırt edici bulunmuştur⁷⁴. Aynı değerlendirme ortalama tüketici tarafından gerçekleştirilse idi aksi yönde bir sonuca ulaşılabilirdi. Sonuç olarak; ortalama tüketici ve bilgilendirilmiş kullanıcı arasındaki sınır, bu kavramların temelini oluşturan özelliklerin doğru biçimde yorumlanması ve uygulanması halinde korunabilir niteliktedir.

B. Teknik Alanda Uzman

1. Patent Hukukundaki İşlevi

Patent hukukunda buluş basamağına ilişkin inceleme “teknik alanda uzman kişi”⁷⁵ tarafından gerçekleştirilmektedir⁷⁶. SMK m.83/4 uyarınca; “*Tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmana göre aşikâr olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilir*”. Buna göre buluş, ilgili olduğu teknik alandaki bir uzman tarafından tekniğin bilinen durumundan kolayca çıkarılamayan bir faaliyet sonucu gerçekleşmişse, patentlenebilirliğin diğer bir koşulu olan buluş basamağı kriteri sağlanmış kabul edilmektedir. Bu doğrultuda teknik alandaki uzman ile “*teknik alanda genel bilgiye sahip ve tekniğin bilinen durumundaki her şeye erişebilen, rutin araştırma ve uygulamaları yapabileceği kapasitesine sahip, buluş yapma yeteneği olmayan dikkatli bir uygulayıcı*” kastedilmektedir⁷⁷.

2. Bilgilendirilmiş Kullanıcı Kavramı ile Temel Farklılıkları

Patent korumasının kazanılması bakımından belirleyici konumda bulunan “teknik alanda uzman”, özellikleri itibariyle birden fazla noktada bilgilendirilmiş kullanıcıdan farklılaşmaktadır. Öncelikle teknik alanda uzman kişinin bilgi düzeyi bilgilendirilmiş kullanıcıdan beklenenin çok üzerindedir. Zira buluş basamağına ilişkin değerlendirme “teknik alanda uzman” esasında gerçekleştirilmektedir. Bu kavram da patent başvurusu tarihinden önce, dünyanın herhangi bir yerinde, herhangi bir şekilde açıklanmış ve toplumca erişilebilir olan bilgilerin tümünü ifade etmektedir⁷⁸.

kabulün, dolaylı karşılaştırma yapabilmek için hangi durumların zorunluluk kapsamında sayılacağı ve ortalama tüketici kavramına yakınlığı gibi istenmeyen sonuçlar doğurabileceği yönündeki eleştiriler için ise bkz. KUR, s.182.

⁷² KUR/DREIER/LUGINBUEHL, s.419.

⁷³ Buna karşın kek tasarımının ayırt ediciliğine ilişkin bir uyuşmazlığın bilgilendirilmiş kullanıcısının sıradan tüketici olarak belirlenebileceği yönündeki karar için bkz. Yargıtay 11. HD., 6.11.2019, E. 2018/5567, K. 2019/6899; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim tarihi: 05.12.2020).

⁷⁴ CJEU, C-101/11 P, *Neuman*, para. 78-83. Bu konuya Genel Mahkeme'nin asimetrik şemsiye tasarımlarına ilişkin *Senz* kararı da örnek gösterilebilir. Zira müdahilin uyuşmazlık konusu şemsiye tasarımının genel izleniminin bilgilendirilmiş kullanıcı nezdinde ayırt edici olamayacağı yönündeki iddiası, Mahkeme'nin; “.hiç uçak görmemiş biri bakımından Airbus ve Concorde uçak tiplerini gördüğünde ikisinin de büyük ölçüde benzer olduğunu söylemesi mümkün iken bilgilendirilmiş kullanıcının yaptığı değerlendirmenin bunun çok ötesinde olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir; GCEU, T-22/13, *Senz*, para. 84.

⁷⁵ Kaynak düzenlemelerde ilgili alanda teknik uzmanlığı bulan kişiyi belirtmek amacıyla yetenekli, ve vasıflı kişi anlamına gelen “skilled person” teriminin kullanıldığı görülmektedir; bkz. Avrupa Patent Anlaşması (Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention -EPC), https://www.epo.org/lawpractice/legaltexts/html/epc/2016/e/EPC_conv_20200701_en_20200620.pdf)m.56. Türk hukukunda ise İngilizce karşılığı “expert” olan “uzman” kavramı tercih edilmiştir. Bunun isabetli olmadığı ve kaynak düzenlemeleri de karşılar şekilde “meslek erbabı” ifadesinin tercih edilmesi gerektiği yönünde görüş ve eleştiriler için bkz. SULUK/KARASU/NAL, s.246.

⁷⁶ Bununla birlikte “teknik alanda uzman kişi” buluşların açıklanması ve ilgili istemlerin yorumunda da referans alınan bir kavramdır; bkz. EPC m.83; SMK m.89/2, 92/1.

⁷⁷ Bkz. SMK m.83/4'ün gerekçesi. AB hukukunda “Teknik alanda uzman” (person skilled in art); ilgili teknik alanda ortalama bilgi ve beceriye sahip, söz konusu tarih itibariyle alanda mevcut bilgi ve teknikten haberdar bir uygulamacı olarak tanımlanmaktadır; EUIPO Guidelines for Examination in the European Patent Office, November 2019, Part G – Chapter VII-, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html> (Erişim Tarihi: 20.11.2020).

⁷⁸ SMK m.83/2 uyarınca; “*Tekniğin bilinen durumu, başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde, yazılı veya sözlü tanıtım yoluyla ortaya konulmuş veya kullanım ya da başka herhangi bir biçimde açıklanmış olan toplumca erişilebilir her şeyi kapsar*”.

Teknik alanda uzmanın en son teknolojiye ve bilgiye erişiminin bulunduğu varsayılmaktadır. Bu doğrultuda uzmanın özellikle araştırma raporunda belirtilen belgeler ile söz konusu teknoloji alanı için rutin çalışma ya da deney yapma araç

Dolayısıyla teknik alanda uzmanın genel bilgi ve dikkat düzeyi, ilgili alana ilişkin tasarımları eksiksiz olarak bilmesi veya tüm ayrıntılarıyla incelemesi beklenmeyen, bilgilenmiş kullanıcıdan fazladır.

Teknik alanda uzman bakımından özellik gösteren bir diğer husus; bu kişinin, patent hukukundaki işlevi itibarıyla, başarılı bir uygulayıcı da olmasıdır⁷⁹. Zira bir buluşun “aşıkâr” niteliği; tekniğin bilinen durumu esasında yapılan uygulama ile aynı çözüme kolaylıkla ulaşılabileceğine göre belirlenmektedir. Bilgilenmiş kullanıcı ise tasarımın uygulandığı ürünün potansiyel kullanıcı olup, tasarımın yaratım sürecine ilişkin bilgi ve deneyime sahip değildir. Son olarak; uzman kişi ilgili buluşu bir bütün olarak değerlendirmekle birlikte; oluşumunda etkili unsurları da ayrıca inceleme konusu yapmaktadır⁸⁰. Bilgilenmiş kullanıcının ise tasarımların genel izlenimi esasında değerlendirme yapması yeterlidir⁸¹.

Sonuç olarak; teknik alanda uzman, bilgilenmiş kullanıcı ile işlevi itibarıyla benzer kabul edilebilecek de, sahip olması beklenen özellikler noktasında ayrılmaktadır. Bilgilenmiş kullanıcının bu kavrama yaklaştırılması, tasarım tescil ve koruma kapsamının oldukça daralması ile sonuçlanabilir. Bu noktada Türk hukuku uygulamasına ayrıca değinmekte yarar vardır. Zira tasarımlar arası ayırt edicilik değerlendirmesinin “bilgilenmiş kullanıcıdan” ziyade uzman niteliğinde sayılabilecek bilirkişiler tarafından gerçekleştirildiği kararlar bulunmaktadır⁸². Bu uygulama farklılık veya benzerliklere gereğinden fazla odaklanması ve korunması mümkün tasarımların korumadan mahrum kalmasına neden olmaktadır⁸³. Dolayısıyla tasarımlar arası ayırt edicilik değerlendirmesini gerçekleştirecek bilgilenmiş kullanıcının, uzman seviyesine erişmesi gerekmeksizin bilgili, deneyimli ve dikkatli olması yeterli sayılmalıdır.

VI. SONUÇ

Bilgilenmiş kullanıcı, 6769 sayılı SMK ya da bu Kanun’un kaynağı niteliğindeki 6/2002 sayılı Tüzük ve 98/71 sayılı Yönerge’de tanımlanmamıştır. Tüm bu hukuki düzenlemelerde, doğrudan veya dolaylı olarak tasarımın ayırt edici niteliği ile koruma kapsamının tespitinde görüşü esas alınacak kişinin bilgilenmiş kullanıcı olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Bu kavramı oluşturan unsurlar ile uygulama ve doktrindeki görüşler çerçevesinde bilgilenmiş kullanıcı; ilgili alanda mevcut tasarımlar hakkında geniş bilgi ve deneyim sahibi olup genel izlenimlerinden hareketle iki tasarım arasındaki farkı tespit edebilecek dikkat ve algıdaki farazi potansiyel kullanıcı olarak tanımlanabilecektir.

Bilgilenmiş kullanıcının en temel özelliği; ilgili tasarım ve bununla bağlantılı tasarım külliyatı hakkında bilgi sahibi olmasıdır. Buna göre tasarımın bulunduğu sektöre ilişkin bilgi sahibi olma; ilgili alandaki tüm tasarımlardan veya bunların özelliklerinden eksiksiz haberdar olma anlamına gelmemektedir. Burada tasarım külliyatına ilişkin ortalamanın üzerinde, ancak bu alanda uzman olarak da nitelendirilemeyecek derecede bilgi sahibi olunması yeterli görünmektedir. Bilgilenmiş kullanıcının bilgi düzeyi dikkate alındığında, tasarımın uygulandığı ürün kullanımına ilişkin deneyimin de, sıradan bir kullanıcınıninkine kıyasla, yüksek bir dikkat seviyesinde gerçekleştiği varsayılmaktadır. Bu doğrultuda bilgilenmiş kullanıcı tasarıma ilişkin ayrıntılardan ziyade ayırt ediciliğinin doğru şekilde tespitinde kilit rol oynayan önemli unsurları fark edebilecek dikkat düzeyine sahiptir.

Bilgilenmiş kullanıcının tanım ve özelliklerinin belirlenmesinde, uygulama ve doktrinde sıklıkla, marka hukukunda yerleşik “ortalama tüketici” ile patent hukukundaki “uzman” kavramlarına atıf yapıldığı görülmektedir. Bu iki kavram ilgili hususlar bakımından bir ölçüt teşkil etmekle birlikte, birden çok noktada bilgilenmiş kullanıcıdan farklılaşmaktadır. Tasarımların ayırt edicilik değerlendirmesi uzman sıfatına sahip kişilerce gerçekleştirilirse; tasarımlar arası çok küçük ayrıntılar dahi genel izlenim bakımından farklı olarak nitelendirilebilir. Bu durum da çok fazla tasarım tescilinin

ve kapasitesine sahip olması beklenmektedir; EUIPO Guidelines for Examination in the European Patent Office, November 2019, Part G – Chapter VII. Ayrıca bkz. KUR/DREIER/LUGINBUEHL, s.165-167.

⁷⁹ EUIPO Guidelines for Examination in the European Patent Office, November 2019, Part G – Chapter VII; KUR/DREIER/LUGINBUEHL, s.165-166.

⁸⁰ SULUK/KARASU/NAL, s.247.

⁸¹ Kur, bilgilenmiş kullanıcı kavramının temelini uzman olması aranmadan bilgi sahibi olan kişi olduğunu kabul etmekle birlikte; bu durumun, tasarımın genel izlenimine ilişkin değerlendirmenin yapılması noktasında bazı sıkıntılar doğurabileceğini belirtmiştir. Buna göre bilgilenmiş kullanıcı genel izlenime tasarımların genel görünümünü karşılaştırarak yaptığı değerlendirme sonucu oluşturur. Böyle bir imkanın tasarımın uygulandığı ürünün yapısı, özellikleri gibi durumlar nedeniyle bulunmadığı hallerde uzman niteliğine sahip olmayan kullanıcının karşılaştırma imkanı da bulunmayacaktır. Dolayısıyla bilgilenmiş kullanıcı kavramının kapsamının somut olay özelinde değişiklik gösterebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir; KUR, s.183.

⁸² Yargıtay HGK., 6.6.2018, E. 2017/11-99, K. 2018/1173; Yargıtay HGK., 16.9.2015, E. 2013/11-2376, K. 2015/1762; Yargıtay 11 HD. 16.12.2019, E. 2019/1766, K. 2019/8164; Yargıtay 11.HD, 24.9.2018, E. 2016/14497, K. 2018/5594; Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası (Erişim Tarihi: 08.12.2020).

⁸³ SULUK, s.394-395.

gerçekleşmesine karşın, çok azının tecavüz gerekçesiyle korunabilme hakkına sahip olmasına neden olur. Bir diğer ihtimal olan; bu değerlendirmenin ortalama tüketiciler tarafından yapılması ihtimalinde ise tasarımlar arası bazı farklılıklar gözden kaçırılabilir ve çoğu tasarım benzer olarak nitelendirilebilir. Böylelikle çok az sayıda tasarım tesciline karşın, belli başlı tasarımlar bakımından tek el niteliğinde bir hak oluşumu mümkün hale gelir. Bu nedenledir ki; bilgilenmiş kullanıcının ortalama tüketici veya uzmana yaklaştırılması, tasarım korumasıyla hedeflenenin aksine sonuçlar doğurur.

KAYNAKÇA

- BEEBE, Barton: “Design Protection”, in Dreyfuss, Rochelle/Pila, Justine (ed.), *The Oxford Handbook of Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford 2018.
- BERESKIN QC, Daniel R.: “Likelihood of Confusion: The Irrational Basis of Trade Mark Protection”, *JPL&P*, 14(3), 2019, s.223-229.
- CORNWELL, Jane: “Under-referred, Under-reasoned, Under-resourced? Re-examining EU Design Law before the Court of Justice and General Court”, https://www.research.ed.ac.uk/portal/files/26504726/Jane_Cornwell_Re_examining_design_law.pdf, (Erişim tarihi: 03.11.2020).
- DU MONT, Jason J./JANİS, Mark D.: “Functionality in Design Protection Systems”, *Journal of Intellectual Property Law*, 19(2), 2012, s.261-304.
- KOŞER, Nihal: “Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi’nin 7 Şubat 2019 Tarihli “Swemac” Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi - Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme-“, *Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı, ÇÜHFD*, 5(1-2), 2020, s.2151-2178.
- KUR, Annette: “The Design Approach and Procedural Practice – Mismatch or Smooth Transposition?”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.172-190.
- KUR, Annette/DREIER, Thomas/LUGINBUEHL, Stefan: *European Intellectual Property Law*, Edward Elgar, Cheltenham 2019.
- KUR, Annette/LEVIN, Marianne: “The Design Approach Revisited: Background and Meaning”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.1-27.
- LAUSTSEN, Rasmus Dalgaard: *The Average Consumer in Confusion-Based Disputes in European Trademark Law and Similar Fictions*, Springer, Cham 2019.
- LEVIN, Marianne: “The Harmonising Decisions from Luxembourg”, in Kur, Annette/Levin, Marianne/Schovsbo, Jens (ed.), *The EU Design Approach: A Global Appraisal*, Edward Elgar, Cheltenham 2018, s.49-80.
- MEMİŞOĞLU, Özgür: *Tescilli Tasarımlarda Yenilik ve Ayırt Edicilik Unsurları*, Seçkin, Ankara 2020.
- MOORE, Kathryn: “Anatomy of a Design Regime”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 22(2), 2015, s.789-808.
- SEVILLE, Catherine: *EU Intellectual Property Law and Policy*, Edward Elgar, Cheltenham 2009.
- STONE, David: “EU Design Cases Looking Up”, *Managing Intellectual Property*, 259, 2016, s.28-31.
- SULUK, Cahit: “Tasarım Hukukunda “Bilgilenmiş Kullanıcı” ve Uygulamada Bazı Sorunlar”, *Ünal Tekinalp’e Armağan: Bilgi Toplumunda Hukuk, C. II*, s.387-395.
- SULUK, Cahit/ORHAN, Ali: *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku: Tasarımlar, C. 3*, Seçkin, Ankara 2008.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Tasarım Hukukuna Getirdiği Temel Yenilikler” (Temel Yenilikler), in Şehirali Çelik, Feyzan Hayal (ed.), *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, BTHAE*, Ankara 2017, s.255-302.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal: “Tasarımların Ayırt Edicilik İncelemesinde Malzeme, Renk ve Desen Değişikliğinin Rolü” (Ayırt Edicilik), *Batider*, 28(1), 2012, s.5-40.
- TEKİNALP, Ünal: “Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerine Etkileri”, *İÜHFM*, 55(1-2), s.27-86.

CEZA HUKUKU BİLİMLERİ KAVRAMINA GENEL BİR BAKIŞ

AN OVERVIEW OF THE CONCEPT OF PENAL LAW SCIENCES

Semih YUMAK*  

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.773600> 

Makale Bilgi

Gönderi: 24/07/2020
Kabul : 26/06/2021

Anahtar Kelimeler

*Suç,
Ceza,
Ceza Hukuku
Bilimleri,
Bütünsel Ceza
Hukuku.*

Article Info

Received: 24/07/2020
Accepted: 26/06/2021

Keywords

*Crime,
Penalty,
Penal Law Sciences,
Holistic Penal Law.*

Özet

Suç ve ceza insanlık tarihi ile var olmuştur ve de olmaya devam edecektir. Bu kavramları kendisine konu edinen günümüz ceza hukukunun sistematik bütün haline getirilişi ve disipline edilişi uğraşları, aydınlanma şeklinde tabir edilen tarihsel dönem sonrası yoğun bir şekilde gündeme gelmiştir. Bu uğraşlar meyvelerini 19. yüzyıldan itibaren vermeye başlamıştır. Normatif yönü ile ön plana çıkan ceza hukuku biliminin 20. yüzyılda sosyal bilimlerle kurduğu yakın ilişki ise, bu alanın gelişmesine ve genişmesine yol açmıştır. Suça ve karşılığı olan cezaya ait hukuksal ve bilimsel bilgiyi öğrenme ve öğretme becerisi, hiç şüphesiz bu kavramların ilişkili olduğu farklı disiplinleri tanımayı gerektirir. Bu disiplinlerin bakış açısı, ilkeleri ve inceleme yöntemleri birbirlerinden farklı ve bağımsız olmakla birlikte, gelişimleri ise birbirleri ile olan ilişkilerine bağlıdır. Bu çalışma, suç ve ceza temel kavramlarıyla oluşturulan bilgiler bütününün hukuk bilimi içerisinde sınıflandırılmasına ve sistemleştirilmesine hizmet etmeyi amaçlamaktadır. Makale ile ortaya konulan genel resim ayrıca suç ve ceza hukuku bilimlerinde bütünsel yaklaşımın mümkün olup olmadığı sorusuna da yanıt arar niteliktedir.

Abstract

Crime and punishment have existed since the beginning of humanity and will continue to be. The subjects of systematic integration and discipline efforts of today's penal law have been intensely brought to the agenda after the historical period called enlightenment. These efforts have started to yield results since the 19th century. The close relationship of the criminal law science, which stands out with its normative aspect, with the social sciences in the 20th century has led to the development and expansion of this field. The ability to learn and teach the legal and scientific knowledge of crime and its correspondent punishment undoubtedly requires the recognition of different disciplines that are related with these concepts. While the perspective, principles and methods of examination of these disciplines are different and independent from each other, their development depends on their relationship with each other. This study aims to classify and systemize the comprehensive bundle of information generated by the basic concepts of crime and punishment in legal science. The general picture presented with the article also looks for answers to the question of whether a holistic approach is possible in the sciences of criminal and penal law.

I. GİRİŞ

Norm bilimlerinin en büyük özelliği, önceden usulüne uygun ve meşru vasıtalar ile tayin edilen yazılı kuralları incelemesi ve onların uygulama şartlarını ortaya koymak istemesidir. Yani kuralların uygulanması en büyük uğraşısıdır¹. Hukuku bilim yapan ise, bu uğraş içerisinde kendine has geliştirdiği metodu ve sistemidir. Bu düzen içerisinde genelgeçer kavramlar oluşturulur ve kazanılır. Kavramların ve yargıların objektif geçerliliği bir sistem ve temel ilkeler üzerinde ilerler². Dolayısıyla hukuk düzeninde sistem düşüncesi vazgeçilmezdir³.

Hukuksal bilginin sistemleştirilmesi ve anlamlı bir bütün olarak hukuk camiasına sunulması, hiç şüphesiz bilimsel bilgiye ulaşımı ve onu anlamlandırmayı kolaylaştırır⁴. Bütüne ait bilimsel bilginin anlamlı parçalara bölünmüş (sınıflandırılmış) işlevsel dalları da bilimsel bilgiler bütününe anlamlandırmada faydalıdır.

Cumhuriyet dönemi ile birlikte sistemine bütünüyle dahil olduğumuz Kara Avrupası dünyasında hukuk disiplininin bilimsel bir disiplin olduğu görüşü, aydınlanma çağı sonrası kabul görmeye başlamıştır. Hukuki hissiyatın ve salt netice sorumluluğunun yerini giderek bilimsel yaklaşım üslubu (ya da metodu) almıştır. Hukuk normlarının hukuk bilimi (ya da düzeni) içerisindeki yeri ve kuralların birbiri ile bağlantıları, hukuk normlarının somut olayda uygulanabilme usulleri ve gerekçelendirmeleri gibi esaslı konular artık bilimsel yaklaşımla ele alınır olmuştur⁵. Böylelikle 19. Yüzyıl Avrupa'sı hukuk öğretilerinde bilimsel yaklaşım giderek yerini sağlamlaştırmıştır; hukuk bilimi, kendine has yöntemler ortaya koymaya başlamıştır. Nihayetinde günümüz hukuk bilimi yaklaşımı klasik somut olay odaklı yaklaşımı terk ederek, tümünden gelen insancıl hukuk dogmatikini geliştirmiştir⁶. Bu bilim içerisinde doğal hakikatler kurumsal hakikatlere bürünmüştür. Bu bağlamda hukuk bilimi kendine has kuramsal dünyasını, doğal hakikatler temelinde inşa etmiştir⁷.

Bu çalışma ceza hukuku bilimlerine giriş niteliğindedir; konusunu suç ve ceza kavramlarının inşa ettiği hukuksal öğretiyi ana hatlarıyla ve anlaşılabilir biçimde ortaya koyma arzusundadır. Bu açıdan makale hem bu kavramlarla ilgili bir bilimsel yaklaşım koyma arayışının ürünü hem de bilimsel sınıflandırma üzerine de bir deneme niteliğine haizdir.

Çalışmamızda:

• “Ceza hukuku” tabiri geniş anlamda kullanılmıştır. Böylelikle ceza hukukuna bakış açısı suç öğretisi (ya da suç genel teorisi) ile daraltılmamış, “ceza hukuku bilimi” kavramını karşılayabilecek seviyeye çıkartılmıştır.

• “Suç” kelimesi ile bağlama göre sosyal olgu, toplumsal algı, hem de kanun koyucunun çizdiği düzgüsel (normatif) çerçeve anlaşılmalıdır⁸.

• “Suç politikası” tabiri iki izli olarak hem siyaset biliminin yüklediği anlam hem de ceza hukuku bilimleri içerisindeki yerini muhafaza eder.

• “Bilim” kavramı ile disipline edilmiş ve dizgesel (sistematik) bir bütün olarak sunulan üretilmiş ve temellendirilmiş genelgeçer bilgiler bütünü yahut bu bütünün disipline edilmiş kolu anlaşılmalıdır.

¹ Krş. ROXIN, Claus: *Strafrecht Allgemeiner Teil (Strafrecht)*, Band. I, C.H. Beck, München 2006, § 1, kn. 13. Ceza hukuku özelinde hukukta normatif önermelerle ilgili doyurucu bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 35(1), 1978, s.236 vd.

² BINDER, Julius: *Philosophie des Rechts*, Georg Stilke, Berlin 1925, s.840 vd., aktaran ENGİSCH, Karl: “Sinn und Tragweite juristischer Systematik”, *Studium Generale*, 1957, s.173. Ayrıca bkz. HAFIZOĞULLARI, s.273 vd.

³ ENGİSCH, s.189.

⁴ Krş. HASSEMER, Winfried: “Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz”, in HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ulfried/SALIGER, Frank (ed.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, C.F. Müller, Heidelberg 2016, s.231.

⁵ Bkz. STAMMLER, Rudolf: “Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft”, in Hinneberg, Paul (ed.), *Die Kultur der Gegenwart, Teil II Abteilung VIII*, B.G. Teubner, Berlin und Leipzig 1906, s. II-III.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich: “Methoden der Strafrechtswissenschaft”, *Studium Generale*, 1959, s.108.

⁷ KINDHÄUSER, Urs: “Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft” (*Strafrechtswissenschaft*), in JOERDEN, Jan C./SCHMOLLER, Kurt (ed.), *Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Keiichi Yamanaka*, Duncker & Humblot, Berlin 2017, s.461.

⁸ Benzeri bir giriş ve yaklaşım için bkz. SELÇUK, Sami: “Suç, Suçun Öznitelikleri ve Tanımı” (Suç), in NUHOĞLU, Ayşe/ALTUNÇ, Mehmet Sinan/PİRİM, Ceren Zeynep (ed.), Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, 1. Cilt, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014, s.86 vd.

II. CEZA HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Günümüz ceza hukukunun oluşumu ve gelişimi iki başlık altında toplanabilir:

A. Sosyal Bilimler Köprüsü

Sosyal bilimlerin 19. yüzyıldan itibaren gelişim göstermesi, hiç şüphesiz suç kavramını kendisine konu edinen hukuk disiplinlerini de etkilemiştir⁹. İlk olarak “suç hukuku” (Almanca Criminalrecht; İtalyanca Dritto Criminale; İngilizce Criminal Law) olarak anılacak öğreti, sonraları ağırlıklı olarak “ceza hukuku” (Almanca Strafrecht; İtalyanca Dritto Penale; İngilizce Penal Law) ismini alacaktır. Bunun sebebi ceza hukukunun tarihsel gelişiminde yatmaktadır: Yaptırım öğretisinin ve güvenlik tedbirlerinin sonraları gelişim göstermesi, suç hukuku şeklinde adlandırılan ders kitaplarının isim değişikliğine uğramasına sebep olacaktır¹⁰.

19. yüzyıl bilim adamlarının toplumsal bilim söylemleri ve yaklaşımları, hukukun sosyal bir bilim olduğunun farkına varılmasını sağlamıştır¹¹. Kavramların sadece pozitif hukuk sisteminden ya da teorisinden açıklandığı; felsefi, sosyolojik ve psikolojik çıkarımların dışlandığı hukuk pozitivizmi, 19. yüzyılda ceza hukuku bağlamında okullar tartışması ile çözülmeye başlamıştır¹². Artık şüphe yoktur ki, sosyoloji ve sosyal bilimler ceza hukuku düzeninin şekillenmesinde ve yorumlanmasında etki sahibidirler¹³.

Ceza hukukunun ve ceza hukuku dogmatığının 19. yüzyıldaki en büyük kazanımı, keyfiyeti, istisması, güvensizliği, hissiyat söylemlerini ve tesadüfleri önleyecek maksimler geliştirmesi olmuştur¹⁴.

Günümüz ceza hukukunun sosyal bilimler ile kurduğu etkileşim, ceza hukukunun genişlemesine sebep olmuştur. Bu alansal etkileşim ve iş birliği, ceza hukuku teorisyenlerince de desteklenir ve karşılıklı fikir alışverişi için devamı umulur¹⁵. Normatif bir manevi bilim olan ceza hukuku böylelikle değişime uğramıştır¹⁶.

B. Alansal Çalışmaların Yoğunlaşması

Ceza hukuku sistemi içerisindeki ihtisas dallarında azımsanmayacak bir gelişim söz konusudur¹⁷. Bu çerçevede ceza hukuku gelişiminin ikinci basamağını, alansal çalışmalar oluşturmaktadır. Bu ikinci basamak üç yönlü bir gelişim sergilemektedir:

1. Alt Disiplinler Çalışmaları

Hukuki suç kavramı harici oluşan merak, ceza hukukunu sırf teknik gerektiren şekli bir inceleme alanı olmaktan çıkarmıştır. Suçun karşılığı, yani ceza hukuku bağlamında hukuki sonucu olan “ceza” kavramına dair çalışmaların artması ile birlikte, alt disiplin olarak adlandırabileceğimiz yeni ceza hukuku disiplinleri gelişmiştir. Aşağıda da kısaca bahsedeceğimiz üzere bunları “yaptırım öğretisi”, infaz hukuku”, “çocuk (genç) ceza hukuku”, “uluslararası ceza hukuku” ve “devletler ceza hukuku” olarak şubelere ayırabiliriz.

2. Yan (Tamamlayıcı) Ceza Hukuku Çalışmaları

Ceza kanunu harici ceza hükümleri içeren birçok kanun mevcuttur. Bunun sebebini hiç şüphesiz toplumsal hayatın hareketliliğinde ve kanun koyucunun bu düzeni sağlamada sırf ceza kanunu ile yetinememesinde aramak gerekir. Bu kanunlar sırf ceza hükümleri içerebileceği gibi (örneğin 3628 sayılı Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun), kanun içerisinde bir bölümde (örneğin 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu) ceza hükümleri düzenlenmiş olabilir. İlki mutlak özel ceza

⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Strafrecht Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin 1996, s.45.

¹⁰ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.27; ayrıca bkz. TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım (Ceza Genel), 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2011, s.17; krş. SELÇUK, Sami: “Suçu İnceleme Yöntemleri ve “Suç Genel Kuramı Önerisi”” (Suçu İnceleme), Terazi Hukuk Dergisi, 13(141), 2018, s.138, dn. 2.

¹¹ WÜRTEMBERGER, Thomas: Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsstaat, Enke, Stuttgart 1970, s.29.

¹² WÜRTEMBERGER, s.34. Okullar tartışması için bkz. VORMBAUM, Thomas: Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2016, s.54 vd.; TOROSLU, Nevzat: “Ceza Hukukunda Okullar”, in İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener (ed.), Nurullah Kunter’e Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul, 1998, s.367 vd.

¹³ WÜRTEMBERGER, s.30.

¹⁴ NAUCKE, Wolfgang: “Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis” (Verhältnis), Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 85(2), 1973, s.427.

¹⁵ JESCHECK/WEIGEND, s.41.

¹⁶ Krş. CALLIES, Rolf-Peter: Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt a.M. 1974, s.29.

¹⁷ JESCHECK/WEIGEND, s.43.

kanunları, ikincisi ise nisbi özel ceza kanunları olarak nitelendirilebilir.

Burada özellikle belirtmek gerekir ki; kabahatler, suç hukuku bağlamında verilen cezalar değildir¹⁸. Dolayısıyla Kabahatler Kanunu – ceza hukuku ilkeleri ile yakından ilgili olmasına rağmen – ceza hukuku çalışmaları altında başlı başına bir çalışma alanı oluşturamayacaktır.

3. Modelleme Çalışmaları

Birbirine benzeyen ya da aynı amaca yönelmiş veya iç içe geçmiş suç tiplerini bir başlık altında nitelendirerek yapılan alansal çalışmalar artık bilinir olmuştur¹⁹. Almanya’da »Medizinstrafrecht« (Tıp Ceza Hukuku)²⁰, »Wirtschaftsstrafrecht« (Ekonomi Ceza Hukuku)²¹ ve »Korruptionsstrafrecht« (Yolsuzluk Ceza Hukuku)²² başlıkları altında yürütülen akademik faaliyetler, bunun en güzel örneğini sergilemektedir. Günümüz ceza hukukunun gelişimi daha çok bu tarz (disiplinler arası) çalışmalar ile devam etmektedir.

III. CEZA HUKUKU BİLİMLERİ

Yukarıda kısaca ortaya konulan ceza hukuku gelişimi, normatif komşu bilimlerin canlanmasına sebep olmuştur. Bu başlık altında düzgüsel bir yapı ile karşımıza çıkan ceza hukuku ve diğer komşu norm bilimleri, ana hatlarıyla ortaya konulmaya çalışılacaktır.

A. Ceza Hukuku

Bu başlıkta ceza hukuku tabiri – çalışmanın girişinde de belirtildiği üzere – geniş anlamda kullanılmıştır²³. Buna göre ceza hukuku, bir ceza yahut güvenlik tedbiri ihtarı içeren davranış ve/veya tutumların hukuki şartları, sonuçları ve suç şüphesi altındaki fiilin ya da fiillerin nasıl muhakeme edileceğine dair kurallarından oluşur. Bu sebeple öze mahsus ceza hukuku (maddi ceza hukuku) ve usule mahsus ceza hukuku (şekli ceza hukuku) şeklinde yapılacak ayırım, bu bilim dalını anlamak için faydalı olacaktır.

Ceza hukuku şubesi kendi içerisinde şu kollara (alt bilim disiplinlerine) ayrılmaktadır:

1. Maddi Ceza Hukuku

Ceza hukuku denilince akla ilk maddi ceza hukuku gelir²⁴.

“Ödev kapsamlı bir önerme”²⁵ içeren maddi ceza hukuku normu iki hususu içermek mecburiyetindedir: Yasaklanan davranış ve/veya tutum (Verhaltensnorm) ve de aykırılık durumunda karşılaşılabilecek hukuki sonucu (Sanktionsnorm), yani cezai tehdidini içermelidir²⁶. Maddi ceza hukuku bu haliyle kendisine ceza ihtarı ile karşı karşıya kalacak davranış biçiminin şartlarını ve sonuçlarını konu edinir²⁷. Bu haliyle ceza kanununun iki yüzü vardır: Yasak altına alınmış davranış ve yaptırım²⁸.

Maddi ceza hukuku öğretisinin değerlendirip yargıya varacağı iki ana konusu vardır: Bir yanda ceza kanununda suç olarak ifade edilen haksız davranışın somut olaydaki fiil ile örtüşüp örtüşmediği; diğer yanda ise örtüşmediği durumda failin hangi hukuki netice ile karşı karşıya kalacağı değerlendirmesidir²⁹. İlki suç genel teorisinin, ikincisi de yaptırım teorisinin faaliyet alanına girer. Bu sebeple maddi ceza hukuku, dar anlamda ceza hukuku olarak da adlandırılır³⁰.

¹⁸ ROXIN, § 1, kn. 6.

¹⁹ ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.42, bu tarz isimlendirmeleri “ayrı bir ceza hukuku” varmış gibi gösterdiğinden yersiz bulmaktadır.

²⁰ Almanca terim, Google arama motorunda taratıldığında yaklaşık 38.500 sonuç listelemektedir (Erişim Tarihi: 26.6.2020).

²¹ Almanca terim, Google arama motorunda taratıldığında yaklaşık 559.000 sonuç listelemektedir (Erişim Tarihi: 26.6.2020).

²² Almanca terim, Google arama motorunda taratıldığında yaklaşık 93600 sonuç listelemektedir (Erişim Tarihi: 26.6.2020).

²³ Aynı yönde SELÇUK, Suçu İnceleme, s.137, dn. 2.

²⁴ KREY, Volker: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2008, § 2, kn. 35.

²⁵ HAFIZOĞULLARI, s.240.

²⁶ Bkz. ROXIN, Strafrecht, § 1, kn. 1; FREUND, Georg/ROSTALSKI, Frauke: Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 3. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2019, § 1, kn. 46.

²⁷ KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.443.

²⁸ JESCHECK, s.110.

²⁹ ROXIN, Claus: “Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik” (Strafrechtsdogmatik), in Dölling, Dieter (ed.), Jus humanum : Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Duncker & Humblot, Berlin 2003, s.432-433; KREY, § 2, kn. 36.

³⁰ ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.41; DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ceza), 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.50.

a. Suç Genel Teorisi

Her hukuk disiplininin olduğu gibi ceza hukukunun da bir dogmatığe ihtiyacı vardır³¹. Bu dogmatik insancıl ve özgürlükçü ceza hukukunun ilkelerinden meydana gelir ve toplumun kültürel kimliğini muhafaza işlevi görür³².

Ceza hukuku kavramı ile ceza hukuku dogmatığı çoğu zaman birbirini karşılayacak şekilde kullanılsa da, bunlar aynı kavramlar değildir³³. Maddi ceza hukuku, ceza hukuku dogmatığı üzerine inşa edilir. Bu dogmatığın özünü de »suç genel teorisi« oluşturur. Bu alan günümüzde kendi başına ayakta durabilecek bir bilimsel disiplin niteliğini kazanmıştır; çünkü ceza hukuku çalışmalarının yoğunlaştığı sahadır³⁴.

Suç genel teorisi ceza hukuku biliminin ana omurgasını oluşturduğundan, »ceza (suç) hukuku teorisi« olarak da adlandırılır. Bu teori hangi cezai haksızlığın hangi şartlar altında cezalandırılma tehdidi ile karşı karşıya kaldığının incelenmesinden ibarettir ve bu teori, ceza kanununu temel alarak hukuksal çıkarımlarda bulunmaktadır³⁵.

Suç genel teorisinin ölçüt aldığı ve öncelemede bulunduğu kurallar, ceza kanunlarının genel hükümler başlığı altında yer alan kurallardır (ceza hukuku genel hükümler). Bu kuralların en büyük özelliği, soyut kuralları ihtiva etmesidir³⁶. Bu sebepten ötürü hukuk metninin belirli olaylar için uyup uymadığını tespit etmek için, soyut ve nesnel nitelikteki dilsel ifadenin mantığı ve amacı olabildiğince hakkaniyetli ifade edilmelidir (yorumsamacı yaklaşım)³⁷.

Suç genel teorisi, kurumların inşası ve içeriği, uygulamanın sınırları ile meşgul olur. Bu esnada bilgiye ulaşımı kolaylaştırmak için hukuki içeriği anlaşılabilir bir düzen halinde sunmaya çalışır³⁸. Ceza normlarının getiriliş amacı ve mantığını bilimsel metotlarla gün yüzüne çıkarmak (anlamlandırmak), bununla ilgili sistematik bir düzen oluşturma gayretindedir³⁹. Yapacağı yorum ile her bir hukuki ifadeyi belirli bir düzene sokar. İşte bu nedenle oluşan ceza hukuku dogmatığı, ceza hukuku biliminin uygulama alanıdır; dolayısıyla suç genel teorisi »dar anlamda ceza hukuku bilimi« olarak da görülebilir⁴⁰.

Suç tipleri üzerindeki uygulama şartları, dedüksiyon denilen tümdengelim yöntemini benimser. Böylelikle soyut kuralların somut olaya uygulanması faaliyeti gerçekleşmiş olur. Suçun nesnel nitelikteki normatif unsurları ise ceza hakiminin değerlendirmesini şart koşar (ceza hukuku özel hükümler). Bundan dolayı hakimlerin görevi mekanik bir faaliyet değildir. Montesquieu'nün hâkime bakış açısı – bir otomat gibi katıksız kural uygulayıcı – artık tarihsel bir vakadır⁴¹. Ceza kanununun gerçek manasını anlamak ve anlaşılır kılmak için ”yorum” gereklidir⁴². Mantıksal yorum yapılarak kanunun ruhu ve iradesi ve de savunduğu temel bulunur. Bu noktada teleolojik (amaçsal) yorum, kavramların aydınlatılmasında merkezi bir rol üstlenir. Kavramı içeren norm getiriliş amacına göre yorumlanır⁴³. Örneğin rüşvet suçlarında geçen menfaat kavramına, kamu görevlisinin her durumda aldığı maddi menfaat girmez; sadece hukuken korunan değeri ihlal edici, yani idarenin tarafsızlığına ve güvenilirliğine halel getirecek kapsamda temin edilen menfaatler suç tipine uygun olacaktır⁴⁴. Bu bağlamda yorum genişletici ya da kurucu nitelikte olabilir⁴⁵.

³¹ NEUMANN, Ulfrid: "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?", in PRITTWITZ, Cornelius/MANOLEDAKIS, Iohannis (ed.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Nomos Verlag, Baden-Baden 2000, s.119.

³² AMELUNG, Knut: "Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 92(1), 1980, s.36; benzer şekilde ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAŞIZ/TEPE, s.97.

³³ NAUCKE, Verhältnis, s.428.

³⁴ NAUCKE, Wolfgang: "Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht" (Strafrechtssystem), Goltsdammer's Archiv, 1998, s.264.

³⁵ WÜRTEMBERGER, s.30; GROPP, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2015, § 1, kn. 138.

³⁶ Krş. ROXIN, Strafrecht, § 1, kn. 15.

³⁷ KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.457.

³⁸ JESCHECK/WEIGEND, s.42.

³⁹ Krş. KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.449; HAFIZOĞULLARI, s.274.

⁴⁰ KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.455; NAUCKE, Strafrechtssystem, s.264.

⁴¹ JESCHECK, s.114.

⁴² JESCHECK, s.111.

⁴³ JESCHECK, s.111.

⁴⁴ KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.458.

⁴⁵ ROCCO, Arturo: "Problem und Methode der Strafrechtswissenschaft (Il problema e il metodo della scienza del diritto penale)", in DEZZA, Ettore/SEMINARA, Sergio/VORMBAUM, Thomas (ed.), Moderne italienische Strafrechtsdenker, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2012, s.185.

Suç genel teorisi meşruiyetini hukuki değerler öğretisinden alır (Rechtsgutslehre); yani hukuken korunan menfaat öğretisi, normatif ceza hukuku düzeninin geçerliliğini etkin kılar. Bu açıdan ceza hukuku teorisinin “temel normu”⁴⁶ olarak görülebilir⁴⁷. Bu öğreti ile amaçsal düşünce hukuk öğretisinde yerini sağlamlaştırmış, hukukun teleolojik değerlendirilmesi başlamış ve böylece ceza hukukunun saf şekilsel yapısı aşılmıştır⁴⁸.

Ceza (suç) dogmatığının çıkarımları (teorileri) hukuken korunan değerlerle çatışmadığı, lafza aykırı olmadığı ya da sistematik bağlantıları görmezlikten gelmediği yahut normun amacını yalnızca sürüklediği müddetçe bilimsel niteliktedir⁴⁹.

Ceza hukuku dogmatığının uygulamaya dönük önemli bir görevi vardır: Ceza adaleti sisteminde yer alan ve ceza adaleti sistemine hizmet eden kişilerin aynı düşünce ve gerekçelendirme tarzına sahip olmalarını, yani ortak bir dilde buluşmalarını temin etmelidir⁵⁰. Ceza (suç) hukuku dogmatığı bu noktada adeta kanun ve uygulama arasında bir köprü vazifesini görür. Bu görevini eleştirel bakış açısı ile yerine getirir⁵¹.

Görüldüğü üzere ceza hukukunun yapısal teorisi, normlar teorisi ağırlıklıdır. Bütün bu açıklananlar suç genel teorisinin çoğunlukla hukuki pozitivizm yanlısı olduğuna işaret eder⁵².

b. Yaptırım Teorisi

Klasik ceza hukukunun genişleme gösterdiği ilk alanlardan biri de hiç şüphesiz suçun hukuki sonuçlarıdır⁵³.

Ceza hukuku normunun vazgeçilmez unsuru olan hukuki sonuç bölümü (Sanktionsnorm), kanun koyucu tarafından suç olarak addedilen yasaklılığın hukuk düzeni nezdinde geçerliliğini ve etkinliğini teminat altına alır⁵⁴. Bu noktada şunun altına çizilmesi gerekir: Hukuk kuralının amacı ve mantığı ifade edilmeden neden cezalandırıyoruz sorusuna cevap bulunamaz⁵⁵.

Günümüz ceza hukuku iki izlidir; birçok ceza kanunu iki izli ceza hukuku sistemi üzerine kurulmuştur⁵⁶. Bu gelişim kendisini cezalar (Strafen) ve güvenlik tedbirleri (Sicherungsmaßnahmen) olarak devam ettirmektedir. Güvenlik tedbirlerine önleme düşüncesi gereği failin kusuru olmadan da gidilebilmektedir⁵⁷. Bu alan bundan dolayı bir fikre göre “ceza ve güvenlik tedbirleri hukuku”⁵⁸, bir başka görüşe göre ise “cezaî sonuçlar sistemi” şeklinde telaffuz edilmelidir⁵⁹.

Yaptırım teorisinin ana cezaları hapis yahut adli para cezasıdır⁶⁰. Hapis cezaları ile haksız ve kusurlu fiilin sahibi suç faili, belli bir süreliğine hareket alanını ve özgürlüğünü kısıtlayıcı (ıstırap verici) ve ıslah edici bir sürece dahil edilir. Böylelikle ceza mahkemeleri üzerinden bozulan kamu barışı yeniden tesis edilmek istenir⁶¹. Bu sürece suç failinin etkin olarak dahil edilmesi ve hapis cezasının olumsuz etkilerinin kısa süreli hapis cezası öngörülen durumlarda ya da bazı suç tiplerinde ortadan kaldırılması için, özgürlüğü bağlayıcı cezaya seçenek kurumlar (örneğin erteleme kurumları, uzlaşma) geliştirilmiştir. Yani günümüz yaptırım teorisinde hapis cezası başka kurumlarla ikame

⁴⁶ Krş. HAFIZOĞULLARI, s.268, dn. 94.

⁴⁷ Hukuki menfaat özellikle ceza özel bölümünün yorum aracıdır. Bkz. JESCHECK/WEIGEND, s.257 Kanaatimizce hukuki değerler öğretisi çift yapılı bir özelliğe sahiptir: Hem ceza hukukunu meşrulaştıran hem de suç tiplerinin yorumunda başvurulacak önemli bir ölçüttür. Krş. FREUND/ ROSTALSKI, § 1, kn. 50 vd.; KINDHÄUSER, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2020, s.41.

⁴⁸ Bkz. LISZT, s.223; WÜRTEMBERGER, s.35.

⁴⁹ Krş. KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.459.

⁵⁰ JESCHECK/WEIGEND, s.42-43.

⁵¹ JESCHECK/WEIGEND, s.42.

⁵² KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.461,449.

⁵³ TOROSLU, Ceza Genel, s.193.

⁵⁴ FREUND/ROSTALSKI, § 1, kn. 46-49.

⁵⁵ KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.463.

⁵⁶ ROXIN, Strafrecht, § 1, kn. 4. Bu noktada ayrıca ifade edilmelidir ki, fail-mağdur uzlaşması (Täter-Opfer-Ausgleich) bazı ceza hukukçuları tarafından üçüncü iz olarak değerlendirilmektedir. Bkz. HIRSCH, Hans Joachim: “Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 102(3), 1990, s.540; STRENG, Franz: Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Auflage, Stuttgart 2012, s.19.

⁵⁷ MEIER, Bernd-Dieter: Strafrechtliche Sanktionen, 5. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2019, s.8,273; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Basi, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, s.4.

⁵⁸ ROXIN, Strafrecht, § 1, kn. 4.

⁵⁹ TOROSLU, Ceza Genel, s.17.

⁶⁰ MEIER, s.11.

⁶¹ MEIER, s.87.

edilebilir hale gelmiştir⁶².

Ceza hukuku yaptırımlarının üçüncü türünü suçun kanuni sonucu olarak (örneğin TCK m.53'e göre belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma) ya da mahkemece (örneğin müsadere kurumu) ceza veya güvenlik tedbiri haricinde hükmedilen yan sonuçlar oluşturur⁶³. Bunlar kamu faaliyetlerinden (örneğin kamu görevinin üstlenilmesi) yahut bazı vatandaşlık haklarından (örneğin seçme ve seçilme hakkı) ve medeni haklardan (örneğin velayet hakkı, mülkiyet hakkı) belli bir süreliğine yoksunluğu beraberinde getirir. Bunlara fazladan bir acı verici özelliği olan yan ceza – eski ceza hukukumuzun tabiriyle fer'i ceza – da denebilir⁶⁴.

Cezanın ve güvenlik tedbirinin somut olayda tayin edilmesi (Strafzumessung), kanun koyucu tarafından hâkimin takdir hakkına bırakılmıştır ve hâkimin takdir edeceği en zor kararlardan birisidir⁶⁵. Bu noktada toplumsal standart ve sosyal kurallar, sorumluluk ve cezanın tayininde başvurulacak temel ölçüt olarak karşımıza çıkmakta ve böylelikle de ceza hakimine/mahkemesine yardım etmektedir⁶⁶.

Cezanın tayini hukuku (Strafzumessungsrecht) cezanın bireyselleştirilmesi ile nihayet bulur. Fiilin failine uygun bu somut ceza çabası bir bakıma cezanın infazının şekillenmesinin ön kabullerini başarmaktadır⁶⁷.

Günümüz ceza hukuku yaptırım sistemi, ceza ile güdülen amaçların rasyonel bir biçimde denkleştirilmesine⁶⁸ ve sosyal kontrolün tesisine⁶⁹ hizmet eder. Genel önlemenin etkisi burada özellikle de adil ve eşit bir cezanın tayini uygulaması ile artırılabilir⁷⁰.

2. Şekli Ceza Hukuku (Ceza Muhakemesi Hukuku)⁷¹

Maddi ceza hukukunun uygulamadaki usul yansıması, ceza muhakemesi hukukunu gündeme getirir⁷². İşin esasını görecekt yargılama makamlarının iş ve işlemlerinin ayrı normlarla düzenlenmesiyle birlikte bu hukuk dalı ortaya çıkmıştır⁷³. Suça konu olayın hangi sınırlar içerisinde irdeleneceği ve dedüksiyon denilen yöntemin ceza hukuku içerisinde işlevsel hale gelmesini temin edici, dolayısıyla da bireysel hak ve özgürlüklere müdahale edici kurallardan meydana gelir⁷⁴.

Eğer bir norm cezalandırma şartları yahut suçun hukuki sonuçlarını tayin eden normların dışında kalıyor ve de uygulama şartları ile ilgili ise, o zaman muhakeme normundan bahsedilebilir. Yani normun amacına bakılarak yapılacak tespit ölçüt olmalıdır⁷⁵. Bu bilim dalı ayrıca suç (ceza) muhakemesinin nasıl yürütüleceğine dair maddi kuralları da kapsayabilir (örneğin Türk ceza muhakemesi hukukunda uzlaştırma, hükmün açıklanmasının geri bırakılması). Bu açıdan sırf şekli bir hukuk dalı değildir⁷⁶. Böylelikle ceza muhakemesi hukuku bilimi de normatif bir bilim olarak karşımıza çıkar⁷⁷.

Yetkili yargı organlarınca suç şüphelisi şahsın cezalandırılabilirliği ile ilgili uyulması gereken kurallara uygun, maddi hakikati ele veren ve kamu barışının tesisine yarayan geçici ya da nihai adli işlemler, ceza muhakemesinin amacını oluşturur. Kurallara uygunluk çoğunlukla ceza muhakemesi

⁶² YUMAK, Semih: Eine alternative Sanktion zum Freiheitsentzug im deutschen und im türkischen Strafrecht: Die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) und der Aufschiebung der Verkündung des Urteils (Art. 231 türk. StPO), Grin Verlag, München 2016, s.66.

⁶³ MEIER, s.8.

⁶⁴ Krş. BGH, NJW 2008, s.930; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s.504; ÖZEN, Mustafa: İrtikap ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.235.

⁶⁵ JESCHECK, s.110. Hâkimin takdir hakkı güvenlik tedbirlerinde kendisini daha da açık belli eder. Bkz. JESCHECK, s.115.

⁶⁶ NEUMANN, s.124.

⁶⁷ JESCHECK, s.115.

⁶⁸ Krş. SCHÖCH, Heinz: “Verstehen, Erklären, Bestrafen?“, in Immenga, Ulrich (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Schwartz, Göttingen, 1980, s.316.

⁶⁹ MEIER, s.1.

⁷⁰ SCHÖCH, s.318.

⁷¹ Ceza muhakemesinin bir muhakeme dalı olarak ele alındığı konusunda ayrıca bkz. KUNTER, Nurullah: ““Hukuk”, “Muhakeme Hukuku” ve “Ceza Muhakemesi Hukuku” (Kürsüde Son Ders)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 45(1-4), 1981, s.806; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Kitap Tahlili: Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 23(1), 1968, s.489.

⁷² KREY, § 2, kn. 41.

⁷³ TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2009, s.2.

⁷⁴ ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd: Strafverfahrensrecht, 27. Auflage, C.H. Beck, München 2012, § 1, kn. 1.

⁷⁵ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.2-3.

⁷⁶ Krş. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Alt Komisyon Raporu, in Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s.60.

⁷⁷ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.4.

kanunu dikkate alınarak gerçekleştirilmiş olur⁷⁸. Bu sebepten dolayı ceza muhakemesi hukukunun ana kanunu ceza muhakemesi kanunudur. Bu kanunun kapsamı, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kuralları ve bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini ihtiva eder⁷⁹. Bu kanunun amacı da, “insan hakları ihlallerine yol açmadan gerçeğe ulaşmaktır”⁸⁰. Dolayısıyla ceza muhakemesi maddi gerçeğin şüphe bırakmayacak biçimde ortaya çıkarılmasını arzu eder. Dolayısıyla şüphe, mahkûmiyet hükmünü engelleyici niteliktedir. Buna göre, şüpheli bir durumda keyfi olarak ceza verilmesine gidilemeyecektir⁸¹.

Bu bilim dalında suç ve suçlu muhakeme edilir ve her ikisi için bir yargıya varılır. Suç muhakeme edilir; çünkü muhakemeye konu vaka aydınlatılarak suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı hakkında yargıya varılır. Suçlu muhakeme edilir; çünkü ceza verilmesine yer olup olmadığı ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı araştırılır. Ayrıca yaptırım teorisinde cezanın bireyselleştirilmesi amaçlandığından, sanığın yargılama esnasında hayat hikayesi anlaşılmaya çalışılır. Ceza yargılaması esnasındaki bu anlamlandırma uğraşısı aynı zamanda disiplinler arası iş birliğini de gerektirir⁸².

Bireyin özgürlüğünün egemen güce karşı güvence altına alınması, ceza adaleti düzeninin temel yapı taşlarından birisini oluşturur. Ceza (suç) muhakemesi içerisinde bu durum evrensel niteliğe bürünmüş adil yargılanma hakkı⁸³, savunma hakkı, susma hakkı ve masumiyet karinesi ve de »in dubio pro reo« (şüpheden sanık yararlanır) ilkesi ile hayat bulur⁸⁴.

Şüpheye mahal vermeyecek ceza hâkimi yargısını konu edinen alan, deliller öğretisini oluşturur. Ceza muhakemesi hukukunun önemli bir disiplini olarak deliller öğretisi, delillerin hangi hukuki yöntemlerle elde edilebileceğini ve hangi delillerin yargılamada kullanılabilirliğini konu edinir⁸⁵. Deliller öğretisi fiil merkezlidir; fiil odak noktası yapılarak fiilin sahibine ulaşılma istenir. Bu durum usulün “delilden sanığa” yürümesi olarak ifade edilir. Bu ilke, adil yargılanma ilkesinin gerçekleştirilmesi kapsamında hayat bulur⁸⁶. Deliller hukukunun teminatı ise kanuni hâkim güvencesi ve hâkimin bağımsızlığı ilkeleridir; çünkü delilleri son aşamada değerlendirecek ve deliller üzerinden yargıya varacak olan ceza hâkimi/ceza hakimleridir⁸⁷.

Suç şüphesi altındaki bir fiil hakkında yargıya varmak için suç ve cezalandırma iddiasında bulunulması gerekir (davasız yargılama olmaz ilkesi). Bu süreç iddia makamının iddianamesi ile başlar ve sav- savunma-yargı (üçlü saç ayağı) şeklinde diyalektik bir ilişki olarak devam eder ve nihayet bulur (karma sistem)⁸⁸.

Günümüz devletlerinde suçun aydınlatılması, ceza hukukunu ilgilendiren haksızlığın tespiti ve cezalandırma yetkisi devlete aktarıldığından kovuşturma mecburiyeti ilkesi (Legalitätsprinzip) geçerlidir. Ceza usul hukukunun bu temel ilkesi, başlangıç şüphesini şart koşar⁸⁹. Bu husus Türk Ceza Muhakemesi Kanunu m.160’ta açıkça şu tarz formüle edilmiştir: Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

Daha muhakeme sonuçlanmadan şüphelinin/sanığın hak ve özgürlüklerine kamusal barış ve/veya muhakeme konusu fiil gereği »geçici« müdahale gerekebilir (örneğin tutuklama, arama, elkoyma). Bu müdahale için bazı şartların yerine getirilmesi gerekir (*Koruma Tedbirleri Hukuku*). Bu şartların özünü kanunilik, ölçülülük, suç şüphesi yoğunluğu⁹⁰ ve ikincillik oluşturmaktadır⁹¹.

⁷⁸ ROXIN/SCHÜNEMANN, § 1, kn. 3.

⁷⁹ Bkz. 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 1.

⁸⁰ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, in Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s.6.

⁸¹ JESCHECK, s.110.

⁸² JESCHECK, s.115; ayrıca krş. TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.4.

⁸³ Ceza (suç) muhakemesi hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan adil yargılanma hakkı, özgürlükçü hukuk devleti anlayışının özünün yansımasıdır. Bkz. ALBRECHT, Peter-Alexis: Die Vergessene Freiheit, 3. Auflage, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2011, s.127.

⁸⁴ Krş. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, s.6.

⁸⁵ JESCHECK, s.110.

⁸⁶ Bkz. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, s.6,12.

⁸⁷ ALBRECHT, s.153,155.

⁸⁸ Bkz. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Adalet Komisyonu Raporu, s.13.

⁸⁹ ALBRECHT, s.97.

⁹⁰ Koruma Tedbirleri Hukuku şüphe öğretisi ile iç içedir. Bu tedbirlere başvurmak için şüphenin tedbirin ağırlığına göre belirli bir yoğunlukta olması gerekir. Genelde »kuvvetli şüphe« durumunda bu yola gidilir. Örnek olarak bkz. CMK m. 100 (tutuklama); m. 128 (Taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma); m. 133 (Şirket yönetimi için kayyım tayini); m. 135 (İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması); m. 139 (Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi).

⁹¹ Krş. TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.214 vd.

Ceza muhakemesinin amacı, suçla konu meseleyi nihai olarak sonlandırmak olduğundan kanun yolları hukuku öngörülmüştür. Ceza mahkemesi kararlarının bozulabilirliği üzerine kurulu bu alan (*Kanun Yolları Hukuku*), hakimlerin de insan olarak hata yapabileceği ve bundan dolayı insan hakları ihlallerine yahut hukuka veya usule aykırı kararlar verebileceği düşüncesinden beslenir⁹².

Son olarak, genel ceza muhakemesinin dışında bir de özel ceza muhakemesi vardır. Özel şeklinde nitelendirilmesinin sebebi, bu muhakeme normlarının sadece belirli niteliğe haiz kişilerle uygulanmasından kaynaklanmasındır⁹³. Özel ceza muhakemesinin öngörüldüğü alana örnek olarak 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun ve 3.7.2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu verilebilir.

3. Suç Politikası

Ceza hukuku düzeni, izlenecek suç politikasından bağımsız düşünülemez; mevcut ceza hukuku düzeni ve suç politikası iç içe geçmiştir⁹⁴. Buna paralel ceza hukuku teorisi, cezanın amacı ve suç politikasının hedefleri ile bağlıdır⁹⁵. Dolayısıyla belli bir olay ya da aynı nitelikte yahut birbirine benzeyen olaylar akışının suç politikası açısından konuşulabilir olması için, ceza ve ceza muhakemesi hukuku şartları oluşması gerekir⁹⁶.

Ceza dogmatikçisi yaptığı faaliyeti meşrulaştırma bağlamında büyük bir baskı altındadır. Ayrıca meşruiyetin çerçevesinin de çizilmesi gerekir. Suç politikasının ilkeleri bu noktada yardımcı olmaktadır⁹⁷. Günümüz suç politikasının temel ilkeleri ise şunlardır: Şahsi kusur (isnadiyet) ilkesi, hukuk devleti ilkesi, insancılık (Hümanizm) ilkesi ve son çare (ultima ratio) ilkesidir⁹⁸.

Suç politikası şubesi ceza dogmatikçi ve kriminoloji disiplinlerinin çıkarımlarını kullanarak mevcut hukukun gelişimini teşvik etmek ister. Yani suç politikasının ağırlıklı alanı yürürlükteki hukukun reformuyla ilgilenir. Bu sebepten ötürü öncelikle ceza hukuku dogmatikçisinin sonuçlarına ihtiyaç duyar. Olan hukukun bu vesileyle gelişimini teşvik eder. Bu sebeple suç politikası geleceğe yönelik ve eleştirel olmalıdır⁹⁹. Gereçlendirmelerinde kriminolojinin ampirik bulgularını kullanır. Böylelikle kriminoloji ve ceza hukuku teorisi arasında bir köprü görevi görür. Bu yaklaşım tarzı dünyada büyük ilgi görmüştür ve ceza hukuku bakış açısının değişmesine, yeni bir boyut almasına vesile olmuştur¹⁰⁰.

B. Ceza İnfaz Hukuku

Ceza infaz hukuku, insancıl ceza hukukunun zaman içerisinde gelişim göstermesi ve insanın ceza adaleti düzeninde artık obje değil, süje olarak yer edinmesi sonrası, ceza hukuku bilimlerinin altında bağımsız bir sütun olarak görülmelidir¹⁰¹. Bunun en büyük göstergesi ise maddi ceza hukuku normlarından bağımsız bir biçimde yürürlüğe giren ceza infaz kanunlarıdır. Bu kanunlarda ceza kanunu hariç benimsenen ilkeler ve kurumlar yer almaktadır.

Önceleri yürütmenin yasamadan bağımsız bir biçimde çıkardığı tüzükler¹⁰², cezanın infazında başrol oynamaktaydı ve dönemin hukuk sisteminin cezanın infazına bakışını açıkça ortaya koymaktaydı. Buna göre adli süreç hüküm ile kapanıp infaz aşamasında idari sürece dönüşmüş gibi bir algı oluşturulmaktaydı; çünkü infaz ile ilgili işlemler idari işlem kimliğine sahipti¹⁰³. Artık günümüzde ceza infaz hukuku ceza adaleti düzeni içerisinde yer alan ve kendine özgü bir hukuk dalı olarak kabul

⁹² Bkz. TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.317.

⁹³ TOROSLU/FEYZİOĞLU, s.4.

⁹⁴ SCHÜNEMANN, s.508.

⁹⁵ NEUMANN, s.122.

⁹⁶ Benzer şekilde VORMBAUM, s.125.

⁹⁷ Krş. KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.463-464.

⁹⁸ Bkz. JESCHECK/WEIGEND, s.27-28; MEIER, s.11.

⁹⁹ YUMAK, Semih: "Kriminoloji ve Ceza Hukuku: Hukuk Fakültelerinde Kriminoloji Öğretiminin Faydaları ve Türkiye'deki Güncel Durum" (Kriminoloji ve Ceza Hukuku), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 6(22), 2015, s.563.

¹⁰⁰ JESCHECK/WEIGEND, s.43.

¹⁰¹ Bkz. GROPP, § 1, kn. 140. Öğretide bir görüşe göre ceza infaz hukuku, yaptırım teorisini tekrar etmekten öteye gitmemektedir; bundan dolayı hukuk fakültelerinde infaz hukuku altında bir seçimlik ders açılmasına karşı çıkılmaktadır. Bkz. ÖZGENÇ, s.41. Bu görüşe katılmak mümkün değildir; çünkü infaz hukukunun konusu, yukarıda da bahsedildiği üzere, ceza hükmü niteliğindeki kararların icra ve infaz edilme usul ve yöntemlerini, hükümlünün topluma tekrardan dahil edilmesi amacını güden bağımsız bir hukuk disiplini. Yaptırım teorisinde infazın şekli dahi bahis konusu değildir; bunun sebebi de ceza kanununa tabi olmasında aranmalıdır.

¹⁰² İcra Vekilleri Heyetince 31/7/1941 tarihinde kabul edilen ve 16/8/1941 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan »Ceza ve Tevkifevleri Nizamnamesi«, bu bakış açısını ortaya koyar.

¹⁰³ LAUBENTHAL, Klaus: Strafvollzug, 8. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2019, s.85, kn. 112.

edilir¹⁰⁴. Özgürlüğü bağlayıcı bir cezanın ya da güvenlik tedbirinin hangi koşullarda ve ne tür biçimde infaz edileceği ile iştigal eden bir bilim dalıdır¹⁰⁵. Bu bilim dalının ülkemizdeki adli işlem niteliğindeki kimliği, yani cezanın infazında izlenecek ilkeler ve kurallar, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da (CGTİHK) belirtilmiştir¹⁰⁶.

Temel önermesi, ceza ile izlenen amacın, yani uzlaştırıcı ceza teorisinin tatbik edilmesidir. Böylelikle mahkûmun bir daha suç işlemeyecek şekilde (negatif özel önleme) iyileştirilmesi ve topluma yeniden dahil olması yolunu hazırlamak (pozitif özel önleme), bozulan hukuk düzeninin korunması (pozitif genel önleme), suç işleyecek olanlara gözdağı verilmesi (negatif genel önleme) sağlanmış olur. Ceza infaz hukukunda bunun harici başka bir önleme düşüncesi söz konusu olamaz¹⁰⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, temel yaklaşım özel önleme odaklı olmalıdır¹⁰⁸. Bundan dolayı şu tespit yapılabilir: Ceza infaz hukuku, hümanizm ilkesinin kendisini en çok gösterdiği alandır¹⁰⁹.

C. Çocuk (Genç) Ceza Hukuku

Ceza hukuku zamanla iki parçaya ayrılmıştır. Yetişkin ceza hukukunun (Erwachsenenstrafrecht) yanında ihtiyaçlara binaen bir de çocuklara özgü bir ceza hukuku (Jugendstrafrecht) inşa edilmiştir. Bu gelişimin en büyük sebebi, çocuklara mahsus ruhsal gelişim sürecinin kanun koyucu tarafından zamanla daha çok dikkate alınmasında aranmalıdır. Böylelikle sosyal gelişim süreci devam eden çocuklara ve gençlere özgü bir ceza hukuku anlayışı kazanılmıştır¹¹⁰.

Yukarıda da belirtildiği üzere, çocuk ceza hukukunun kendine has bir üslup ve yaklaşım elde etmesi yeni ceza hukuku anlayışının bir kazanımıdır. Ceza hukuku bilimlerinin bu dalında geleneksel fiil odaklı ceza hukukundan (Tatstrafrecht) ziyade fail odaklı bir ceza hukuku (Täterstrafrecht) anlayışı hakimdir. Çocuk suçluluğunu ve çocuğun üstün yararını dikkate alarak, uzlaştırıcı ceza teorisine istinaden özel önleme amaçlı bir yapı sunar¹¹¹. Ceza adaleti sistemi müdahale edici olmak yerine terbiye edici ve eğitici bir rol üstlenmek ister¹¹².

Bu disiplin bazı ülkelerde genç suçlu hukukunu da kapsamaktadır. Örneğin Alman Çocuk Mahkemeleri Kanunu (Jugendgerichtsgesetz-JGG) genç suçluluğu yahut ruhsal gelişimin çocukluğu geçemediği durumlarda 21 yaşına kadar uygulama alanı bulmaktadır (m.105 JGG)¹¹³.

Hukukumuzda genç ceza hukuku söz konusu değildir; çünkü TCK'da “genç” kavramına yer verilmemiştir¹¹⁴. Ceza hukukumuzda genç durumda olanların yaş küçüklüğü ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan bir işlev görememektedir. Türk ceza hukukunda genç suçlu hukuku öğretisi oluşmamıştır¹¹⁵. Çocuk ceza hukuku da ceza hukuku gibi maddi çocuk ceza ve şekli çocuk ceza hukuku tarzında ikiye ayrılır. Özel hüküm bulunmadığı takdirde yetişkin ceza hukukunun ilgili hükümleri uygulanır¹¹⁶. Sonuç olarak, çocuk (genç) ceza hukuku da ceza hukuku bilimlerinin ana taşlarından birisidir¹¹⁷. Konusu ve araştırma alanı bakımından bağımsız incelenmeyi gerektirir.

¹⁰⁴ LAUBENTHAL, s.25, kn. 12; YUMAK, Semih: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Hükümlüyü Topluma Yeniden Kazandırmak Bağlamında Salıverilmeye Hazırlık, Geçiş Sürecinin Yönetimi ve Koşullu Salıverilme”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 5(17), 2014, s.420. Bir görüşe göre ceza infaz hukuku, şekli ceza hukukunun bağımsız bir şubesidir. Bkz. DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008, s.36.

¹⁰⁵ LAUBENTHAL, s.23, kn. 9; JESCHECK, s.110.

¹⁰⁶ Bkz. 29.12.2004 tarihli ve 25685 sayılı Resmî Gazete. Burada şu hususun altı çizilmelidir: Kanun koyucu bahsi geçen kanunda her ne kadar »güvenlik tedbirlerinin infazı« ibaresini kullanmış olsa da, kanun içerisinde bu ibare doldurulmamıştır.

¹⁰⁷ LAUBENTHAL, s.137, kn. 179. Ayrıca bkz. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 3.

¹⁰⁸ GROPP, § 1, kn. 200.

¹⁰⁹ JESCHECK/WEIGEND, s.28.

¹¹⁰ Krş. LAUBENTHAL, Klaus/BAIER, Helmut/NESTLER, Nina: Jugendstrafrecht, 3. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2015, s.1.

¹¹¹ Krş. JESCHECK/WEIGEND, s.79.

¹¹² LAUBENTHAL/BAIER/NESTLER, s.2. Ayrıca bkz. 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 5'te geçen koruyucu ve destekleyici tedbirler.

¹¹³ LAUBENTHAL/BAIER/NESTLER, s.47.

¹¹⁴ Bu noktada şunu belirtmekte fayda vardır ki, “genç” kavramı infaz hukukumuzda dikkate alınmaktadır. Bkz. CGTİHK m.12.

¹¹⁵ Bkz. YENİSEY, Feridun: “Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar”, s.36, http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeseli hukukta.pdf (Erişim Tarihi: 20.07.2020); BAYRAKTAR, Köksal: “Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuklarla İlgili Hükümlere Genel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 25(1-2), 2011, s.45, dn. 2.

¹¹⁶ LAUBENTHAL/BAIER/NESTLER, s.34-35.

¹¹⁷ GROPP, § 1, kn. 141.

D. Uluslararası (Milletlerarası) Ceza Hukuku

Suçla mücadelede bazı alanlarda kültürlerarası hukuk dayanışması sergilenmelidir. Ayrıca belli başlı durumlarda kamu düzeninin gerekliliği, bir ülkenin sınırlarına indirgenemez. Yahut ulusal ceza hukukunca korunan bir menfaat başka bir ülke tarafından korumadıkça anlam bulmayacaktır¹¹⁸. Örneğin bir terör örgütü Türkiye dışında kovuşturulmadıkça kendisine illegal hareket alanı bulabilecek ve Türkiye içerisinde eyleme dökülecek yasadışı faaliyetlerini ülke dışından kolayca yürütebilecektir. Ya da çok uluslu bir şirketin rüşvet ile bürokratik ve siyasi engelleri aşabileceği ve de ceza tehdidi ile karşı karşıya gelmeyeceği ülkeler olursa, bir ülkeye korunan hukuki değer korunmayan ülkede uygulama alanı olmayan anlamsız bir hale bürünecektir. Bu da küreselleşen dünyada dürüst bir şekilde ve hukuki çerçevede rekabet eden diğer firmaların aleyhine olacaktır.

Uluslararası ceza hukuku asıl olarak uluslararası hukuku ilgilendiren ceza hukuku kurallarının uygulanması meselesi ile ilgilidir. Ceza hukukunun fiil (yer bakımından) ya da fail olarak (kişi bakımından) ülke sınırını aşan uygulama alanı, başlıca çalışma alanını oluşturur¹¹⁹. Bundan dolayı; uluslararası niteliğe haiz suçların ve bu suç faillerinin yahut yabancı tarafından işlenen suçun kovuşturulabilirliği, suçun işlendiği yerin tespitine bağlı olarak suç olarak görülebilecek hangi vakalarda devletin egemenliğinin gündeme gelebileceği, evrensellik ilkesinin hangi şartlar altında uygulanabileceği, suç failinin iade edilebilirliği, devletin taraf olduğu uluslararası bir antlaşmanın iç hukuktaki uygulaması ve ulusal ceza hukukundaki yansımaları ve sonuçları, ikili ya da çok taraflı adli yardımlaşma meselelerini çözüme bağlayan bir alt bilim dalı olarak iş görür.

Vatandaşın suç sebebiyle iade edilemeyeceği ve de bir fiilden bir defa duruşma veya cezaya hükümlenir (non bis in idem) ilkeleri, bu alanın uygulamasında yerleşmiş temel ilkelerdir¹²⁰.

Bu haliyle uluslararası ceza hukuku devletin egemenlik yetkisini terk etmediği, bilakis devletin bu tarz olaylarda cezalandırma kabiliyetinin tatbikata yönelik şekil şartlarının çizildiği bir alandır. Devletin ilk elden egemenlik yetkisini kullanmak istediği bu kurallar genelde maddi ceza hukukunun içerisinde yer almaktadır. İstisnai olarak başka hukuka gönderme yapılabilir¹²¹.

E. Devletler Ceza Hukuku

Her şeyden önce şunun belirtilmesi gerekir ki, ceza hukuku denilince akla ilk olarak belli bir devlette uygulanan ceza hukuku gelir¹²².

Klasik anlamda devletler hukukunda kişisel sorumluluk söz konusu değildi. Birinci Dünya Savaşı sonrası değişen paradigmada kişiler artık devletler hukuku normlarının ağır ihlali neticesinde devletler hukuku kaidelerine göre cezalandırılmaktadır. İkinci Dünya Savaşı'nda galip gelen devletlerce teamül hukuku kaynaklı kaleme alınan ve Uluslararası Nürnberg Askeri Ceza Mahkemesi'nin statüsünü düzenleyen 8 Ağustos 1945 tarihli London Anlaşması ile fiili olarak devletler ceza hukuku hayata geçmiştir. Adı geçen bu anlaşmada ağır suçlar savaşa, barışa ve insanlığa karşı suçlar altında toplanmıştır¹²³. Bu fiili gidişat 1998 yılında kabul edilen Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü ile devletler ceza hukukunun sözleşme kaynaklı temeli haline almıştır. Tamamlayıcı nitelikteki yargı yetkisi¹²⁴ (Complementary Jurisdiction/ Komplementarität) ile donatılmış UCM'nin yargı yetkisine giren suçlar şu başlıkları içerir: Soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçu (Statü madde 5)¹²⁵. Böylelikle uluslararası toplumu ilgilendiren ve haksızlık içeriği ulusal ceza hukukunu da aşan en ağır nitelikteki suçlar kodifiye edilmiştir.

Devletler ceza hukukunun ana kaynağının uygulanması, bu sözleşmeye taraf olmayı ve sözleşmenin iç hukuka aktarılmasını gerektirdiğinden; gerçek manada bir devletler ceza hukuku olmadığı düşüncesini haklı kılmaktadır¹²⁶. Bu açıdan devletler ceza hukuku, uluslararası ceza hukuku kavramının dar manada kullanıldığı ve ulusal hukuktan bağımsız bir yargılama yetkisine sahip olduğu çağrışımlarını içeren bir bilim dalı görünümündedir¹²⁷. Bütün bunlara rağmen teorik anlamda devletler hukuku kendine has bir anlayışı, yaklaşımı ve ilkelerini barındırdığından, ayrı bir bilim dalı olarak ele

¹¹⁸ Bkz. JESCHECK/WEIGEND, s.166.

¹¹⁹ KÖHLER, Michael: "Zum Begriff des Völkerstrafrechts", Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics, 11, 2003, s.439.

¹²⁰ ÖZGENÇ, s.1006.

¹²¹ JESCHECK/WEIGEND, s.163.

¹²² KÖHLER, s.438.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için JESCHECK/WEIGEND, s.118 vd.

¹²⁴ Bkz. KÖHLER, s.442; AKSAR, Yusuf: Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.148-149.

¹²⁵ Gayri resmî tercüme için şu linkten ulaşılabilir: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDRS.htm.

¹²⁶ Benzer bir şekilde JESCHECK/WEIGEND, s.123.

¹²⁷ Krş. KÖHLER, s.440.

alınmasında fayda olacağı düşüncesindeyiz.

F. Yardımcı Disiplinler

Aşağıda açıklanmaya çalışılan disiplinler, ceza hukuku bilimlerini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla ilmi uğraşılarda olabildiğince bu yardımcı bilgiler bütününden istifade edilmelidir.

1. Ceza Hukuku Tarihi

Ceza ve ceza hukuku bilimleri egemen gücü sınırlandırmak ve meşru sınırlar içine çekmek isteyen bir alandır. Bunun için de gözlem ve eleştiri gereklidir. Bu bağlamda tarih içerisindeki seyri ve vakaları bilmek ve yorumlamak, ceza hukuku bilimleri için vazgeçilmezdir. Sonuç olarak tarihsel sürecin gelişimini öğrenmek, hukukçuya yürürlükte olan hukuku eleştirel bir tarzda ele alma yöntemini de beraberinde getirecektir¹²⁸.

2. Ceza Hukuku Felsefesi

Kanun koyucunun genelgeçer ceza normları ile getirmek istediği mantık, bilimsel yaklaşımlar ile keşfedilmelidir. Bu da ceza hukukunun felsefe ile ilişki kurmasını zorunlu kılar¹²⁹.

Değerler düzeninden oluşagelen sebepleri, adalet ve suç politikası amaçlılığı içerisinde savunulabilecek mantıksal çıkarımlar seviyesine getirme gayretleri, ceza hukukunun felsefi temellerini ortaya koyar¹³⁰. Bu açıdan denilebilir ki; ceza hukuku teorisini bilim yapan, dogmatizminin kural ve ilkelerinin pratik felsefe yardımı ile aydınlatılması girişimleridir¹³¹.

Ülkemizde ceza teorisyenleri arasında çoğunlukla suç genel teorisi ve hukuk tekniği yaklaşımları hakimdir. Dolayısıyla işin özü ve mantığı es geçilmektedir¹³². Bu gidişat yeni yeni kırılmaya başlanmıştır. Yeni yetişen akademisyenler eserlerinde felsefik eserlere ve filozoflara yer vermeye başlamışlardır.

3. Suç Bilimleri

Aslında ceza hukuku suç işleyenlerin şahsi manada dikkate alınması ve beraberindeki sürecin gözlemlenmesi için, suç olgusu hakikatini ve suçluların yaşam tarzını konu edinen bir öğreti olmalıydı. Ancak ceza hukuku kurallarla örülü bir düzenden ve (ilkesel) önermelerden beslenmektedir¹³³. Buna rağmen konusunun dayanağı olan yasaklanmış davranışları “müşahede” etmekten de geri durmamalıdır¹³⁴.

Ceza hukuku biliminin konusu gözlemlenebilir ve deneylebilir¹³⁵. Suç ve ceza kavramlarıyla ilmi münasebet dolayısıyla sadece normatif yaklaşım ile sınırlı değildir. Sosyal bilimlerin görgüsel ve deneysel yöntemlerini uygulayarak suç ve ilişkili olduğu kavramları kendisine çalışma konusu edinen suç bilimleri, bu olguların hukuk düzeni içerisindeki anlamını daha iyi anlamamıza yardımcı olmaktadır. Ayrıca kavramların toplum nezdinde ne anlama geldiğinin ceza hukukçusu tarafından bilinmesi, korunan toplumsal değerlerin yorumunda daha aydınlatıcı olabilecektir¹³⁶; çünkü var olan toplumsal gerçeklik hukuk biliminde norma dönüşür ve toplumdaki değer artık hukukun değeri olur¹³⁷. Bundan dolayı fenolojik yaklaşıma ceza hukuku normlarının yorumlanmasında ve suç politikaları değerlendirmelerinde önem verilmelidir. Ampiri ve normative ilişkisi böylelikle süreklilik kazanır.

Ceza hukuku bilimlerinin en önemli ve en büyük destekçisi kriminolojidir¹³⁸. Anlayışçı yaklaşımı benimseyen kriminologlara göre doğa açıklanır; ancak insan dünyası ise anlaşılır¹³⁹. Bu sebeple, toplumun günden güne çeşitlenen ve karmaşık hale gelen güncel sorunlarına sadece kriminoloji ve ceza hukukunun sıkı bir tertibi ve iş birliği, tatmin edici ve adil bir çözüm sunabilir¹⁴⁰.

¹²⁸ Krş. VORMBAUM, s.1,3.

¹²⁹ Krş. KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.446,449.

¹³⁰ Krş. JESCHECK/WEIGEND, s.42.

¹³¹ Krş. NEUMANN, s.125.

¹³² HEPER, Altan: “Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi İlişkisi Almanya ve Türkiye Karşılaştırılması”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkiivi, HFSA(27), 2016, s.174’e göre bunun en büyük sebebi, Türk ceza hukukçularının hukuki pozitivistizm benimsemesi ve pratik hukuk felsefesinin önemini kavramamalarından ileri gelmektedir.

¹³³ Krş. JESCHECK, s.109, dn. 9.

¹³⁴ HAFIZOĞULLARI, s.260.

¹³⁵ HAFIZOĞULLARI, s.254,274.

¹³⁶ Krş. WÜRTEMBERGER, s.40; HAFIZOĞULLARI, s.257; SELÇUK, Suç, s.90.

¹³⁷ Bu yaklaşım ceza teorisyenlerince »yeni Kantçı yaklaşım« olarak telafüz edilir. Bkz. WÜRTEMBERGER, s.39.

¹³⁸ GROPP, § 1, kn. 142.

¹³⁹ SCHÖCH, s.311.

¹⁴⁰ JESCHECK/WEIGEND, s.41.

Burada şu hususun da altının çizilmesi gerekir: Suç politikası ilmi iki yönlüdür; kendisine hem suç bilimlerinde hem de ceza hukuku düzleminde yer bulur¹⁴¹. Ceza hukuku bilimlerindeki suç (ve ceza) politikası, bir kurala ve bu kuralların getirdiği düzeneğe bağlı varılan sonuçları değerlendirir ve reform ihtiyacını çözmek ister. Suç bilimleri içerisinde yer alan suç politikası, toplumsal gereklilik ve siyasal amaç temelinde suçlulukla mücadele nasıl daha iyi olur sorusuna yanıt arar. İlki dar anlamda sonuncusu da geniş anlamda suç politikasını gündeme getirir¹⁴².

IV. BÜTÜNSEL CEZA HUKUKU BİLİMİ

Bütünsel ceza hukuku bilimi, bilimsel sınıflandırmadan ziyade metod ile ilgilidir ve suç ve ceza kavramları ile uğraşan ceza hukuku teorisinin nasıl bir yöntem izlemesi gerektiğine dair bir yaklaşımı ifade etmektedir. Bu bölümde bahsi geçen inceleme yöntemi ele alınacaktır.

A. Feuerbach'ın Ceza Hukuku Bilimi Yaklaşımı

Paul Johann Anselm Feuerbach'ın ceza hukuku ders kitabını (ilk basım 1801, 14. basım 1847), yürürlükte olan ceza hukukunu bilimsel manada açıklamaya çalışan ilk kitap olarak görebiliriz. Yürürlükte olan genel hüküm, devlet felsefesi, hukuk felsefesi, suç ve cezanın felsefesi ile ilişkilendirilir. Bu düşüncede ceza hukuku uygulaması, kriminoloji ve kriminalistik ihmal edilmek istenmez. Her disiplin kendi ilkelerini izlemekte ve ayrı anlatılıp öğretilmelidir¹⁴³. Dolayısıyla bu yöntemde tek bir ceza hukuku vardır ve bu disiplin, ilgili bütün dalları içine almalıydı. Mer'i ceza hukukunun bütünü bu fikir altında açıklamak, Feuerbach'ın temel çıkış noktasıydı¹⁴⁴.

B. Listz'in Bütünsel Ceza Hukuku Bilimi Yaklaşımı

Franz von Listz'in düşlerini kurduğu büyük hayali şu idi: Alansal tekdüzelik zorunluluğu altında parçaların (bilim dallarının) işlevsel ve bütünsel anlamda teşkilatlanması. Bu hedef, pek doğaldır ki, disiplinlerin farklı iç yapısı ve değişik yöntemleri benimsemelerinden ötürü ütopyik kalmaktadır¹⁴⁵.

Bir görüşe göre Franz von Listz'in bütünsel ceza hukuku bilimi yaklaşımı, ulus üstü ve evrensel bir bilim vizyonunu barındırmaktaydı¹⁴⁶. Birbirine komşu disiplinler bütünsel bir bağlamda ifade edildiği takdirde bilimsel olma niteliğini kazanacaktır görüşündedir. Böylelikle sosyal ve normatif boyutlar eşit düzeyde ele alınırlar¹⁴⁷. Yazarın 27 Ekim 1899'da Berlin Üniversitesi başlangıç dersindeki ceza hukuku bilimine ait yöntem söylemi bu durumu açık bir şekilde belirtir¹⁴⁸:

“İstikrarlı bir şekilde şunu savunuyorum ki, kriminalist isterse ceza hukuku hocası, isterse polis, savcı ya da sulh hâkimi, isterse ceza yargılamasında müdafî yahut cezaevinin müdürü olsun; hukukçu olmak zorunda değildir. Günümüz kriminalist teorisyenlerinin ve uygulamacılarının şekli hukuk eğitimini, mevcut hatalı gidişatın en büyük sebebi olarak görüyorum. Bu fikrimi gücüm yettiğince ve her fırsatta tekrar edeceğim ve bu düşüncemi temellendirmeye çalışacağım. Bir kriminalistten şunu talep ediyorum: Kriminalbiyoloji ve kriminalpsikolojinin sonuçları, ceza kanununun belirlemeleri ve Yüksek Mahkeme'nin kararları kadar güvenilirlerdir.”

Listz, bütünsel ceza hukuku bilimi anlayışıyla ceza hukukunun bilimsel olacağına inanmıştı. Ceza hukuku bilimi ona göre sıradan bir dogmatikten ziyade, hukuki ve kriminolojik seviyedeki heterojen birikimleri de – bilimsellik adına – içine alan bir disiplin olmalıydı¹⁴⁹. Müellifin bu bakış açısına göre, mevcut ceza hukukunun hukuk bilimi tarafından açıklanması ile yetinilmemeli; suçun nedenleri cezanın etkisel sahasını da kapsayacak biçimde pozitif doğa bilimleri tarafından açıklığa kavuşturulmalıdır. Çünkü ancak bu tarz bir yaklaşım akılcı, etkili ve haklı bir suç politikasına imkân verebilecektir¹⁵⁰.

Ceza hukuku düşünürü bu bütünsel ceza hukuku bilimi anlayışını uluslararası kriminalistler derneği (1889-1933) ile propaganda etmek istemiştir. Bu derneğin faaliyetleri ceza hukuku bilimi ve politikasının uluslararası düzeyde tartışılmasına imkân sağlamıştır¹⁵¹.

¹⁴¹ Krş. DEMİRBAŞ, Ceza, s.65; YUMAK, Kriminoloji ve Ceza Hukuku, s.564.

¹⁴² ROCCO, s.191.

¹⁴³ NAUCKE, Strafrechtssystem, s.263.

¹⁴⁴ NAUCKE, Strafrechtssystem, s.265.

¹⁴⁵ JESCHECK/WEIGEND, s.41.

¹⁴⁶ NEUMANN, s.130.

¹⁴⁷ MAIHOFER, Werner: “Gesamte Strafrechtswissenschaft”, in Roxin, Claus/Bruns, Hans-Jürgen/Jäger, Herbert (ed.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, De Gruyter, Berlin, Boston, 1974, s.75,87.

¹⁴⁸ VON LISZT, Franz: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Erster Band: 1875 bis 1891, J. Guttentag, Berlin 1905, s.294-295.

¹⁴⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: “Corsi e ricorsi, Die Wiederkehr Franz von Listz”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, (81)3, 1969, s.691.

¹⁵⁰ SCHÖCH, s.305.

¹⁵¹ VORMBAUM, s.124.

Bir görüşe göre Franz von Listz'in bütünsel ceza hukuku bilimi söylemi, maddi ceza hukukunun sadece diğer ceza hukuku bilimleri dallarından birisi olduğuna gönderme yapmaya hizmet eder¹⁵². Başka bir görüşe göre Listz, özel önleme suç politikası için ceza hukuku bütün dallarının birlikteliğini savunur¹⁵³.

Yazara ceza hukuk dogmatığı penceresinden bakıldığında kolaylıkla görülecektir ki, yazar hukuk pozitivismi benimsemiştir¹⁵⁴. Kendisini mevcut kurallar ve ilkeler ile bağlamıştır. Ceza hukukçusu olarak Listz, ceza kanununu suç politikasının aşılamayacak bariyeri olarak görür. Sosyal amaca uygunluk ilkesel maksimler yardımı ile hukuki bir çerçevede ele alınır. Öğrencisi Radbruch'un da teyit ettiği gibi, açık ve keskin kavramlarla dolu kapalı bir ceza hukuku dogmatığını savunur¹⁵⁵. Suç politikası değerlendirmelerinde ise ampirik ve kriminolojik yöntemleri ön plana çıkarır. En nihayetinde ceza hukuku dogmatığını ve kriminolojiyi aynı potada eritmek ister¹⁵⁶. Bu da Listz'in yönetsel çelişkilerinden birisini ifade eder¹⁵⁷.

C. Roxin'in Ceza Hukuku Bilimi Yaklaşımı

Müellife göre ceza adaleti sistemi içerisinde yer alan bütün disiplinler, bütünsel ceza hukuku bilimini karşılar¹⁵⁸.

Teorisyene göre ceza hukuku dogmatığı içerisinde bir çözüm aranmasının şartı, normatif bir çıkış noktasına bağlıdır¹⁵⁹. Bu da maddi ceza hukukunu, ceza adaleti düzeninin temel bilimi haline getirir¹⁶⁰. Ancak yazara göre diğer komşu dallarıyla sıkı bir iş birliğinde bulunmayan ceza hukuku, modernite iddiasında bulunamaz. Bu açıdan sadece maddi ceza hukuku ile yetinilmemelidir; hukuki çözümler diğer bilim dallarından da üretilebilir¹⁶¹.

Roxin'e göre ceza hukuku sistemi, dedüksiyon metodu üzerine kurulu ve ontolojik hukuka uygunluğun bir resmini ortaya koymamalıdır. Aksine bu sistem suç politikası tahayyülleri ile yakından ilişkilidir¹⁶². Bundan dolayıdır ki, ceza hukuku ve suç politikası birbirinden farklı alanlar olarak görülmemeli, bilakis birbirini tamamlamalıdır¹⁶³. Bu iki disiplin, kesiştiği noktalarda birbiri ile hareket etmelidir. Bu iş birliği kendisini özellikle yaptırım hukukunda gösterir¹⁶⁴.

Normativizm ve empiri ilişkisinde hayat tecrübelerinin hakikatini ortaya koyan bir ceza hukuku dogmatığını savunmaktadır¹⁶⁵. Bu noktada dogmatik ile fenolojik (olgusal) etkileşimi mümkün kılmaktadır¹⁶⁶.

D. Ara Sonuç ve Kanaatimiz

Bütünsel ceza hukuku bilimi yaklaşımı, ceza hukukuna yöntembilim açısından nasıl yaklaşılacağı ile ilgili bir meseledir. Böylelikle ceza hukuku biliminin çalışma usulü belirlenmiş olur. Suça ve suçluya kriminalist bir yaklaşım ortaya koyar, bilginin nasıl elde edileceği üzerine yöntem geliştirmek ister.

Franz von Listz'in kuruculuğunu üstlendiği bütünsel ceza hukuku bilimi, yerine getirilmemiş bir çağrıdır. Dolayısıyla günümüz ceza hukuku dogmatığı ve suç bilimleri birbirine bağlanmamış komşu ve yardımcı bilim dallarıdır¹⁶⁷.

Listz'in yaklaşımı aslında bir madalyonun iki yüzü gibidir: Bir yanda anayasal teminat barındıran vatandaş ceza hukuku, diğer tarafta ceza hukukunun sadece amacı gerçekleştirmeye yarayan bir suç politikası aracı yüzü. Bahsi geçen bu son yüz kendisini iyileştirilemeyecek olan suçluların hayat

¹⁵² GROPP, § 1, kn. 138.

¹⁵³ NAUCKE, Strafrechtssystem, s.265.

¹⁵⁴ VORMBAUM, s.132.

¹⁵⁵ WÜRTENBERGER, s.31-32.

¹⁵⁶ Aynı yönde BARATTA, Alessandro: "Strafrechtsdogmatik und Kriminologie", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 92(1), 1980, s.142.

¹⁵⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, s.692.

¹⁵⁸ ROXIN, Strafrecht, § 1, kn. 14.

¹⁵⁹ ROXIN, Strafrechtsdogmatik, s.428.

¹⁶⁰ ROXIN, Strafrecht, § 1, kn. 14.

¹⁶¹ ROXIN, Strafrecht, § 1, kn. 14.

¹⁶² ROXIN, Strafrechtsdogmatik, s.436-437.

¹⁶³ ROXIN, Claus: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin & New York, 1973, s.10.

¹⁶⁴ ROXIN, Strafrechtsdogmatik, s.431.

¹⁶⁵ ROXIN, Strafrechtsdogmatik, s.428.

¹⁶⁶ ROXIN, Strafrechtsdogmatik, s.429.

¹⁶⁷ MAIHOFER, s.75.

boyunca zararsız hale getirilmesi fikrinde gösterir¹⁶⁸. Bu sebeple müellif bilimsel bir paradoksun içindedir. Dolayısıyla düşünürü ceza hukuku teorisini Liszt ve suç politikacısı Liszt olarak incelemek ve anlamak gerekir¹⁶⁹.

Ceza hukukçusu normatif önermeler üzerinden faaliyet yürütmek zorunda olduğundan¹⁷⁰, bütünsel ceza hukuku yaklaşımı normatif yapısı ön planda olan bir sosyal bilim olarak ilerlemelidir¹⁷¹. Bundan dolayı çağdaş ceza hukuku bariyerlerinin bütünsel ceza hukuku bilimi yöntemleri ile aşılması zor gözükmetedir¹⁷².

Bütünsel yaklaşım sayesinde kriminologlar araştırmalarında ceza ve ceza usul hukuku teorilerini görgüsel bağlamda kendilerine konu edinmiş olmalarına rağmen¹⁷³, çağdaş ıslah edici (iyileştirici) ceza hukuku ile bütünsel ceza hukuku söylemleri birbirinden ayrılmalıdır. Islah edici ceza hukuku, sosyal bilim yöntem ve söylemlerinin öğretide, uygulamada ve saha araştırmalarında sıkça dile getirilmesi ve tatbik edilmesiyle başlayan bir süreçtir¹⁷⁴.

Ceza adaleti sistemi koruduğu değerler açısından bütünlük arz etmelidir. Bu açıdan sadece suç olarak değerlendirmeye alınan hareketin ceza dogmatığı açısından ele alınması ile yetinilmemelidir. Suçun hukuki sonucu, cezanın tayini ve usul hukuku tahlilleri de bu incelemede dikkate alınmalıdır¹⁷⁵. Bu tarz bir yaklaşım yardımı ile ceza (suç) hukuku dogmatığının dar alandaki sınırları mevcut hukukun ruhunu yansıtabilecek seviyeye gelmesi için genişleyebilecektir¹⁷⁶.

Franz von Liszt'in bilimselleştirme adına sunduğu mükemmel birliktelik oluşturma çağrısı bir yana bırakılacak olursa, ceza hukuku bilimleri anlayışı hayatını dünya genelinde sürdürmektedir¹⁷⁷. Bu çerçevede bütünsel ceza hukuku fikri de artık bilimler arası dayanışma bağlamında hukuksal bir olgu olarak görülmelidir; çünkü günümüz ceza hukuku uzun bir süredir sosyoloji, psikoloji ve tıp bilimini dikkate almaktadır¹⁷⁸.

Açıklanan bu nedenlerle ceza hukuku bilimlerinde bütünsel yaklaşım mümkün görülmeli ve ceza hukuku teorisyenleri tarafından benimsenmelidir. Yalnız çalışmada ortaya konulan üç yaklaşımın da kendi içerisinde eksiklikleri mevcuttur. Bu noktada arzumuz, ceza hukuku teorisyenlerinin akademik çalışmalar üzerine asgari ölçütler belirlemeleridir.

V. SONUÇ

Bu makale ile konusunu suç ve ceza kavramlarının oluşturduğu bilimsel bilgiler sınıflandırmaya tabi tutularak genel resim ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bizi bu şekil bir çalışmaya iten sebep, ceza hukuku sahasında son yüzyıldaki gelişim ve genişmeden kaynaklı oluşan bilimsel bilgilerin varlığıdır.

Çalışmamızda varılan sonuçları şu şekilde listeleyebiliriz:

1. Ceza (suç) hukuku artık klasik sınırlarını aşmıştır. Sosyal bilimlerin katkısı ile bilgi üretimi artmıştır. Mevcut birikimin bilim kollarına ayrılarak anlaşılır bir düzen halinde sunulması, öğretici için gereklidir.

2. Ceza hukuku bilimi ile ceza hukuku bilimleri ayrımı yapılmalıdır.

3. Suç (ceza) hukuku bilimleri, maddi ceza hukukunun, yani suç genel teorisinin merkezde yer aldığı disiplinlerden oluşur.

4. Ceza hukuku bilimlerinin bütünü, ceza adalet sistemini oluşturur. Bu açıdan ceza hukukunun aynı zamanda bir adalet bilimi olduğu gözden kaçırılmamalıdır¹⁷⁹.

5. Suç (ve ceza) hukuku bilimleri disiplinlerinin gelişimi alansal çalışmalarla¹⁸⁰ teminat altına alınmalıdır.

6. Sadece maddi ceza hukukunun kapsamı ile usul ve söylem geliştirmek zordur¹⁸¹.

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco: "Das Erbe Franz von Liszts", in Neumann, Ulfrid/Herzog, Felix (ed.), Festschrift für Winfried Hassemer, Verlagsgesellschaft Hüthig-Jehle-Rehm, Heidelberg 2010, s.536-537.

¹⁶⁹ MUÑOZ CONDE, s.539.

¹⁷⁰ HAFIZOĞULLARI, s.255.

¹⁷¹ Benzer bir şekilde MAIHOFER, s.85.

¹⁷² VORMBAUM, s.127.

¹⁷³ SCHÖCH, s.321.

¹⁷⁴ MAIHOFER, s.87.

¹⁷⁵ Krş. NAUCKE, Strafrechtssystem, s.271.

¹⁷⁶ NAUCKE, Strafrechtssystem, s.275. Karşı görüş için bkz. ROCCO, s.180-182.

¹⁷⁷ Krş. JIMÉNEZ DE ASÚA, s.692-693.

¹⁷⁸ SCHÖCH, s.320.

¹⁷⁹ Bkz. KINDHÄUSER, Strafrechtswissenschaft, s.445.

¹⁸⁰ Suç ve ceza hukuku bilimlerinin katı birliğini savunan bütünsel ceza hukuku bilimi tarafları, bu birliği kurumsal ve teşkilatsal güvence altına almak ister. Bkz. SCHÖCH, s.321.

¹⁸¹ Krş. GROPP, § 1, kn. 138.

7. Türk ceza hukuku öğretisinde maddi ceza hukuku kavramının anlamı haksız bir şekilde daraltılmaktadır. Bu anlayışa göre maddi ceza hukuku, suç öğretisi ile eşleşmektedir.

8. Ülkemizde öğretilen ve üzerinde durulan genel olarak suç genel teorisi. Dolayısıyla ders kitaplarına ve birçok yere adını verdiğimiz “ceza hukuku” tabirinin hakkının verilmediği, dolayısıyla “suç hukuku” tabiri ile ikame edilmesinin daha sağlıklı olacağı değerlendirilmektedir¹⁸². Ülkemizde ceza hukuku diye tabir edilen alan aslında ceza hukuku biliminin özünü oluşturan suç öğretisidir. Dolayısıyla “suç hukuku” tabirinin kullanılması daha yerinde olacaktır. Aksi halde ceza hukuku tabiri, öğretilen herkesin doğru bildiği yanlış olarak (galat-ı meşhur) yerini almaya devam edecektir.

9. Günlük insani ihtiyaçların hedeflendiği bir çalışma tarzı ve usulü bilimsel olma iddiasında olamaz. Amaca yönelmiş ceza hukuku bilimi yerine tarafsızlık ve nesnellik yegâne bilimsel tutum olmalıdır¹⁸³.

Yukarıda zikredilen gelişmeler karşısında ceza hukuku biliminin sistematik birliği ve bütünlüğü kısmen de olsa saldırıya maruz kalmaktadır. Ceza adaleti sisteminin ortak bir paydada işlevini yerine getirmesi için bu alanın ilkesel bütünlüğü muhafaza edilmelidir¹⁸⁴.

KAYNAKÇA

- AKSAR, Yusuf: Evrensel Yargı Kuruluşları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- ALBRECHT, Peter-Alexis: Die Vergessene Freiheit, 3. Auflage, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin 2011.
- AMELUNG, Knut: “Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 92(1), 1980, s.19-72.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.
- BARATTA, Alessandro: “Strafrechtsdogmatik und Kriminologie”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 92(1), 1980, s.107-142.
- BAYRAKTAR, Köksal: “Yeni Türk Ceza Kanununda Çocuklarla İlgili Hükümlere Genel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 25(1-2), 2011, s.45-60.
- BINDER, Julius: Philosophie des Rechts, Georg Stilke, Berlin 1925.
- CALLIES, Rolf-Peter: Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Fischer-Taschenbuch-Verlag, Frankfurt a.M. 1974.
- DEMİRBAŞ, Timur: İnfaz Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2008.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- ENGISCH, Karl: “Sinn und Tragweite juristischer Systematik”, Studium Generale, 1957, s.173-190.
- FREUND, Georg/ROSTALSKI, Frauke: Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 3. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2019.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Kitap Tahlili: Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 23(1), 1968, s.489-493.
- GROPP, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2015.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 35(1), 1978, s.235-279.
- HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- HEPER, Altan: “Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi İlişkisi Almanya ve Türkiye Karşılaştırılması”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, HFSA (27), 2016, s.167-183.
- HASSEMER, Winfried: “Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz”, in HASSEMER, Winfried/NEUMANN, Ulfried/SALIGER, Frank (ed.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, C.F. Müller, Heidelberg 2016.
- HIRSCH, Hans Joachim: “Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 102(3), 1990, s.534-562.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: “Methoden der Strafrechtswissenschaft”, Studium Generale, 1959, s.107-119.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas: Strafrecht Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: “Corsi e ricorsi, Die Wiederkehr Franz von Liszt”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, (81)3, 1969, s.685-699.
- KINDHÄUSER, Urs: “Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft” Joerden, Jan C./Schmoller, Kurt (ed.), Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Keiichi Yamanaka, Duncker & Humblot, Berlin 2017, s.443-465.

¹⁸² Aynı yönde bkz. ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.5; ÖZTÜRK/ERDEM, s.27; ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s.39; HAKERİ, s.29; SELÇUK, Suçu İnceleme, s.137 vd.; TOROSLU, Ceza Genel, s.17.

¹⁸³ Krş. NAUCKE, Verhältnis, s.423.

¹⁸⁴ Krş. JESCHECK/WEIGEND, s.43.

- KINDHÄUSER, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2020.
- KÖHLER, Michael: “Zum Begriff des Völkerstrafrechts”, Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics, 11, 2003, s.435-467.
- KREY, Volker: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 3. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2008.
- KUNTER, Nurullah: ““Hukuk”, “Muhakeme Hukuku” ve “Ceza Muhakemesi Hukuku” (Kürsüde Son Ders)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 45(1-4), 1981, s.797-807.
- LAUBENTHAL, Klaus: Strafvollzug, 8. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2019.
- LAUBENTHAL, Klaus/BAIER, Helmut/NESTLER, Nina: Jugendstrafrecht, 3. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2015.
- LISZT, Franz Von: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Erster Band: 1875 bis 1891, J. Guttentag, Berlin 1905.
- MAIHOFER, Werner: “Gesamte Strafrechtswissenschaft”, in ROXIN, Claus/BRUNS, Hans-Jürgen/JÄGER, Herbert (ed.), Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, De Gruyter, Berlin, Boston, 1974, s.75-88.
- MAYENBURG, David von: “»Geborene Opfer«. Bausteine für eine Geschichte der Viktimologie – Das Beispiel Hans von Hentig”, Rechtsgeschichte, Rg (14), 2009, s.122-147.
- MEIER, Bernd-Dieter: Strafrechtliche Sanktionen, 5. Auflage, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2019.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: “Das Erbe Franz von Liszts”, in NEUMANN, Ulfrid/HERZOG, Felix (ed.), Festschrift für Winfried Hassemer, Verlagsgruppe Hüthig-Jehle-Rehm, Heidelberg 2010, s.535-558.
- NAUCKE, Wolfgang: “Über das Verhältnis von Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 85(2), 1973, s.399-437.
- NAUCKE, Wolfgang: “Wissenschaftliches Strafrechtssystem und positives Strafrecht”, Goltdammer’s Archiv, 1998, s.263-275.
- NEUMANN, Ulfrid: “Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?”, in Prittwitz, Cornelius/Manoledakis, Iohannis (ed.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Nomos Verlag, Baden-Baden 2000, s.119-130.
- ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- ÖZEN, Mustafa: İrtikap ve Rüşvet Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- ROCCO, Arturo: “Problem und Methode der Strafrechtswissenschaft (Il problema e il metodo della scienza del diritto penale)”, in DEZZA, Ettore/SEMİNARA, Sergio/VORMBAUM, Thomas (ed.), Moderne italienische Strafrechtsdenker, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg 2012, s.176-199.
- ROXIN, Claus: Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Walter de Gruyter, Berlin & New York, 1973.
- ROXIN, Claus: “Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik”, in Dölling, Dieter (ed.), Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Duncker & Humblot, Berlin 2003, s.423-439.
- ROXIN, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band. I, C.H. Beck, München 2006.
- ROXIN, Claus/SCHÜNEMANN, Bernd: Strafverfahrensrecht, 27. Auflage, C.H. Beck, München 2012.
- SCHÖCH, Heinz: “Verstehen, Erklären, Bestrafen?“, in Immenga, Ulrich (ed.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Schwartz, Göttingen, 1980, s.305-321.
- SCHÜNEMANN, Bernd: “Das deutsche Strafrecht und seine Wissenschaft vier Menschenalter nach Franz von Liszts Gießener Lehrbuch”, Goltdammer’s Archiv, 2016, s.506-518.
- SELÇUK, Sami: “Suç, Suçun Öznelikleri ve Tanımı”, in NUHOĞLU, Ayşe/ALTUNÇ, Mehmet Sinan/PİRİM, Ceren Zeynep (ed.), Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, 1. Cilt, Beta Basım Yayım, İstanbul 2014, s.85-106.
- SELÇUK, Sami: “Suçu İnceleme Yöntemleri ve “Suç Genel Kuramı Önerisi””, Terazi Hukuk Dergisi, C: 13 S: 141, Mayıs 2018, s.137-150.
- STAMMLER, Rudolf: “Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft”, in Hinneberg, Paul (ed.), Die Kultur der Gegenwart, Teil II Abteilung VIII, B.G. Teubner, Berlin und Leipzig 1906.
- STRENG, Franz: Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Auflage, Stuttgart 2012.
- TOROSLU, Nevzat: “Ceza Hukukunda Okullar”, in İÇEL, Kayihan/ÜNVER, Yener (ed.), Nurullah Kunter’e Armağan, İÜHF Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul, 1998, s.367-376.
- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, 16. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2011.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2009.
- Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.
- VORMBAUM, Thomas: Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte, 3. Auflage, Springer-Verlag, Berlin

Heidelberg 2016.


WÜRTEMBERGER, Thomas: *Kriminalpolitik im Sozialen Rechtsstaat*, Enke, Stuttgart 1970.

YENİSEY, Feridun: “Mukayeseli Hukuk Açısından Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Ceza Sorumluluğu Olmayan Çocuklar ve Gençler için Ceza Hukukunda Uygulanan Alternatif Yaptırımlar”, http://cocukhaklari.barobirlik.org.tr/dokuman/egitimbasvuru_basvuru/mukayeseli_hukukta.pdf (Erişim Tarihi: 20.07.2020).

YUMAK, Semih: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Hükümlüyü Topluma Yeniden Kazandırmak Bağlamında Salıverilmeye Hazırlık, Geçiş Sürecinin Yönetimi ve Koşullu Salıverilme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5(17), 2014, s.419-443.

YUMAK, Semih: “Kriminoloji ve Ceza Hukuku: Hukuk Fakültelerinde Kriminoloji Öğretiminin Faydaları ve Türkiye'deki Güncel Durum”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(22), 2015, s.549-585.

YUMAK, Semih: *Eine alternative Sanktion zum Freiheitsentzug im deutschen und im türkischen Strafrecht: Die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) und der Aufschub der Verkündung des Urteils (Art. 231 türk. StPO)*, Grin Verlag, München 2016.

**ULUSLARARASI HUKUKTA İHBARCILIK KAVRAMI
VE İHBARCILARIN KORUNMASI****THE CONCEPT OF WHISTLEBLOWING AND PROTECTION OF WHISTLEBLOWERS
IN INTERNATIONAL LAW**Gökçe KONYALI*  <https://doi.org/10.21492/inuhfd.887700> **Makale Bilgi**Gönderi: 27/02/2021
Kabul : 30/06/2021**Anahtar Kelimeler***İhbarcılık,
İhbar Yöntemleri,
İhbarcılarının
Korunması,
AB İhbarcılık
Direktifi,
Mülteci Statüsü.***Article Info**Received: 27/02/2021
Accepted: 30/06/2021**Keywords***Whistleblowing,
Reporting Mechanisms,
Protection of
Whistleblowers,
EU Whistleblower
Directive,
Refugee Status.***Özet**

İhbarcılar, genel olarak, bir kurum veya kuruluşta hukuka ve ahlaka aykırı uygulamaları bildiren kişiler olarak tanımlanmaktadır. İhbarcılar, kamu menfaatlerinin korunması amacıyla, ilgili yolsuzlukları ülke içindeki denetim mekanizmalarına bildirebilecekleri gibi, medyaya da ifşa edebilirler. Ancak ihbarcılarının bildirdikleri hususlara ilişkin olarak uğrayabilecekleri zararlardan da korunmaları gerekmektedir. İhbarcılar, ihbar faaliyetinden ötürü bazı tehdit ve baskılara maruz bırakılabilir veya doğrudan fiziksel ya da maddi zararlara uğratılabilirler. İhbarcılarının bu gibi eylem ve işlemlerden korunması, yolsuzlukların ortaya çıkarılması için gereklidir. Buna ek olarak, bir kişinin sadece kamu menfaatlerine aykırı durumları ihbar ettiği için zarara uğraması veya zarar tehlikesi altında bırakılması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Ancak günümüzde ulusal hukuklarda yer alan ihbarcılık düzenlemelerinin yetersiz olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası hukukta ihbarcılarının korunmasına yönelik düzenlemelerin geliştirilmesi için önemli çalışmalar yürütülmektedir. 2019 yılında çıkarılan Avrupa Birliği İhbarcılık Direktifi'nin, bu konuda önemli katkılar sağlaması beklenmektedir. Buna ek olarak, kendi ülkelerinde korunamadıkları veya haksız soruşturmalara veya yaptırımlara maruz bırakıldıkları için ilgili ülkeyi terk eden kişilerin de uluslararası hukukça korunması gerekmektedir. Bu bağlamda BMMYK'nın ihbarcılara mülteci statüsü tanınması hakkında yol gösterici ilkeler ortaya koyması, başlangıç için önemli bir adım olacaktır.

Abstract

Whistleblowers are generally defined as people who report illegal and unethical practices in an institution or organization. In order to protect the public interests, whistleblowers may report these wrongdoings to the internal or external control mechanisms or disclose them to the media. However, the whistleblowers should also be protected from the damages they may incur in relation to the issues reported. Whistleblowers may be subjected to some threats and pressures or directly suffered physical or material damages due to their reporting activity. It is necessary to protect whistleblowers from such actions to reveal and prevent corruption. In addition, it is incompatible with the rule of law that a person is harmed or put at risk of harm simply because he reports situations contrary to public interest. However, it is understood that the whistleblowing regulations in national laws are insufficient today. In this context, significant studies are carried out to develop regulations for the protection of whistleblowers in international law. It is expected that the European Union Whistleblower Directive, enacted in 2019, will make major contributions in this regard. In addition, people who leave their country because they cannot be protected or are subjected to unfair investigations or sanctions must also be protected by international law. In this context, it will be an important step for the UNHCR to lay down guiding principles on granting refugee status to whistleblowers.

I. GİRİŞ

İhbarcılık kavramının kökeni yaklaşık 70 yıl öncesine dayanmaktadır. Geçmişte daha sınırlı bir gözetleme görevini tanımlamak için kullanılan bu kavram, ilerleyen tarihlerde farklı bir anlam ve kapsama sahip olmuştur¹. İhbarcılık, geniş bir tanımla, bir ülkedeki hukuka veya ahlaka aykırı uygulamaları yahut diğer bir deyişle yolsuzlukları ihbar veya ifşa eden² kimselerdir. Bu kişiler ilgili kuruluşla aralarında bulunan iş ilişkisi veya başka bağlantılar vesilesiyle birtakım bilgi ve belgelere erişmektedir. Eriştikleri bilgi ve belgelerde tespit ettikleri eylem ve işlemler, kamu menfaatini zedeleyici nitelikte olabilir. Kamu menfaati geniş bir kavramdır, dolayısıyla pek çok eylem ve işlem bu menfaati zedeleyici nitelikte olabilir. Örneğin, kişisel verilen hukuka aykırı olarak üçüncü kişilerle paylaşılması, bir fabrikanın zararlı atıkları uygunsuz şekilde doğaya bırakması, kamu mallarının şahsi kullanımı veya görevin kötü kullanımı gibi pek çok husus, kamu menfaatlerine zarar verir. Bu gibi durumlar özel şirketler veya diğer kuruluşlar bünyesinde yaşanabileceği gibi, bir kamu kurumu nezdinde de meydana gelebilir. İlgili hukuksuzluklara ilişkin bilgi veya belge elde eden kişilerin bunları paylaşması son derece önemli ve gereklidir. İhbarcıların bu durumları herhangi bir endişe taşımaksızın paylaşabilmesi, paylaşılan hususların yetkili kurumlarca incelenmesi ve gerçekten bir hukuksuzluk söz konusu ise yaptırımların uygulanması ve önlemlerin alınması, kamu düzeninin ve menfaatlerinin muhafazasına önemli katkı sağlayacaktır.

İhbarcılar, ellerindeki bilgi ve belgeleri paylaştıklarında, bazı haksız uygulamaların hedefi haline gelebilirler. Özellikle ihbarcı ilgili kurumun bir çalışanı ise, hukuksuzlukları ihbar etmesinin ardından yöneticiler tarafından taciz edilebilir, çalışma şartları değiştirilebilir veya disiplin cezalarına maruz bırakılabilir. Bunun haricinde ihbarcılar, ellerindeki bilgileri ifşa etmeden önce veya ettikten sonra, tehdit veya baskılara maruz kalabilir. İhbarcıların bu gibi eylemlerden korunması gerekmektedir, zira bu kişiler topluma bir hizmette bulunmakta ve yolsuzlukların ortaya çıkarılması için çaba göstermektedir. İhbarcıların gereği gibi veya hiç korunamaması halinde, işini kaybetmekten korkan bir çalışan veya zarara uğrayacağını düşünen herhangi bir vatandaş, kurumların hukuka ve ahlaka aykırı uygulamalarına ilişkin verilere erişse dahi, ihbar etmekten çekinecektir ve nihayetinde ihbarda bulunmayabilecektir.

Uluslararası hukukta ihbarcılarının korunmasına ilişkin pek çok çalışma yürütülmektedir. Özellikle yolsuzlukların önlenmesine ilişkin sözleşmeler, ihbarcılığın kapsamına ve ihbarcılarının korunmasına ilişkin bazı düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bu bağlamda özellikle son dönemde çıkarılan Avrupa Birliği İhbarcılık Direktifi, oldukça kapsamlı düzenlemeler içermekte ve koruma seviyesini tüm ulusal düzenlemelerin üstüne çıkarmaktadır. Bunun yanı sıra BM ve bölgesel bazı uluslararası örgütler de farklı çalışmalar yürüterek küresel standartların getirilebilmesi için çaba sarf etmektedir. Ulusal hukukların önemli bir kısmında henüz ihbarcılarının korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeler getirilebilmiş değildir. Ancak AB direktifinin iç hukuklara aktarılmasının ardından tüm AB üyesi devletlerde ilgili düzenlemeler uygulanır hale gelecektir ve küresel ölçekte de önemli bir etki yaratacaktır.

İhbarcılarının yaşadıkları ülkede korunamamaları halinde bir başka ülkeden koruma elde edip edemeyecekleri, uluslararası hukukta tartışılan diğer bir husustur. Bu bağlamda devletlere herhangi bir yükümlülük getiren bir sözleşme bulunmamaktadır. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi, evrensel bir mülteci sözleşmesi olmakla birlikte, sınırlı bir mülteci tanımı sunar. Ancak gelişen ve değişen çevresel şartların insan hayatı üzerindeki etkileri, sözleşmenin de farklı şekilde yorumlanması gerekebileceğini ortaya koymaktadır.

II. İHBARCILIK

Uluslararası hukukta ihbarcılık kavramının çerçevesinin çizilebilmesi için üç temel hususun üzerinde durulması gerekmektedir. Bunlar; ihbarcı kavramı, ihbar faaliyetinin kapsamı ve ihbar yöntemleridir. İhbarcılarının korunmasına ilişkin düzenlemeler de, sözü edilen üç öge üzerine oturtulmaktadır. İhbarcılık kavramının anlaşılabilmesi için öncelikle kimlerin ihbarcı olabileceğinin anlaşılması gerekmektedir. Bu doğrultuda uluslararası hukuk belgeleri ve ulusal düzenlemeler yol gösterici olacaktır. İhbarcı kavramı için henüz evrensel bir standarda net olarak ulaşılmış olmamakla birlikte, ilgili düzenlemelerde bazı temel hususların ortak olduğu dikkati çekmektedir. Dolayısıyla ihbarcı kavramının özünü bu şekilde tespit etmek mümkündür. Kimlerin ihbarcı olabileceğinin yanı sıra, hangi eylem ve işlemlerin ihbar faaliyetinin konusunu oluşturabileceğinin

¹ JUBB, Peter B.: “ Whistleblowing: A Restrictive Definition”, Journal of Business Ethics, 21(1), 1999, s.77.

² İhbarcı ilgili konuyu belirli bir kuruma veya kişiye ihbar edebileceği gibi, kamuya açık kanallarla bu bilgiyi ifşa da edebilir.

de belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu eylem ve işlemlerin ne şekilde ihbar edileceği ise, ihbar yöntemlerinin incelenmesi ile ortaya konulacaktır.

A. İhbarcı Kavramı

Yabancı öğretilerdeki özgün karşılığı "whistleblower" olan kavramın, Türkçe'de "ihbarcı" kelimesi ile ifade edilmesi mümkündür. Öğretilerde, ilgili kavramı ifade etmesi amacıyla farklı kelimelerin de kullanıldığı görülmektedir³. Ancak, anlamsal açıdan uygun olması ve kolay anlaşılabilmesi sebebiyle, çalışmamızda "ihbarcılık" kelimesi kullanılacaktır⁴.

TDK Sözlüğünde ihbarcı; haber veren, bildiren kimse veya muhbir olarak tanımlanmaktadır⁵. Hukuki anlamda ise ihbarcı, genel olarak, bir kurum veya kuruluştaki hukuka ve ahlaka aykırı uygulamaları bildiren kişidir. Bu bildirim devlet içerisindeki yetkili birimlere yapılabileceği gibi, söz konusu faaliyetlerin medyaya ifşa edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Uluslararası hukuk öğretisinde ve uluslararası hukuk belgelerinde ihbarcı kavramının çeşitli tanımlamaları yapılmıştır. İhbarcılara ilişkin uluslararası hukuktaki ilk kapsamlı çalışmalardan biri, Nader tarafından yapılmıştır. Yazarın tanımına göre; "İhbarcılık, kamu menfaatinin, çalıştığı kuruluşun menfaatinin üstün geldiğine inanan, kuruluşun yozlaşmış, yasadışı, dolandırıcılık kapsamına giren veya zarar verici faaliyetlerini ihbar eden kişidir"⁶. Rongine bu tanımda yer alan kamu menfaati ve kuruluşun menfaati kavramlarının ve ihbar edilecek faaliyetlerinin içeriğinin sınırlandırılması gerekliliğinin üzerinde durarak, bu sınırlandırmanın ihbarcılığın kuruluşlara yönelik diğer muhalif faaliyetlerden ayrılmasında önem teşkil ettiğini belirtmiştir⁷.

Near ve Miceli'ye göre ihbarcı; eylemleri, ihbar edilen kuruluşun kontrolü altında olan, kuruluşun hukuka veya ahlaka aykırı eylem ve işlemlerini önleme veya durdurma yetkisi bulunmayan, halen ilgili kuruluşta çalışan veya önceden çalışmış bulunan kimsedir⁸. Yazarlara göre bu kişiler hukuka aykırılıkları, kötü yönetimleri veya yolsuzlukları incelemekle görevli bulunan (örn. Ombudsmanlık, Kamu Denetçiliği vb.) bir kuruluşta görev yapıyor olabilirler. Görevleri, söz konusu kişilerin ihbarcı olabilmelerine engel oluşturmayacaktır⁹.

Öğretilerde, ihbarcılıkta iş ilişkisi bulunması gerektiğini belirten başka yazarlar da bulunmaktadır. Rongine'nin tanımına göre; işverenin üçüncü kişilere gereksiz zarar verme ihtimali bulunan yasa dışı veya ahlak dışı eylemlerinin halka bildirilmesi ihbarcılık faaliyetidir¹⁰. Dolayısıyla bu tanım kapsamında ihbarcı, işverene ilişkin bilgileri aktarmaktadır. Keza Aydın'a

³ Sosyal bilimlerin çeşitli alanlarındaki çalışmalarda "whistleblower" kelimesinin Türkçe karşılığı olarak kullanılan diğer bazı kavramlar şu şekildedir:

"Bilgi uçurma" (Bkz. AYDIN, Ufuk: "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2(2), 2002, s.79.; CELEP, Cevat/KONAKLI, Tuğba: "Bilgi Uçurma: Eğitim Örgütlerinde Etik ve Kural Dışı Uygulamalara Yönelik Bir Tepki", E-International Journal of Educational Research, 3(4), 2012, s.65.; TOKER GÖKÇE, Asiye: "Okullarda Bilgi Uçurma: İş Doyumu ve Örgütsel Bağlılık İlişkisi", Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dergisi, 22, 2014, s.261; NARTGÜN, Şenay Sezgin/KAYA, Ayça: "Öğretmenlerin Bilgi Uçurma Davranışları ve Nedenleri ile Bireysel Değerleri Arasındaki İlişki", International Journal of Social Science, 54(1), 2017, s.65.)

"İfşa" veya "Bilgi İfşası" (Bkz. UYAR, Süleyman/YELGEN, Esin: "Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim", Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, 13(1), 2015, s.85.; YILMAZ, Nihal: Kadın Girişimciliğinde Yönetimsel Etik Değerler Ve İfşa (Whistleblowing): Mersin İlinde Uygulamalı Bir Araştırma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin Üniversitesi, 2015; ARSLAN, Elif Türkan/KAYALAR, Murat: "Kamu ve Özel Sektör Çalışanlarının İfşa (Whistleblowing) Niyeti: Karşılaştırmalı Bir Analiz", KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 19(32), 2017, s.15.)

"Islığı Çalmak" (Bkz. DEMİRAL, Nalan: "Bir Hastanede Islığı Çalmak", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 7(26), 2008, s.128.)

⁴ Türkçe karşılık olarak ihbarcılık kavramının kullanımının uygunluğuna dair bkz. ÇİFTÇİ, Birgül: "Türkiye'de Toplumsal Kültürün Örgütlerde İhbarcılık Üzerine Etkisi: Hofstede'in Kültürel Boyutlar Teorisi Bağlamında Bir Değerlendirme", International Journal of Academic Value Studies, 3(10), 2017, s.148; AYDAN, Seda: "İhbarcılık: Bir Kavram Analizi", Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 15(41), 2018, s.81-82.

⁵ TDK Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 12.11.2020).

⁶ Aktaran; RONGINE, Nicholas M.: "Toward a Coherent Legal Response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing", American Business Law Journal, 23(2), 1985, s.283.

⁷ RONGINE, s.283.

⁸ NEAR, Janet P./MICELI Marcia P.: "Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing", Journal of Business Ethics, 4, 1985, s.2.

⁹ NEAR/MICELI, s.2.

¹⁰ RONGINE, s.284.

göre de ihbar faaliyetini gerçekleştirenler, işyerinde öğrendiği yolsuzlukları, hukuka aykırılıkları veya ihmal niteliğindeki eylem ve işlemleri ifşa eden işçilerdir¹¹. Benzer şekilde Latimer ve Brown, ihbarcının kuruluş ile kurumsal bağlantısının veya iş ilişkisinin bulunması gerektiğini belirtmektedir¹². Bununla birlikte, ihbarcılık ve yolsuzluğun önlenmesi konularında çalışmalar yürütmekte olan uluslararası örgütlerin yayınladığı raporlarda, ihbarcı tanımının kısıtlanmaması gerektiğinin altı çizilmektedir. Uluslararası Şeffaflık Örgütü (Transparency International) tarafından 2013 yılında yayınlanan raporda, ihbarcı tanımının geniş yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır. Raporda yer alan tanıma göre ihbarcı; "*bilgi ifşasında bulunan kamu veya özel sektör çalışanlarını kapsar ve danışmanlar, yükleniciler, stajyerler, gönüllüler, öğrenci işçiler, geçici işçiler ve eski çalışanlar gibi geleneksel iş ilişkisi dışında kalan tüm kişileri içerir*"¹³. Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 2015'te yayınlanan Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Korunmasına ve Desteklenmesine İlişkin Rapor'da ihbarcı; "*İhbarcı, ifşa esnasında doğru olduğuna ve ulusal veya uluslararası hukukun ihlali, görevin kötüye kullanımı, israf, dolandırıcılık ve çevreye, kamu güvenliğine ve kamu sağlığına yönelik zarar gibi kamu çıkarlarına zarar verdiği veya kamu çıkarlarını tehdit ettiğine inandığı bilgileri ifşa eden kişi*" olarak tanımlanmıştır¹⁴. Görüldüğü üzere BM de, tanımda iş ilişkisine dair bir hususa yer vermemiştir. Raporda ihbarcı tanımını iş ilişkisi ile sınırlandırmanın doğru olmadığını altı çizilmiştir. BM'ye göre, iş ilişkisi içerisinde olmayan kimselerin de sözü edilen bilgilere erişmesi mümkündür. Örnek olarak, bir hastanın hastanede veya bir öğrencinin veya velinin bir okulda meydana gelen ve kamu menfaatlerini zedeleyen ya da zedeleme riski oluşturan eylem ve işlemlere şahit olmalarının mümkün olduğu belirtilmiştir¹⁵. Bu nedenle, ihbarcıların iş ilişkisi bulunan kişilerle sınırlandırılması, diğer kişileri korumadan mahrum bırakacaktır. Korumanın amacı, kişilerin herhangi bir hukuki, idari ya da sosyal yaptırıma maruz bırakılma korkusu olmadan, kamu menfaatlerine zarar veren faaliyetleri ihbar edebilmesidir. İlgili kurum veya kuruluşta çalışmadan da bazı yolsuzlukların, hukuk veya ahlak dışı uygulamaların öğrenilmesi halinde, kişiler koruma kapsamı dışında kalacaklarını düşünerek sessiz kalabilirler. Bu durum ise, ihbarcılarının korunması düşüncesinin altında yatan temel saik ile uyuşmayacaktır.

B. İhbar Faaliyetinin Kapsamı

İhbarcılarının korunabilmesi için, ihbarcılık kavramının çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. İhbarcı kavramında olduğu gibi, ihbar faaliyetinin kapsamı bağlamında da üzerine uzlaşmış net bir tanımının bulunduğunu söylemek güçtür. İhbarcılarının korunmasına ilişkin faaliyet gösteren uluslararası örgütlerin çalışmalarının ve raporlarının incelenmesi bu konuda faydalı olacaktır. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı (OECD)¹⁶, ihbarcılarının korunmasına ilişkin önemli çalışmalar yürütmektedir. OECD bünyesinde yer alan G20 Yolsuzluk Karşıtı Çalışma Grubu tarafından hazırlanan rapor uyarınca¹⁷, ihbarcılarının koruma altında tutulacak ihbar faaliyetlerinin 3 temel ortak özelliği şu şekilde sıralanmıştır:

- i. İşyerine ilişkin yanlış uygulamalar¹⁸ ifşa edilmelidir.
- ii. İhbar, kişisel bir şikayetten ziyade kamu menfaatinin korunmasına yönelik olmalıdır. (Örneğin suç teşkil eden veya etik olmayan uygulamaların bildirilmesi.)
- iii. Yanlış uygulamalar önceden belirlenmiş kişilere veya kurumlara bildirilmelidir.

¹¹ AYDIN, s.81.

¹² LATIMER, Paul/BROWN, A.J.: "Whistleblower Laws: International Best Practice", UNSW Law Journal, 31(3), 2008, s.775.

¹³ Transparency International, International Principles for Whistleblower Legislation, https://images.transparencycdn.org/images/2013_WhistleblowerPrinciples_EN.pdf (Erişim tarihi: 04.01.2021), par. 4.

¹⁴ United Nations General Assembly, Note by the Secretary-General, Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, 8 September 2015, <https://www.refworld.org/docid/5629ed934.html> (Erişim tarihi: 12.11.2020), s.13.

¹⁵ United Nations General Assembly, s.13.

¹⁶ Organization of Economic Co-Operation and Development.

¹⁷ G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers, <https://www.oecd.org/corruption/48972967.pdf> (Erişim tarihi: 16.11.2020).

¹⁸ Özgün metinde "*wrongdoings*" olarak yer alan bu kavram, Türkçe'ye "kabahat/yanlışlık/yanlış uygulamalar" olarak çevrilmiştir. Ancak burada "yanlış uygulamalar" ifadesinin, hukuki çerçe ve ile uyumlu olacak şekilde, kamu menfaatinin zedeleyen veya tehlikeye atan hukuka aykırı uygulamaları ve görevin kötüye kullanımı gibi yasa dışı veya etik olmayan eylemleri kapsadığının altı çizilmelidir.

OECD ilgili raporda, ihbar faaliyetinin işyerine ilişkin olması gerektiğini belirterek, önceki bölümde de sözü edildiği üzere, ihbarcı tanımını sınırlandırmaktadır. Burada en azından, sözleşmecilerin, yarı zamanlı ve geçici işçilerin, tali çalışanların, iş, sözleşme veya fon başvurusunda bulunmuş olanların ve kara listeye alınanların da kapsam dahilinde olduğu kabul edilmelidir¹⁹. Zira bu kişiler de ilgili kuruluşla iş ilişkisi içerisindedir ve kısmen veya tamamen kuruluşla ait bilgilere erişim imkanları bulunmaktadır.

Raporda “yanlış uygulamalar”ın ihbar edileceği belirtilmektedir. Bu uygulamalar, genel anlamda yasa dışı, etik olmayan veya tehlike arz eden faaliyetleri kapsamaktadır. Tshwane İlkeleri olarak bilinen Ulusal Güvenlik ve Bilgi Edinme Hakkına İlişkin Küresel İlkeler’in²⁰ 37. ilkesi kapsamında, yanlış uygulamalar şu şekilde kategorize edilmiştir:

- a) Suçlar,
- b) İnsan hakları ihlalleri,
- c) Uluslararası insancıl hukuk ihlalleri,
- d) Yolsuzluklar,
- e) Kamu sağlığı ve güvenliğine tehlike oluşturan haller,
- f) Çevreye tehlike oluşturan haller,
- g) Kamu görevinin kötüye kullanımı,
- h) Adli hata,
- i) Kaynakların yanlış yönetimi veya israfı,
- j) İhbarcılara yönelik kısas uygulamaları,
- k) Yukarıda sayılan hususlara ilişkin hususların kasıtlı olarak gizlenmesi.

Söz konusu ilkeler yol gösterici nitelikte olmakla birlikte, kapsamlı bir liste ortaya koymaktadır. İhbar edilebilecek konuların geniş olması, özellikle çalışanların neyin doğru neyin yanlış olduğu konusunda geniş bir müdahale yetkisinin olacağı endişesini oluşturabilir²¹. Bu gibi endişelerin giderilmesi için ihbar yöntemlerinin belirlenmesi faydalı olacaktır. Söz konusu yöntemler, prosedürel koşulları ortaya koyacak ve ihbar edilen hususların ön incelemeye tabi tutulmasını sağlayacaktır.

İhbar faaliyeti, bilgilendirme görevi ile karıştırılmamalıdır. Bazı özel veya kamu kurumlarında meydana gelen hukuka aykırılıkları üstlerine bildirmekle görevli bulunan çalışanlar bulunabilir. Bu kişiler, öğrendikleri hususlara ilişkin bildirim yapmadıkları takdirde, idari veya cezai bazı yaptırımlarla karşılaşabilirler²². Buradaki bilgilendirme, kişinin görevinden kaynaklanan bir mesuliyettir. İhbarcılar ise, herhangi bir hukuki yükümlülükleri bulunmaksızın, çoğunlukla ahlaki gayelerle hareket eden kişilerdir. Dolayısıyla ihbar faaliyeti, ihbar eden kişi ve saik bakımından bilgilendirme yükümlülüğünden ayrılmaktadır.

C. İhbar Yöntemleri

İhbar yöntemleri iç ihbar yöntemleri ve dış ihbar yöntemleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu iki yöntem birbirinin alternatifi değildir, birbirini takip eden yöntemlerdir. İlerleyen bölümlerde inceleceği üzere, Avrupa Birliği (AB) hukuku başta olmak üzere, genellikle uluslararası hukuk düzenlemelerinin öngördüğü yöntemler bu şekildedir.

Genellikle, iç ihbar yöntemleri öncelikle tercih edilen yöntemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada, ihbar konusu, eylem veya işlemi ihbar edilen kuruluş kapsamındaki birimlere aktarılmaktadır. Bu gibi yöntemlerin düzgün şekilde işleyebilmesi için, zamanında ve şeffaf işleyen, uygulanabilir çözümler getiren prosedürler bulunmalıdır²³. Bununla birlikte, dış ihbar yöntemlerine

¹⁹ LATIMER/BROWN, s.772-773.

²⁰ The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles), <https://www.justiceinitiative.org/uploads/bd50b729-d427-4fbb-8da2-1943ef2a3423/global-principles-national-security-10232013.pdf> (Erişim tarihi: 02.02.2021).

²¹ CONNON, Eric: “Are Intelligence-Community Leakers Internationally Protected Whistleblowers or Simply ‘Whistling in the Dark’”, *Case Western Law Review*, 67(3), 2017, s.910.

²² BANISAR, David: “Whistleblowing: International Standards and Developments”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180 (Erişim tarihi: 06.02.2021), s.6.

²³ Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation*, <https://www.transparency.org/en/publications/international-principles-for-whistleblower-legislation> (Erişim tarihi: 02.02.2021), par. 15.

başvurabilmek için, iç başvuru yollarının hangi ölçüde tüketileceği de belirlenmelidir²⁴. Zira iç ihbar yöntemleri ile herhangi bir sonuca ulaşılamaması ve ihbarcının zarar görmesinin engellenememesi muhtemeldir. İç ihbar yöntemi ile ihbar edilen hususa ilişkin gerekli tedbirlerin alınmaması, ihbarcının zarar görmesi, iç ihbar yollarına başvurarak vakit kaybedilemeyecek ölçüde büyük ve ciddi tehlike bulunması veya iç başvuru yollarının öngörülmemiş olması halinde, ihbarcı dış ihbar yöntemlerine başvurabilmelidir. Dış ihbar yöntemleri, ilgili kuruluştan bağımsız olarak çalışan ve ihbarları değerlendirme ve gerekli tedbirleri almak üzere çalışan birimler olarak kurulmalıdır²⁵. Bu kapsamda, ulusal hukuklarda ihbarları inceleyen tek bir kuruluşun organize edilmesi, uygulama farklılıklarının önüne geçmek ve etkili bir denetim sağlamak açısından faydalı olacaktır.

İç ve dış ihbar yöntemleri haricinde, hukuka veya ahlaka aykırı faaliyetlerin medya organları vasıtasıyla da ifşa edilmesi söz konusu olabilir. İhbarcıların koruma hükümlerinden faydalanabilmesi için, ilgili hukuki düzenlemelerde öngörülen prosedürlere uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Medya organlarına ifşa etmek, genellikle öngörülen bir ihbar yöntemi olmasa da, öğretilerde bu gibi ifşaların da korunması gerektiği belirtilmektedir²⁶. Ancak medyaya ifşa etmeden önce, ihbarcının iç veya dış ihbar yöntemlerine başvurmuş olması gerekmektedir. Bu bağlamda sonuç alınmayan hallerde, son çare olarak medya organları ile ilgili hususların duyurulması söz konusu olacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de bir kararında, medyaya yapılan ifşalarda, toplumun çıkarlarının üstünlüğü hususunun altını çizmiştir. Moldova Başsavcılığı Basın Dairesi Danışmanı'nın, Başsavcılığın diğer savcılara yönelttiği gözdağı teşebbüslerini medyaya ifşa etmesinin ardından, konu AİHM'in önüne gelmiştir. Mahkeme, yasadışı davranışların ifşa edilmesiyle kamu yararına hizmet edildiği ve bu gibi eylemlerin korunması gerektiğini belirtmiştir. AİHM'in görüşüne göre, toplumun kamu kuruluşlarına yönelik güveninin devam ettirilmesi, diğer tüm menfaatlerin üzerinde yer almaktadır²⁷.

III. İHBARCILARIN KORUNMASI GEREKLİLİĞİ

İhbarcılar, ihbar ettikleri durumlar dolayısıyla çalıştıkları yerde veya yaşadıkları ülkede haksız uygulamalara maruz kalabilmektedir. İhbarcılar, çalıştıkları yere ilişkin ihbarda bulduklarında, mobbinge uğrayabilmektedir. Şahsa veya aileye yönelik taciz, ayrımcılık, şahsa veya özel mülke yönelik fiziksel zarar, misilleme tehdidi, işten çıkarılma, terfilerin durdurulması veya alt pozisyona indirilme, başka birimlere transfer, disiplin cezası, gizlilik kurallarını ihlal etmekten dolayı soruşturulma, iftira ve karalama, en sık karşılaşılan örneklerdir²⁸. Bunun haricinde devlet kurumlarının hukuka aykırı eylem ve işlemlerini ihbar edenler, haksız soruşturmalarla veya tedbirlerle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu gibi durumların tamamı insan hakları aykırılık teşkil etmektedir ve gelecekte ihbar faaliyetinde bulunacak olanları da caydıracak niteliktedir. Dolayısıyla, demokratik bir toplum için ihbarcılarının korunması gerekmektedir. Zira ihbarcılar, topluma hizmet eden kişilerdir²⁹.

Bazı kurum ve kuruluşların gizlilik politikaları, ihbarcılarını ihbar edecekleri konuya ilişkin olarak tereddüte düşürmektedir. Özellikle ulusal güvenlik ile ilişkili konularda faaliyetler yürüten kamu kurumlarının, diğer kurumlara nazaran daha geniş kapsamda ihbar veya ifşa etmeme yükümlülüğü öngörmesi mümkündür. Bununla birlikte, bu gibi kurumlarda da kamu sağlığı ve güvenliği gibi toplumsal menfaatleri tehlikeye atacak uygulamalar gerçekleşebilir ve gizlilik politikası bu gibi durumların ihbar edilmesine engel olabilir. Bu bağlamda ulusal hukuk düzenlemeleri kapsamında ifşa edilemeyecek hususların açıkça belirtilmesi, ihbarcılarının korumadan faydalanabilmesi açısından faydalı olacaktır³⁰.

A. Uluslararası Hukukta İhbarcılarının Korunmasına İlişkin Çalışmalar

Devlette yaşanan hukuka ve ahlaka aykırı uygulamaların önlenmesinde ihbarcılık kurumu önemli bir yer teşkil etmektedir. Dolayısıyla, uluslararası hukukta yolsuzlukla mücadele kapsamında yapılan çalışmalar ve imzalanan sözleşmeler, ihbarcılarının korunmasına ilişkin

²⁴ FOX, Richard G.: "Protecting the Whistleblower", *Adelaide Law Review*, 15(2), s.150.

²⁵ LATIMER/BROWN, s.777-779.

²⁶ LATIMER/BROWN, s.780-784.

²⁷ Case of Guja v. Moldova, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-85016> (Erişim tarihi: 02.02.2021), par.76 vd.

²⁸ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Note by the Secretary-General, Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, par. 41.

²⁹ MARTIN, Brian: "Illusions of Whistleblower Protection", *UTS Law Review*, 8(5), 2003, s.119.

³⁰ Bkz. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Note by the Secretary-General, Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, par. 45-47.

düzenlemeler ihtiva etmektedir. Bununla birlikte, AB ayrı bir ihbarcılık direktifine yer vererek daha kapsamlı düzenlemelere gitmiştir. Benzer şekilde OECD de, ihbarcılarının korunmasına yönelik özel çalışma grupları oluşturarak, ulusal hukuklara yönelik detaylı tavsiyelerde bulunmuştur.

Uluslararası örgütler nezdinde getirilen ihbarcılarının korunmasına ilişkin düzenlemeler, genel olarak ihbar faaliyetini gerçekleştiren kişilerin misilleme ve tehdit gibi haksız uygulamalardan korunmasını sağlamaya yöneliktir. AB direktifi ve OECD tavsiye kararları gibi bazı uluslararası belgeler ihbarcılıkta iş ilişkisi üzerinde yoğunlaşırken, diğer düzenlemelerde iş ilişkisi bulunmayanların da ihbarcı korumasından faydalanabileceği görülmektedir. İhbarcılarının korunmasına ilişkin olarak, BM, AB, Avrupa Konseyi, OECD, Amerikan Devletleri Örgütü, Afrika Birliği, Güney Afrika Kalkınma Topluluğu ve Arap Birliği nezdinde gerçekleştirilen bazı çalışmalar bulunmaktadır. İlerleyen başlıklarda ilgili uluslararası belgelere ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

1. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi

BM Genel Kurulu tarafından 2003 yılında onaylanan Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi³¹, 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye’de dahil olmak üzere 187 ülke, sözleşmenin tarafı olmuş durumdadır. Dolayısıyla, ihbarcılara ilişkin küresel nitelikte bir uluslararası bir sözleşme niteliğindedir. Sözleşmenin ilk maddesi, sözleşmenin temel amacını; *"yolsuzluğun önlenmesi ve yolsuzlukla mücadelenin daha etkin ve verimli kılınmasına yönelik önlemlerin, uluslararası işbirliği ve teknik yardımlaşmanın ve dürüstlüğün, hesap verilebilirliğin ve kamusal işler ile kamu mallarının düzgün yönetiminin teşvik edilmesi"* olarak belirtmektedir. Sözleşmenin 33. maddesi ise ihbarcılarının korunmasına yöneliktir. Madde uyarınca; *"Taraf Devletler,, bu Sözleşme'ye uygun olarak ihbarda bulunan kişileri haksız muamelelerden koruyacak uygun önlemleri iç hukuk sistemine dâhil etmeyi değerlendirecektir"*. Sözleşmede yer verilen suçlar arasında rüşvet, kara para aklama, malvarlığının kamu görevlilerince zimmete geçirilmesi, kötüye kullanılması veya diğer biçimlere dönüştürülmesi, nüfuz ticareti, görevi kötüye kullanma, haksız zenginleşme, suçların gizlenmesi ve adaleti engelleme yer almaktadır.

Sözleşmede yer verilen "iyi niyet" kıstası, ihbarcılarının korunmasına yönelik düzenlemelerin bazılarında karşımıza çıkmaktadır. İhbarcılıkta, ihbar faaliyetini gerçekleştirenin saiki önemsiz olsa da, sadece belirli bir kişiyi veya kurumu kötü duruma düşürmek amacıyla haksız ihbarların gerçekleştirilmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu sebeple bazı düzenlemelerde karşımıza çıkan iyi niyet şartının, ihbarcının ihbar tarihinde doğru olduğunu düşündüğü bilgi ve belgeler üzerinden ihbar etmesi gerekliliğini belirttiği kabul edilmelidir. Böylelikle, kötü niyetli ve asılsız ihbar faaliyetleri engellenmiş olacak ve gerçekten kamu menfaatini zedeleyen bir yolsuzluk olmasa dahi, böyle bir durum olduğunu düşünerek ihbarda bulunan iyi niyetli kişiler korunmuş olacaktır.

Sözleşme ihbarda bulunan kişiler arasında herhangi bir ayrıma gitmemektedir. Dolayısıyla herkes, ihbarcı olabilir ve ihbarcılara ilişkin koruma mekanizmalarından faydalanabilir. Korumadan faydalanabilmenin şartı makul gerekçelerle ve iyi niyetle hareket edilmiş olmasıdır. Bu doğrultuda ihbar faaliyeti gerçekleştirilirken, ilgili suçların işlendiğine ilişkin inandırıcı sebeplerin bulunması ve ihbarcının ihbar ettiği eylemin bu kapsamda olduğu düşüncesi ile hareket etmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin tarafı devletler, ihbarcılarının korunmasına ilişkin yasal düzenlemelere ulusal hukuklarında yer vermekle yükümlüdür. Ancak öngörülen bu amaca günümüzde tam olarak ulaşılabildiğini söylemek mümkün değildir. Türkiye de dahil olmak üzere pek çok ülkede ilgili düzenlemeler henüz getirilememiştir³².

³¹ UN Convention Against Corruption. Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/etik_komisyonu/belgeler/sozlesme_BM.pdf (Erişim tarihi: 06.02.2021).

³² İhbarcılık kurumu ve ihbarcılarının korunmasına ilişkin ulusal hukuklarında düzenleme bulunan bazı ülkeler Fransa, Hollanda, Romanya, Belçika, İrlanda, Almanya, Malezya, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'tır. Bununla birlikte sayılan ülkelerdeki düzenlemelerde ihbarcı tanımı, ihbar yöntemleri ve koruma standartları farklılık göstermektedir. Detaylı bilgi için bkz. VANDEKERCKHOVE, Wim: "European Whistleblower Protection: Tiers or Tears?", A Global Approach to Public Interest Disclosure (Ed. David B. Lewis), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton MA, 2009; MENG, Tan Pei/FOOK, Ong Seng: "Comparative Analysis of Whistleblower Legislations in England, USA and Malaysia", African Journal of Business Management, 5(27), 2011; LEVOYER, Loïc: "French Law and Whistleblowers", Law & Justice Review, 11(20), 2020.

2. Avrupa Birliği İhbarcılık Direktifi

26 Kasım 2019'da Avrupa Birliği tarafından çıkarılan AB İhbarcılık Direktifi³³, AB hukuku ihlallerini ihbar eden kişilerin korunmasına yönelik bir düzenlemedir. Özellikle, LuxLeaks skandalı olarak bilinen ve Raphael Halet, Antoine Deltour ve Fransız gazeteci Edouard Peren'in Lüksemburg'da yaşanan vergi kaçırma olaylarını ifşa etmesiyle yaşanan olaylar, ihbarcılarının korunmasına yönelik bir kamuoyu baskısı oluşturmuştur³⁴. İhbarcılarının yargılanmaya başlaması üzerine, dönemin Avrupa Komisyonu başkanı Jean-Claude Juncker ve Adalet, Tüketici ve Cinsiyet Eşitliğinden Sorumlu Komiser Vera Jourová, ihbarcılarının korunmasına ilişkin yeni düzenlemeler getirilmesi için girişimlerde bulunmuştur³⁵. Bu girişimlerin sonucu olarak ortaya çıkan AB İhbarcılık Direktifi'nin, üye devletler tarafından 17 Aralık 2021 tarihine kadar iç hukuka aktarılması gerekmektedir.

Direktif, ihbarcılık tanımına yer vermemekle birlikte, ihbar faaliyetini kimin gerçekleştirebileceği ve ihbar edilebilecek konuları kapsamlı bir şekilde düzenlemektedir. Direktif'in 4. maddesine göre aşağıda belirtilen kişilerin ihbarcı olması mümkündür;

- kamu sektöründe veya özel sektörde çalışanlar,
- serbest meslek çalışanları,
- gönüllüler ve ücretli veya ücretsiz stajyerler dahil olmak üzere bir teşebbüsün idari, yönetim veya denetim organında görev yapan kişiler veya bu gibi kurumların hissedarları,
- yüklenicilerin, taşeronların ve tedarikçilerin gözetimi ve yönetimi altında çalışan kişiler,
- iş ilişkisi sona ermiş eski çalışanlar,
- işe alım süreci veya diğer sözleşme öncesi görüşmeler sırasında, ihlallere ilişkin bilgi elde eden ve iş ilişkisi henüz başlamamış olan kişiler.

Aynı madde uyarınca sayılan kişilerin yanı sıra, ihbarcılarının meslektaşları veya akrabaları gibi ihbar eden kişilerle bağlantılı olan ve misillemeye maruz kalabilecek kişilerin de korumadan faydalanması mümkündür. Böylelikle Direktif, koruma seviyesini mevcut tüm ulusal düzenlemelerin üzerine çıkarmış bulunmaktadır³⁶.

Direktif, hangi konulardaki AB hukuku ihlallerinin ihbar edilebileceğini 2. maddesinin ilk fıkrasında düzenlemektedir. İlgili hüküm uyarınca aşağıda belirtilen konulardaki Birlik düzenlemelerinin ihlallerini ihbar edenler, Direktifin sağladığı korumadan faydalanacaktır;

- kamu ihaleleri,
- finansal hizmetler, ürünler ve pazarlar ve kara para aklamanın ve terörün finansmanının önlenmesi,
- ürün güvenliği,
- ulaşım güvenliği,
- çevrenin korunması,
- radyasyondan korunma ve nükleer güvenlik,
- gıda ve yem güvenliği, hayvan sağlığı ve refahı,
- kamu sağlığı,
- tüketicinin korunması,
- kişisel verilerin ve gizliliğin korunması ve ağ ve bilgi sistemlerinin güvenliği.

Bunlar haricinde AB'nin mali çıkarlarını veya iç pazarı etkileyen ihlaller de ihbar konusu yapılabilecektir. Bununla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği ve işçi hakları, ihbar edilebilecek konular arasında yer almamaktadır. Bunun sebebi, üye devletlerin ulusal hukuklarında bu konuya ilişkin düzenlemelere halihazırda yer veriyor olmaları gösterilmektedir³⁷. Direktifin 27. maddesinin 3. fıkrası uyarınca Komisyon, 17 Aralık 2025 tarihine kadar direktifin uygulanmasına ve ek önlemler

³³ Directive (Eu) 2019/1937 Of The European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law (EU Whistleblower Directive – AB İhbarcılık Direktifi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937> (Erişim tarihi: 09.02.2021).

³⁴ Bkz. BRUNSDEN, Jim: "LuxLeaks: Luxembourg's Response to an International Tax Scandal", <https://www.ft.com/content/de228b90-3632-11e7-99bd-13beb0903fa3> (Erişim tarihi: 09.02.2021).

³⁵ ABAZI, Vigjilena: "The European Union Whistleblower Directive: A 'Game Changer' for Whistleblower Protection?", *Industrial Law Journal*, 49(4), 2020, s.641.

³⁶ ABAZI, s.647.

³⁷ STAPPERS, Jan Tadeusz: "EU Whistleblowing Protection Directive: Europe on Whistleblowing", *ERA Forum*, <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00649-7> (Erişim tarihi: 09.02.2021), s.5.

getirilmesi gerekip gerekmediğine ilişkin Parlamento'ya bir rapor sunacaktır. Söz konusu hususun bu rapora eklenmesi halinde, iş sağlığı ve güvenliği ile işçi haklarına ilişkin hususların ihbarı halinde de koruma sisteminin işletilmesi mümkün olabilir.

Direktif kapsamında, ihbar faaliyeti için kullanılacak üç adet ihbar yöntemi öngörülmüştür. Bu mekanizmalar, iç ihbar kanalları, dış ihbar kanalları ve halka açık kanallar olarak düzenlenmiştir. Direktifin çıkarılma aşamasındaki görüşmelerde, Almanya ve Fransa başta olmak üzere bazı üye devletler, iç ihbar kanallarının ihbar prosedüründe mecburi bir aşama olmasını talep etmiştir³⁸. Ancak direktifin nihai metninde böyle bir zorunluluğa yer verilmemiştir. Bunun yerine 7. maddenin ilk fıkrasında, devletlerin ihbarcıları ilk olarak iç ihbar kanallarına başvurması yönünde teşvik etmesi gerektiği belirtilmiştir. Direktifin 8. maddesine göre, üye devletler, kamu sektöründe ve özel sektörde yer alan ve 50 veya daha fazla çalışanı bulunan tüm tüzel kişiliklerin iç ihbar kanallarını oluşturmasını sağlayacaktır. Direktifin 10. madde hükmü uyarınca, iç ihbar kanallarına başvurduktan sonra dış ihbar kanallarına başvuru yapılabileceği gibi, doğrudan dış ihbar kanallarına da başvuru yapılabilecektir. Dış ihbar kanalları, AB hukuku ihlallerini inceleyen bağımsız ve özerk kuruluşlar olarak görev yapacaktır.

İç ve dış ihbar kanalları haricinde, AB hukuku ihlallerinin halka açık kanallar aracılığıyla ihbar edilmesi halinde de ihbarcılar korumadan faydalanabilecektir. Ancak, öngörülen diğer yöntemlerden farklı olarak, halka açık kanallara başvurmanın bazı ön koşulları bulunmaktadır. Direktifin 15. maddesi uyarınca, iç veya dış ihbar kanallarına başvurmakla birlikte, öngörülen süreler dahilinde gerekli tedbirlerin alınmaması halinde, medya gibi halka açık kanallar vasıtasıyla durumun ifşa edilmesi mümkündür. Bunun haricinde, ihbarcının, ihlalin acil bir durum veya geri döndürülemez bir hasar riski gibi kamu yararına yakın veya açık bir tehlike oluşturduğuna dair makul bir inancı bulunuyorsa, halka açık kanallara ifşa edebilecektir. Bu durumun yanı sıra, ihbarcının, kendisine yönelik bir misilleme riski bulunduğu veya kanıtların gizlenebileceğine ya da yok edilebileceğine; yahut yetkili bir otoritenin, ihlali gerçekleştiren kişi ile gizli bir anlaşma yapabileceğine; veya ihlale dahil olabileceğine ve bu gibi sebeplerle ihlalin gereği gibi değerlendirilemeyeceğine dair makul bir inancı varsa, bu yola başvurulabilir. Buradaki makul inanç kıstası, gerçekleşen veya gerçekleşmesi mümkün ihlallere ilişkindir. İhbarcılar, AB hukuku ihlalinin, ihbar tarihinde doğru olduğuna ve ihlal konusunun Direktif kapsamına girdiğine dair makul bir inanç taşıyorsa, korumadan faydalanacaktır³⁹. Burada ihbarcının saiki bir önem taşımamaktadır⁴⁰.

Direktifte öngörülen yöntemler dahilinde ihbar faaliyetini gerçekleştiren kişiler, kendilerine yönelen ve haksız bir zarar oluşturabilecek misilleme niteliğindeki uygulamalardan korunacaklardır. Bu bağlamda iş ilişkisinin askıya alınması, açığa alınma, işten çıkarma, terfinin engellenmesi veya rütbe indirme, departman değişikliği, olumsuz rapor verme, ayrımcılık ve adil olmayan uygulamalar gibi pek çok husus, yasaklanan ve üye devletlerce engellenmesi gereken misilleme hareketleri olarak değerlendirilmiştir⁴¹. Devletler, ihbarcıların bu gibi eylemlere maruz kalmasını önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

2021 sonuna kadar iç hukuka aktarılması gereken direktif, yapısı gereği bazı hususları üye devletlerin takdir yetkisine bırakmıştır⁴². Hem esasa hem de uygulamaya ilişkin olan bu hususlar, devletler arasında uygulama farklılıklarına sebep olabilecektir. Bu durumun ihbarcı koruma sistemini zayıflatması söz konusu olabilir. Bununla birlikte Komisyon'un uygulamaya ilişkin Parlamento'ya sunacağı raporların bu gibi konuların çözüme ulaştırılmasında fayda sağlaması beklenmektedir.

AB İhbarcılık Direktifi, uluslararası hukukta ihbarcıların korunması bakımından son derece önemli bir adımdır. Tüm üye devletlerin AB hukukunu uygulamakla yükümlü bulunması dolayısıyla, önemli sayıda devlet ihbarcıların korunmasına ilişkin düzenlemelere sahip olacaktır.

³⁸ KAYALI, Laura: “Whistleblower Protection Rules Held Up By Reporting Clash”, Politico, 28.02.2019, <https://www.politico.eu/article/whistleblower-protection-rules-held-up-reporting-clash-european-parliament/> (Erişim tarihi: 10.02.2021).

³⁹ EU Whistleblower Directive, m 6.

⁴⁰ DE ZWART, Alja Poler: “EU Whistleblower Rules to Change in Favor of Whistleblowers”, Journal of Investment Compliance, 21(1), 2020, s.59.

⁴¹ Hükmün tamamı için bkz. EU Whistleblowing Directive, m. 19.

⁴² Örneğin hangi ihlallerin açıkça önemsiz addedileceği, dış ihbar kanallarının ihbar takibi yapıp yapmayacağı, yasaklanan eylemlerin yaptırımlarına ilişkin asgari standartlar vb. konular üye devletler tarafından belirlenecektir. Bkz. ABAZI, s.652; STAPPERS, s.12.

Üye devletlerin Direktif'in sağladığı korumadan daha geniş bir koruma sağlaması da mümkündür. Bu gibi uygulamalar sistemin geliştirilmesine katkı sağlayacaktır. Buna ek olarak oluşturulacak yeni uluslararası hukuk belgeleri için de ilgili Direktif'in bir başlangıç şablonu olarak kullanılması mümkündür.

3. Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi

Avrupa Konseyi, yolsuzluğa karşı uluslararası işbirliği sağlayabilmek amacıyla, 1999 yılında Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi'ni⁴³ imzaya sunmuştur. Sözleşme 2003 yılında yürürlüğe girmiştir ve Türkiye de dahil olmak üzere 32 devlet tarafından onaylanmış durumdadır⁴⁴. Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca: “*Taraf devletler, yolsuzluktan süphelenmek için makul gerekçeleri olan ve yetkili kişi veya kurumlara iyi niyetle ihbarda bulunan çalışanların, her türlü haksız yaptırımdan korunması için kendi iç hukuklarında uygun önlemleri alacaktır.*” Avrupa Konseyi düzenlemeleri bağlamında korumadan faydalanacak olan kişiler, “çalışanlar” olarak belirtilmiştir. İlgili sözleşme bu yönüyle BM sözleşmesinden ve AB hukuku düzenlemelerinden ayrılmaktadır.

İhbarcı tanımının çalışanlarla sınırlandırılmış olmasının eleştirilere maruz kalması üzerine Konsey, 2014 yılında bir tavsiye karar yayınlamaya karar vererek, ihbarcı tanımının daha geniş bir çerçevede uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁴⁵. Kararın 4. maddesi uyarınca, iş ilişkileri sona ermiş olan kişiler ve işe alım sürecinde veya diğer sözleşme öncesi görüşme aşamalarında kamu menfaatlerine yönelik bir tehdit veya zararla ilgili bilgilerin elde edildiği durumlarda, işe henüz başlamamış olan kişiler de korumadan faydalanmalıdır. İhbar edilebilecek bilgiler, iş ilişkisi bulunmayan kişilerce de elde edilebilir. Dolayısıyla hem ihtiyaç duyulan korumanın sağlanması hem de BM ve AB hukuk düzenlemeleri ile paralellik sağlanabilmesi bakımından üye devletlerce tanımın mümkün olduğunca geniş tutulması faydalı olacaktır.

4. Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı Tavsiye Kararları

Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı (OECD), ihbarcılarının korunmasına ilişkin önemli çalışmalar yürütmektedir. Teşkilatın, Türkiye de dahil olmak üzere 37 üyesi bulunmaktadır. Yolsuzlukla mücadeleyle ilişkin çalışmalar yürüten teşkilat, ihbarcılarının korunmasına ilişkin ilkelerin de yer aldığı bazı tavsiye kararlar yayınlamıştır. 1998 yılında yayınlanan Kamu Hizmetlerinde Etik Davranışların Geliştirilmesi Tavsiye Kararı⁴⁶'nın 4 numaralı ilkesine göre; kamu görevlilerinin hatalı uygulamaları ortaya çıkarırken sahip oldukları hak ve yükümlülükleri bilmeleri gerektiğinin altı çizilmiştir. 2009 yılında yayınlanan Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Yönelik Rüşvetle Mücadeleye İlişkin Tavsiye Karar⁴⁷'in IX/iii numaralı ilkesi uyarınca; üye devletler, uluslararası ticari işlemlerde yabancı kamu görevlilerinin rüşvete ilişkin şüpheli eylemlerini yetkili makamlara iyi niyetle ve makul gerekçelerle rapor eden kamu ve özel sektör çalışanlarını, ayrımcı uygulamalardan veya disiplin cezalarından korumak için uygun önlemlerin alınmasını sağlamalıdır. Tavsiye karar, ihbarcılarının koruma kapsamını rüşvet olayları ile sınırlandırdığından dar bir uygulama alanına sahip olsa da, hem kamu sektörü hem de özel sektör çalışanlarını koruma altına almaktadır⁴⁸.

⁴³ Civil Law Convention on Corruption, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f6> (Erişim tarihi: 15.02.2021).

⁴⁴ 2021 yılı itibarıyla Andorra, Danimarka, Almanya, İzlanda, İrlanda, Lüksemburg ve Birleşik Krallık Sözleşme'yi henüz onaylamamıştır. Lihtenştayn, Monaco, Portekiz, Rusya, San Marino ve İsviçre ise Sözleşme'yi imzalamamıştır.

⁴⁵ Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5 (Erişim tarihi: 15.02.2021).

⁴⁶ Recommendation of the OECD Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service, <https://www.oecd.org/gov/ethics/Principles-on-Improving-Ethical-Conduct-in-the-Public-Service.pdf> (Erişim tarihi: 16.02.2021).

⁴⁷ Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Anti-Bribery-Recommendation-ENG.pdf> (Erişim tarihi: 16.02.2021).

⁴⁸ SCATURRO, Ruggero: “Defining Whistleblowing”, International Anti-Corruption Academy Research Paper Series No.05, https://www.iaca.int/media/attachments/2018/06/18/research_paper_05_ruggero_scatirro_final.pdf (Erişim tarihi: 16.02.2021), s.6.

OECD'nin ilk dönem çalışmalarının sınırlı bir yapıya sahip olduğu görülmektedir. İlerleyen yıllarda ihbarcılarının korunması bağlamında daha geniş kapsamlı tavsiye kararlara imza atılmıştır. 2010 yılında üye devletlerin iç hukuklarında uygulayabilecekleri ihbarcı koruma mekanizmalarına ilişkin yönlendirici ilkeler hazırlaması için, OECD bünyesinde bir çalışma grubu oluşturulmuştur. G20 Yolsuzluk Karşıtı Çalışma Grubu, 2011 yılında kapsamlı bir rapor ortaya koymuştur. İhbarcılarının korunması, yolsuzlukla mücadelenin önemli bir ayağını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı⁴⁹ çerçevesinde, ihbarcılık faaliyetinin tanımı ve kapsamı, koruma mekanizmaları, ihbar yöntemleri, uygulama yöntemleri ve kamu sektörü ve özel sektörde ihbarcılığın özel yönleri gibi pek çok hususa ilişkin öneriler getirilmiştir. İlgili öneriler, devletlerin iç hukuklarında bu düzenlemeleri getirebilmesi açısından önemli kolaylıklar sağlamaktadır. OECD, ilerleyen dönemlerde yayınladığı diğer tavsiye kararlarında da, ihbarcılarının korunması hususu üzerinde durmakla birlikte, 2011 yılında hazırlanan rapordan daha kapsamlı içeriğe sahip bir belge henüz bulunmamaktadır⁵⁰.

5. Amerikan Devletleri Arasında Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi

Amerikan Devletleri Örgütü (Organization of the American States - OAS) bünyesinde imzalanan Amerikan Devletleri Arasında Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi⁵¹, 1997 yılında yürürlüğe girmiştir. Barbados haricindeki tüm OAS üyesi devletlerin tarafı olduğu sözleşme, yolsuzluğa ilişkin kapsamlı ilk uluslararası sözleşme olma özelliğini taşımaktadır⁵². Sözleşme'nin 3. maddesi, ihbarcılarının korunmasına yönelik hususları düzenlemektedir. Buna göre taraf devletler, yolsuzluk eylemlerini iyi niyetle rapor eden kamu görevlilerini ve vatandaşları korumak için sistemler oluşturmak, sürdürmek ve güçlendirmek için kendi iç hukuklarında gereken önlemleri alacaktır. Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, kamu personelinin yanı sıra vatandaşlar da ihbarcı olabilecek ve korumadan faydalanabilecektir. Burada "vatandaş" ifadesinin, tanımı daraltması muhtemeldir. Bir devletin vatandaşı olmadığı halde, o devlette çalışan ve bazı hukuksuzluklara şahit olan kişilerin de korunması gerekmektedir. Bu sebeple burada söz konusu kişilerin de kapsam dahilinde olduğunun kabul edilmesi amaca uygun olacaktır⁵³.

Sözleşme yürürlüğe girmiş olsa da, çok sayıda ülkenin ilgili düzenlemelere iç hukukunda yer verdiği söylenemez. Sadece Amerika ve Kanada ihbarcılarının korunmasına yönelik kapsamlı düzenlemelere sahiptir. Antigua Adası, Honduras ve Uruguay ise bazı özel koruma yöntemleri getirmiştir⁵⁴. Dolayısıyla Sözleşme'nin gereği gibi uygulanabilmesi için, Amerikan Devletleri'nin ihbarcı koruma yöntemlerini geliştirmeleri beklenmektedir.

6. Afrika Birliği Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi ve Güney Afrika Kalkınma Topluluğu Yolsuzlukla Mücadele Protokolü

İhbarcılarının korunmasına ilişkin uluslararası çalışmalar, Afrika kıtasında da gerçekleştirilmektedir. 2003 yılında Afrika Birliği (African Union) nezdinde imzalanan Afrika Birliği Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi⁵⁵, 2006 yılında yürürlüğe girmiştir. 55 üyeli Afrika

⁴⁹ G-20 Anti-Corruption Action Plan, Dn. 16.

⁵⁰ Örneğin 2016 yılında yayınlanan Yolsuzluk Riskini Yönetmede Kalkınma İşbirliği Aktörleri Hakkında Tavsiye Karar'ın (Recommendation of the Council for Development Co-operation Actors on Managing the Risk of Corruption, <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Recommendation-Development-Cooperation-Corruption.pdf> Erişim tarihi: 16.02.2021) 7. paragrafında, ihbar mekanizmalarının sahip olması gereken temel özellikler belirtilmiştir. Buna göre, iyi niyetle ve makul gerekçelerle yolsuzluk eylemleri şüphesiyle rapor veren ve kalkınma işbirliğine dahil olan tüm kamu görevlileri veya uygulama ortakları koruma sistemlerinden faydalanacaktır. Benzer şekilde 2017 yılında yayınlanan Kamu Bütünlüğü Hakkında Tavsiye Karar'ın (Recommendation Of The Council On Public Integrity, <https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-Public-Integrity.pdf> Erişim tarihi: 16.02.2021) 9. paragrafı uyarınca, üye devletler iyi niyetle ve makul gerekçelerle yapılan ihbarlar kapsamında ihbarcılara yönelik olarak her türlü haksız muameleye karşı iç hukukun temel ilkelerine uygun şekilde koruma sağlayacaklardır. Ayrıca bkz. SCATURRO, s.6.

⁵¹ Inter-American Convention Against Corruption, http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf (Erişim tarihi: 16.02.2021).

⁵² BANISAR, s.14.

⁵³ Aynı yönde bkz. SCATURRO, s.13.

⁵⁴ BANISAR, s.15.

⁵⁵ The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, <https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty->

Birliği'nde 44 devlet sözleşmenin tarafı bulunmaktadır⁵⁶. Sözleşmenin 5. maddesinin 5,6 ve 7. fıkraları ihbarcılarının korunmasına yönelik hükümler ihtiva etmektedir. İlgili düzenlemeler uyarınca taraf devletler, kimliklerinin korunması hususu da dahil olmak üzere, yolsuzluk ve ilgili diğer suçları ihbar edenlerin korunması ve vatandaşların misilleme korkusu olmaksızın ihbar faaliyetini gerçekleştirmeleri için gerekli yasal tedbirleri alacaklardır. Görüldüğü üzere, iş ilişkisinin mevcudiyetine gerek olmaksızın her vatandaş ihbar faaliyetini gerçekleştirebilecektir. Buna ek olarak üye devletler, yolsuzluk ve ilgili suçlarda, gerçeğe aykırı ve kötü niyetli ihbarda bulunanları cezalandırmak için gerekli yasal tedbirlere ulusal hukuklarında yer vereceklerdir. Böylelikle ihbar kurumunun kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi sağlanmak istenmiştir. Düzenlemeler detaylı olmasa da, üye devletlerin ihbarcılarının korunmasına ilişkin yükümlülüğü net şekilde ortaya konulmuştur. Öğretide, sözleşmenin Afrika devletlerinde ne şekilde uygulandığına ilişkin son derece az çalışma bulunmaktadır. Bu sebeple Uluslararası Şeffaflık Örgütü, sözleşmenin taraf devletlerdeki uygulamasına ilişkin bir rapor hazırlamıştır. Ancak ne yazık ki rapor daha ziyade yolsuzluk eylemlerine odaklandığından, ihbarcılarının korunmasına ilişkin hususlara neredeyse hiç değinilmemiştir⁵⁷.

Afrika kıtasında çalışmalar yürüten diğer bir uluslararası örgüt, Güney Afrika Kalkınma Topluluğu⁵⁸'dur. 15 adet Güney Afrika devletinin üyesi bulunduğu topluluk, ihbarcılarının korunmasına ilişkin olarak 2001 yılında bir Yolsuzlukla Mücadele Protokolü⁵⁹ yayınlamıştır. 2003 yılında yürürlüğe giren Protokol'ün 4. maddesinin 1. fıkrasının e bendi uyarınca; taraf devletler, yolsuzluk eylemlerini iyi niyetle ihbar edenlerin korunması için gerekli mekanizmaları oluşturmakla; oluşturulan mekanizmaların sürdürülmesini ve geliştirilmesini sağlamakla yükümlüdür.

7. Arap Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi

Arap Birliği, Afrika'nın kuzey ve kuzeydoğu kesimleri ile güneybatı Asya topraklarındaki bağımsız Arap Devletleri'nden oluşan bir uluslararası örgüttür ve halihazırda 22 üyesi bulunmaktadır⁶⁰. Birlik nezdinde 2010 yılında imzalanan Arap Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi⁶¹, giriş bölümünde, yolsuzlukla mücadelede bireylerin ve toplumun önemli bir rol oynadığının altını çizmektedir. Dolayısıyla, ihbarcılarının yolsuzlukları ihbar etmekten çekinmeyecekleri bir ortamın oluşturulması ve ihbarcılarının haksız eylemlerden korunması önem arz etmektedir. Bu bağlamda Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca; taraf devletler, Sözleşme'de suç sayılan fiillere ilişkin delil sunan ihbarcılara, tanıklara, uzmanlara ve mağdurlara gerekli yasal korumayı sağlamakla yükümlüdür. Bu koruma yükümlülüğü, ilgili kişilerin akrabalarını ve onlarla yakından bağlantılı kişilere yönelik intikam ve gözdağı eylemlerini de kapsamaktadır. Böylelikle ihbarcılarının eylemlerinden etkilenme olasılığı bulunan kişiler de koruma kapsamına alınmış olmaktadır.

B. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi Uyarınca İhbarcılara Mülteci Statüsü Tanınabilir Mi?

İhbarcılar, kamu menfaatini zedeleyen olayları ifşa ettikten sonra yaşadıkları ülkede tehdit altında kalabilirler ve devletler bu kişilere yeterli koruma sağlayamayabilir. Hatta devletin kendisi ihbarcıya zulüm uygulayan veya ihbarcıyı zulüm tehlikesi altında bırakacak eylemler gerçekleştiren bir aktör haline gelebilir. Bu gibi durumlarda ihbarcılar başka devletlerden koruma arama yoluna

0028_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_e.pdf (Erişim tarihi: 17.02.2021).

⁵⁶ List Of Countries Which Have Signed, Ratified/Acceded To The African Union Convention On Preventing And Combating Corruption, <https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-sl-AFRICAN%20UNION%20CONVENTION%20ON%20PREVENTING%20AND%20COMBATING%20CORRUPTION.pdf> (Erişim tarihi: 17.02.2021).

⁵⁷ Bkz. Transparency International, Mise En Œuvre Et Application De La Convention De L'union Africaine Sur La Prévention Et La Lutte Contre La Corruption, <https://images.transparencycdn.org/images/Mise-en-Oeuvre-et-Application-de-la-Convention-de-L%E2%80%99Union-Africaine-sur-la-Pr%C3%A9vention-et-la-Lutte-Contre-la-Corruption.pdf> (Erişim tarihi: 17.02.2021).

⁵⁸ Southern African Development Community

⁵⁹ Southern African Development Community Protocol Against Corruption, https://www.sadc.int/files/7913/5292/8361/Protocol_Against_Corruption2001.pdf (Erişim tarihi: 17.02.2021).

⁶⁰ Bkz. League of Arab States, <https://www.unescwa.org/league-arab-states> (Erişim tarihi: 17.02.2021).

⁶¹ Arab Anti-Corruption Convention, <https://star.worldbank.org/sites/star/files/Arab-Convention-Against-Corruption.pdf> (Erişim tarihi: 17.02.2021).

gidebileceklerdir. İhbarcılar ve ihbarcıların uluslararası hukukça korunması bakımından son dönemdeki en önemli örnek Edward Snowden olayıdır. Amerika’da eski bir Merkezi İstihbarat Teşkilatı⁶² çalışanı olan Edward Snowden, Amerikan istihbaratının halkın kapsamlı internet ve telefon gözetlemesini ifşa ettikten sonra, kendisine yöneltilen suçlamalar ve baskılar sonucu ABD’den ayrılmak zorunda kalmıştır⁶³. 2013 yılı itibarıyla 21 farklı ülkeye sığınma başvurusunda bulunan Snowden’in talepleri, mülteci statüsü kapsamına girmemesi gerekçesiyle reddedilmiştir⁶⁴.

Devletler yabancıları ülkelerine kabul edip etmemekte özgürdür. Bir devlet ihbarcı statüsündeki herhangi bir yabancıya ülkesinde ikamet etme ve çalışma hakkı verebilir veya mülteci statüsü de dahil olmak üzere farklı koruma statüleri tanıyabilir. Ancak bu durum sadece belirli koşullarda devletlerin bir yükümlülüğü haline gelmektedir. Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi’ne⁶⁵ bakıldığında, ihbarcılar mülteci kapsamına dâhil edecek bir düzenleme bulunmadığı görülmektedir. Cenevre Sözleşmesi’nde yer alan mülteci tanımı uyarınca, kişinin zulüm göreceğine ilişkin haklı bir korkusunun bulunması gerekir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)’ne göre, haklı korku subjektif bir ölçüttür ancak, haklı korkuya kaynaklık eden olay veya olaylar, objektif olarak gözlemlenebilir nitelikte olmalıdır⁶⁶. Ülkede yaşanan yolsuzlukların ihbar edilebileceği bir iç ihbar yöntemi yoksa, ihbarcı zulme karşı korunamayacaktır. Bu doğrultuda ihbarcının zulüm görmekten korku duyması mümkündür. İhbarcılar haksız hapis cezalarına veya gözaltı uygulamalarına maruz bırakılması, zulüm örneğidir. Bununla birlikte hürriyetinden yoksun kılınmanın bir zulüm tipi olarak kabul edilebilmesi için, ihbarcının eylemi adi suç kapsamına girmemelidir. Zira Cenevre Sözleşmesi’nin 1. maddesinin F bendi uyarınca, kişinin mülteci statüsü için başvuru yaptığı ülke dışında ve başvurusu öncesinde siyasi olmayan bir suç işlemiş olması, kişinin Sözleşme’den faydalanmasına engel olmaktadır.

Cenevre Sözleşmesi kapsamında bir kişiye mülteci statüsü tanınabilmesi için gerekli şartlardan biri, zulmün veya zulüm korkusunun, kişinin ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba aidiyeti ve siyasi düşünceleri neticesinde ortaya çıkmasıdır. Ancak ihbarcı, ihbar faaliyeti sebebiyle zulme uğraymaktadır. İrk, din ve milliyet kavramları ihbarcıların uğrayabilecekleri zulüm çeşitleri bakımından uygulanabilir değildir. Bununla birlikte, ihbarcılığın belirli bir toplumsal gruba mensubiyet kavramı içerisinde değerlendirilebileceği düşünülebilir. Ancak bu tanım da ihbarcılar için uygulanabilir kabul edilememektedir çünkü BMMYK’ye göre; benzer geçmişe, alışkanlıklara veya sosyal statüye sahip kişiler bir toplumsal grup oluşturmaktadır⁶⁷. Bu durumda geriye sadece siyasi düşünce kriteri kalmaktadır. Bu bağlamda, ihbarcının eyleminin siyasi bir yönünün bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekecektir. Siyasi ve siyasi olmayan suç ayrımı, uluslararası hukukta net bir şekilde ortaya konamamıştır⁶⁸. Bununla birlikte ihbarcılar eylemlerinde politik bir yön bulunmaktadır. İhbarcılar kamu menfaatini korumak amacıyla hareket etmektedirler. Devlet kurumlarının veya ülkede bulunan diğer kurum ve kuruluşların haksız ve zarar verici uygulamalarının açıklanması, bir nevi politik bir eylemdir. Dolayısıyla mülteci tanımındaki koşulların bu yönde yorumlanması mümkün olabilir. Zaman zaman bazı ülkeler amaçsal yorum metodu çerçevesinde sözleşmedeki mülteci tanımını genişletme yoluna giderek; cinsiyete dayalı şiddet, cinsel yönelim ve dini inancın gizlenmesi gibi konularda zulüm görenlere de mülteci statüsü tanımaktadır⁶⁹.

Ulusal hukuk tarafından korunamayan ihbarcılar da uluslararası hukukça korunması hem mümkün hem de gereklidir. Bu gerekliliğe ilişkin öğretilerde üç öneri öne çıkmaktadır. Birincisi,

⁶² Central Intelligence Agency (CIA)

⁶³ “Edward Snowden’s flight shows the limits of US power”, <https://theconversation.com/edward-snowdens-flight-shows-the-limits-of-us-power-15514> (Erişim tarihi: 20.02.2021).

⁶⁴ “Can whistleblowers be recognized as refugees?”, <https://www.dw.com/en/can-whistleblowers-be-recognized-as-refugees/a-38632030> (Erişim tarihi: 20.02.2021).

⁶⁵ The Convention Relating to the Status of Refugees, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.23_convention%20refugees.pdf (Erişim tarihi: 25.02.2021). Çalışmanın devamında Cenevre Sözleşmesi olarak anılacaktır.

⁶⁶ UNHCR: Handbook on Procedures and Criteria For Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection, Reissued on February 2019, <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (Erişim tarihi: 20.02.2021), s.19.

⁶⁷ UNHCR, s.24.

⁶⁸ STAFFORD, Jacob: “Gimme Shelter: International Political Asylum”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 47(4), 2014, s.1183.

⁶⁹ STAFFORD, s.1200.

ihbarcılarının sığınma hakkına ilişkin yeni bir sözleşme imzalanmasıdır. İkincisi, ek bir protokol ile ihbar faaliyetinden kaynaklı zulmün mülteci koşullarına eklenmesidir. Üçüncü ve son öneri ise, mülteci tanımının ihbarcılarını da kapsayacak şekilde yorumlanmasına ilişkin bir tavsiye kararın BMMYK nezdinde yayınlanmasıdır⁷⁰. Bu önerilerden en hızlı ve kolay şekilde hayata geçirilebilecek olanı, sonuncusudur. BMMYK, Cenevre Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin pek çok tavsiye karar yayınlamaktadır. Bunlar bağlayıcı olmasa da, uygulamaya yön vermektedir ve devletlerden bu kararlara uyması beklenmektedir. Buna ek olarak, bu gibi tavsiyelerin yayınlanması ve uygulanmaya başlanması, ileride sözleşmede yapılacak değişikliklerin de kapısını açacaktır.

IV. SONUÇ

İhbarcılık müessesinin yerleşmesi ve ihbarcılara ilişkin koruma sistemlerinin getirilmesi, toplumun demokratik niteliğinin önemli bir göstergesidir. Zira ihbarcılar, çoğu durumda tehdit ve baskı altında kalacaklarını bildikleri halde, kamu menfaatlerinin korunması adına hukuksuzlukları ifşa etmektedirler. Bu kişileri koruyacak sistemler bulunmazsa, ihbarcılar elde ettikleri bilgileri paylaşmaktan imtina edecektir. Bu durum ise, devletin denetleme organlarınca tespit edilemeyen veya bizzat devlet kurumlarının veya bu kurumlarda çalışan kişilerin yolsuz eylem ve işlemlerinin ortaya çıkarılamamasıyla sonuçlanabilecektir. Ancak bu gibi yolsuzluklar kamu güvenliği ve kamu sağlığı gibi toplumun temel menfaatlerini tehlikeye atacak nitelikte olabilir. Dolayısıyla ihbarcılık kurumunun hem uluslararası alanda hem de ulusal hukuklarda tanımlanması ve koruma standartlarının getirilmesi gerekmektedir.

İhbarcılık kurumunun belirli düzenlemelere oturtulması, ihbarın ne şekilde yapılacağına ilişkin yöntemlerin getirilmesine ve ihbarların bağımsız kuruluşlarca denetlenmesine de imkan verecektir. Özellikle dış ihbar yöntemlerini geliştirecek sistemlerin oturtulması, ilgili kurum içerisinde ihbarda bulunmak istemeyen çalışanların korunmasına fayda sağlayacaktır. Buna ek olarak ihbarın gerçekliğinin uzmanlarca değerlendirilmesi mümkün hale gelecektir. Böylelikle kötü niyetli şekilde ihbarda bulunanların tespit edilmesi mümkün olacaktır. Ulusal hukuklarda bu kişilere yönelik yaptırımların öngörülmesi, kurumların haksız zararlara uğramaması bakımından caydırıcı nitelikte olacaktır.

Önceki bölümlerde incelendiği üzere, AB İhbarcılık Direktifi, son derece kapsamlı bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Devletler, ihbarcılık kurumuna ilişkin düzenlemeler içeren başka bazı sözleşmelere taraf olmakla birlikte, tüm tarafların sözleşmenin gereklerini iç hukukuna tam anlamıyla yansıttığı söylenemez. Bununla birlikte, AB hukuku uyarınca, devletler direktifleri öngörülen süre içerisinde iç hukuklarına aktarmakla yükümlüdür. AB İhbarcılık Direktifi için de öngörülen son tarih, 17 Aralık 2021'dir. Bu tarihe kadar aktarımı gerçekleştirmeyen devletler hakkında Avrupa Birliği Adalet Divanı nezdinde ihlal davası açılabilir. Dolayısıyla AB üyesi 27 devletin, 2021 yılı sonuna kadar ulusal hukuklarında direktifte yer alan asgari koşulları taşıyan düzenlemelerinin mevcut olması gerekmektedir. Diğer uluslararası örgütler ve AB üyesi olmayan devletler bakımından söz konusu direktif bir şablon olarak kullanılabilir. Buna ek olarak direktifin 27 farklı ülkede uygulanması sayesinde uygulamaya yönelik önemli deneyimler elde edilmiş olacaktır. Bu durum hem AB hem AB üyesi olmayan devletler bakımından yeni ve gelişmiş düzenlemelerin getirilmesi için de yol gösterici olacaktır.

İhbarcılarının uluslararası ölçekte korunabilmesi için, diğer ülkelerde sığınma aramak zorunda kalan ihbarcılarının durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. İhbarcılık düzenlemeleri ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bazı ülkelerde buna ilişkin hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. AB direktifinin bu konuda bölgesel bir standart getirmesi beklense de, bu sadece AB üyesi devletlerle sınırlı kalmış olacağından, gelecekte de bu farklılıkların sürmesi muhtemeldir. Dolayısıyla bu kişilerin buldukları ülkeden kaçmak zorunda kalacakları durumlar olabilir. Örneğin demokratik sistemin ve hukuk devleti ilkesinin yerleşmemiş olduğu bir devlette, bir kamu kurumunda yaşanan yolsuzlukları açığa çıkaran bir ihbarcı hakkında soruşturma yürütülmesi son derece olasıdır. Bu kişi, kamu menfaatlerini korumak amacıyla yaptığı eylemin sonunda ceza dahi alacak konuma düşürülebilir. Bu gibi sebeplerle ülkelerinden kaçan ihbarcılarının durumuna ilişkin düzenlemelerin getirilmesi son derece faydalı olacaktır. İhbarcılarının korunmasına ilişkin sözleşmelerde bu hususa yer verilebileceği gibi, Cenevre Sözleşmesi'nde mülteci tanımı kapsamında değerlendirilebilmeleri için BMMYK önderliğinde çalışmalar yapılması gerekmektedir. Devletlerin ihbarcılara ilişkin konularda duyarlı davranması ve iç hukuklarında ihbarcılarını koruma mekanizmalarına yer

⁷⁰ CONNON, s.934-935.

vermeleri, bu durumdaki kişilere mülteci statüsü tanınmasına yönelik bakış açısını da yönlendirecek bir unsur olacaktır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- ABAZI, Vigjilencia: “The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblower Protection?”, *Industrial Law Journal*, 49(4), 2020, s.640-656.
- ARSLAN, Elif Türkan/KAYALAR, Murat: “Kamu ve Özel Sektör Çalışanlarının İfşa (Whistleblowing) Niyeti: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 19(32), 2017, s.15-26.
- AYDAN, Seda: “İhbarcılık: Bir Kavram Analizi”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 15(41), 2018, s.78-100.
- AYDIN, Ufuk: “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2(2), 2002, s.79-100.
- BANISAR, David: “Whistleblowing: International Standards and Developments”, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180 (Erişim tarihi: 06.02.2021).
- CELEP, Cevat/KONAKLI, Tuğba: “Bilgi Uçurma: Eğitim Örgütlerinde Etik ve Kural Dışı Uygulamalara Yönelik Bir Tepki”, *E-International Journal of Educational Research*, 3(4), 2012, s.65-88.
- CONNON, Eric: “Are Intelligence-Community Leakers Internationally Protected Whistleblowers or Simply ‘Whistling in the Dark’”, *Case Western Law Review*, 67(3), 2017, s.897-939.
- ÇİFTÇİ, Birgül: “Türkiye’de Toplumsal Kültürün Örgütlerde İhbarcılık Üzerine Etkisi: Hofstede’in Kültürel Boyutlar Teorisi Bağlamında Bir Değerlendirme”, *International Journal of Academic Value Studies*, 3(10), 2017, s.147-166.
- DE ZWART, Alja Poler: “EU Whistleblower Rules to Change in Favor of Whistleblowers”, *Journal of Investment Compliance*, 21(1), 2020, s.55-61.
- DEMİRAL, Nalan: “Bir Hastanede Işığı Çalmak”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 7(26), 2008, s.128-137.
- FOX, Richard G.: “Protecting the Whistleblower”, *Adelaide Law Review*, 15(2), s.137-164.
- JUBB, Peter B.: “Whistleblowing: A Restrictive Definition”, *Journal of Business Ethics*, 21(1), 1999, s.77-94.
- LATIMER, Paul/BROWN, A.J.: “Whistleblower Laws: International Best Practice”, *UNSW Law Journal*, 31(3), 2008, s.766-793.
- LEVOYER, Loïc: “French Law and Whistleblowers”, *Law & Justice Review*, 11(20), 2020, s.151-159.
- MARTIN, Brian: “Illusions of Whistleblower Protection”, *UTS Law Review*, 8(5), 2003, s.119-130.
- MENG, Tan Pei/FOOK, Ong Seng: “Comparative Analysis of Whistleblower Legislations in England, USA and Malaysia”, *African Journal of Business Management*, 5(27), 2011, s.11246-11255.
- NARTGÜN, Şenay Sezgin/KAYA, Ayça: “Öğretmenlerin Bilgi Uçurma Davranışları ve Nedenleri ile Bireysel Değerleri Arasındaki İlişki”, *International Journal of Social Science*, 54(1), 2017, s.65-89.
- NEAR, Janet P./MICELI Marcia P.: “Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing”, *Journal of Business Ethics*, 4, 1985, s.1-15.
- RONGINE, Nicholas M.: “Toward a Coherent Legal Response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing”, *American Business Law Journal*, 23(2), 1985, s.281-297.
- SCATURRO, Ruggero: “Defining Whistleblowing”, *International Anti-Corruption Academy Research Paper Series* No.05, https://www.iaca.int/media/attachments/2018/06/18/research_paper_05_ruggero_scaturo_final.pdf (Erişim tarihi: 16.02.2021).
- STAFFORD, Jacob: “Gimme Shelter: International Political Asylum”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 47(4), 2014, s.1167-1202.
- STAPPERS, Jan Tadeusz: “EU Whistleblowing Protection Directive: Europe on Whistleblowing”, *ERA Forum*, <https://doi.org/10.1007/s12027-021-00649-7> (Erişim tarihi: 09.02.2021).
- TOKER GÖKÇE, Asiye: “Okullarda Bilgi Uçurma: İş Doyumu ve Örgütsel Bağlılık İlişkisi”, *Dicle Üniversitesi Ziya Gökalp Eğitim Fakültesi Dergisi*, 22, 2014, s.261-282.
- UYAR, Süleyman/YELGEN, Esin: “Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 13(1), 2015, s.85-106.
- VANDEKERCKHOVE, Wim: “European Whistleblower Protection: Tiers or Tears?”, *A Global Approach to Public Interest Disclosure* (Ed. David B. Lewis), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton MA, 2009, s.15-35.

YILMAZ, Nihal: Kadın Girişimciliğinde Yönetmelik Değerler Ve İfşa (Whistleblowing): Mersin İlinde Uygulamalı Bir Araştırma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin Üniversitesi, 2015.

Diğer İnternet Kaynakları

“Can whistleblowers be recognized as refugees?”, <https://www.dw.com/en/can-whistleblowers-be-recognized-as-refugees/a-38632030> (Erişim tarihi: 20.02.2021).

“Edward Snowden’s flight shows the limits of US power”, <https://theconversation.com/edward-snowdens-flight-shows-the-limits-of-us-power-15514> (Erişim tarihi: 20.02.2021).

Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi’nin Türkçe metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/etik_komisyonu/belgeler/sozlesme_BM.pdf (Erişim tarihi: 06.02.2021).

BRUNSDEN, Jim: “LuxLeaks: Luxembourg’s Response to an International Tax Scandal”, <https://www.ft.com/content/de228b90-3632-11e7-99bd-13beb0903fa3> (Erişim tarihi: 09.02.2021).

Case of Guja v. Moldova, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-85016> (Erişim tarihi: 02.02.2021).

Civil Law Convention on Corruption, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f6> (Erişim tarihi: 15.02.2021).

Directive (Eu) 2019/1937 Of The European Parliament and of the Council of 23 October 2019 on the protection of persons who report breaches of Union law (EU Whistleblower Directive – AB İhbarcılık Direktifi), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937> (Erişim tarihi: 09.02.2021).

G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers, <https://www.oecd.org/corruption/48972967.pdf> (Erişim tarihi: 16.11.2020).

Inter-American Convention Against Corruption, http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf (Erişim tarihi: 16.02.2021).

KAYALI, Laura: “Whistleblower Protection Rules Held Up By Reporting Clash”, Politico, 2019, <https://www.politico.eu/article/whistleblower-protection-rules-held-up-reporting-clash-european-parliament/> (Erişim tarihi: 10.02.2021).

List Of Countries Which Have Signed, Ratified/Accessed To The African Union Convention On Preventing And Combating Corruption, <https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-sl-AFRICAN%20UNION%20CONVENTION%20ON%20PREVENTING%20AND%20COMBATING%20CORRUPTION.pdf> (Erişim tarihi: 17.02.2021).

Recommendation of the Council for Development Co-operation Actors on Managing the Risk of Corruption, <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Recommendation-Development-Cooperation-Corruption.pdf> (Erişim tarihi: 16.02.2021).

Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/OECD-Anti-Bribery-Recommendation-ENG.pdf> (Erişim tarihi: 16.02.2021).

Recommendation Of The Council On Public Integrity, <https://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-Public-Integrity.pdf> (Erişim tarihi: 16.02.2021).

Recommendation of the OECD Council on Improving Ethical Conduct in the Public Service, <https://www.oecd.org/gov/ethics/Principles-on-Improving-Ethical-Conduct-in-the-Public-Service.pdf> (Erişim tarihi: 16.02.2021).

Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c5ea5 (Erişim tarihi: 15.02.2021).

Southern African Development Community Protocol Against Corruption, https://www.sadc.int/files/7913/5292/8361/Protocol_Against_Corruption2001.pdf (Erişim tarihi: 17.02.2021).

TDK Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim tarihi: 12.11.2020).

The African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_e.pdf (Erişim tarihi: 17.02.2021).

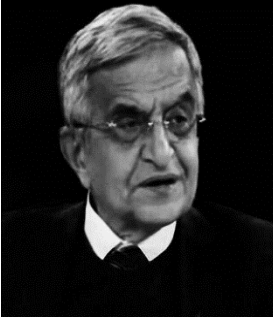
The Global Principles on National Security and the Right to Information (Tshwane Principles), <https://www.justiceinitiative.org/uploads/bd50b729-d427-4fbb-8da2-1943ef2a3423/global-principles-national-security-10232013.pdf> (Erişim tarihi: 02.02.2021).

- Transperancy International, International Principles for Whistleblower Legislation, https://images.transparencycdn.org/images/2013_WhistleblowerPrinciples_EN.pdf (Erişim tarihi: 04.01.2021).
- Transperancy International, Mise En Œuvre Et Application De La Convention De L'union Africaine Sur La Prévention Et La Lutte Contre La Corruption, <https://images.transparencycdn.org/images/Mise-en-Oeuvre-et-Application-de-la-Convention-de-L%E2%80%99Union-Africaine-sur-la-Pr%C3%A9vention-et-la-Lutte-Contre-la-Corruption.pdf> (Erişim tarihi: 17.02.2021).
- UNHCR: Handbook on Procedures and Criteria For Determining Refugee Status and Guidelines on International Protection, Reissued on February 2019, <https://www.unhcr.org/publications/legal/5ddfcdc47/handbook-procedures-criteria-determining-refugee-status-under-1951-convention.html> (Erişim tarihi: 20.02.2021).
- United Nations General Assembly, Note by the Secretary-General, Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, 8 September 2015, <https://www.refworld.org/docid/5629ed934.html> (Erişim tarihi: 12.11.2020).

Otobiyografi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ*

<https://doi.org/10.21492/inuhfd.962132>



Sevgili gençler, 1956 - 1960 yılları arası İstanbul Hukuk Fakültesi'nde lisansı tamamlamış bir eski öğrenciyim. Belki size yararı olur diye geçmiş günlerimden size özet olarak bahsetmek istiyorum. Bana bu imkanı verenlere, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editör Kuruluna ve özellikle aziz meslektaşım Prof. Dr. Tamer Budak'a teşekkür ederim. Çok kez ayrıntılı bir "Hatırat" kitabı yazmak istedim. Her def'asında yarım kaldı. Büyük bir ihtimal ile yazamayacağım. Yalnız iyi anıları yazıp "seksenlik Polyanna" olmanın anlamı yok. Kötü kişilerden de bahsedersen; ailelerinin içinde iyiler de var!

1) Aile çevrem ve üniversiteye kadar kısa hayat hikayem: Ben, kardeşlerim ve annem İstanbul doğumluyuz. Babam, amcam, dede ve ninelerim İran Azerbaycanı'ndan gelmişler. İstanbullu ve paşazade, ulemazade ve üstelik zengin bir aileden olsaydım daha iyi olur mu idi? Söylenemez! Çocukluğumda zenginliği gösteren araba vs. gibi nesnelere ilgim yoktu. Ancak, bu ailelerin çocuklarının iki yabancı dil öğrenmesine, istediği kitabı alabilmesine gıpta ederdim. Merhum Ağabeyimiz'e (Prof. Dr. Nadir Hatemi) ikiz kardeşim Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'yle birlikte gıpta ederdik. Çünkü St. Michel Fransız Lisesinde okuyordu. O dönemde Fransız okulları katolik rahip gruplarının yönetiminde idi. Şimdi maalesef aynı seviyede değiller. İkiz kardeşim ve ben, İkinci Dünya Savaşı sonrasının şartları içinde, Şişli Tal'atpaşa İlkokulu'ndan sonra bir sabah önceden bize tebligat yapılmaksızın, babamın önderliğinde, ilkokulumuzun bulunduğu binada öğleden sonra faaliyet gösteren Şişli Ortaokulu'nda bulduk. Bugüne göre seviye iyiydi, Osmanlı'nın son döneminde yetişmiş öğretmenler çoğunlukta idi. Ne var ki lisan öğretimi iyi değildi. Bomonti, Feriköy, o yörenin dar gelirli ailelerinin çocukları çoğunlukta idi. Fransızca öğretmenimiz Madam Mari çok ciddi ve sert bir hanımdı amma maalesef pedagojiden habersizdi. Ders kitaplarını (Milli Eğitim Bakanlığı basılı) yarılamış iken o öğrenim dönemi sona ererdi. Ödevimiz ders kitabındaki parçaları ezberlemektir. Birader ve ben Fransızca metin hafızlığında birinci idik. İlkokulun son sınıfında iken ameliyat olmak için İran'dan gelen, babamın amcazadesi merhum Dr. Kazım Recevi, ilk ve ortaokul arası yaz tatilinde bize eski harfleri öğretmiş, ardından Farsça alfabeye başlamıştık. Bu "hayranlık uyandırıcı birikimimiz"i de iyi pazarlardık. Türkçe derslerinde, bütün derslerde birinciydik. Sokağımızda bir evin tek odasını kiralayarak oturmakta olan, Birinci Osmanlı Meclisi'nde "Trabzon Meb'usu" olan Ali Naki Bey'in yeğeni Sahüre Hanım da dayısının özen göstermesiyle "kültürlü komşumuz"du. Yalnızlıktan bunalır, ilkokul çocukluğumuzdan beri bizim ziyaretimizden çok hoşlanır, Osmanlı Türkçesiyle şiirler okurdu. Kendi şiiri olan bir iki kıt'ayı ezberlemiştik. Ortaokul çağında, edebiyat ve tarih ilgimizi geliştiren üçüncü okul dışı öğretmenimiz de edebiyat fakültesi öğrencisi, sonradan asistan olan merhum Prof. Dr. Muammer Özergin idi. O da bizim ziyaretlerimizden hoşlanan ve sorularımızı cevaplandıranlardandı. Ortaokulu ikiz kardeşimle "okul birincileri" olarak bitirdikten sonra Madam Mari bizim bir yıl hazırlık okuyup Saint Michel'de devam etmemiz için çok ısrar etti. Yazık ki bizim acayip bir gururumuz vardı. "Sokağın ve okulun uleması" olduktan sonra, bir yıl kaybetmiş olarak başladığımız sınıfta da diğerleri kadar iyi



* ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7098-8294> hhatemi@ticaret.edu.tr

Fransızca bilmemeyi kabul edemiyorduk. Aynı şartlarla Galatasaray Lisesi’nde okumaya da direndik ve bu kez de Kasımpaşa’dan gelen “kabadayı ve belalı” çocukların da bulunduğu, sonradan Atatürk Erkek Lisesi adını alan Beyoğlu Erkek Lisesi’ne yazıldık. Yine ikimiz de sınıf birincisi olma hazzı içinde idik. Ancak, yabancı dili iyi bilen çocuklar karşısında bu hazzımız gölgeleniyordu. Fransız Konsoloslugu’nun kurlarına devam ettik ve konuşma cesaretimiz güçlenmeye başladı. Yine de tabii memnun değildik. Atatürk Erkek Lisesi’nde edebiyat öğretmenimiz merhum Prof. Dr. Ahmed Ateş’in eşi merhume Fikret Ateş Hanımdı. Bizim edebiyat fakültesine gidip eşinin asistanı olmamız için çok ısrar ediyordu. Oysa ben ilkokulda iken nenem Rubabe Hanım’ın içten dindarlığı ve beni de büyük bir din bilgini görmek isteyişinin etkisiyle bu mesleği seçmişim! Ne var ki kendimi birden bire Birader ile birlikte Şişli Ortaokulu’da bulunca da “ani bir üzüntüyle bu rüyadan uyandım”. İkinci sınıfa kadar “dış hekimi” olmayı düşündüm. Daha sonra sınıf arkadaşımız, Bulgar asıllı Vangel Angelof’un ödünç verdiği Türkçe’ye çevrilmiş Rus Klasikleri, özellikle Suç ve Ceza ve Karamazov Kardeşler’in etkisiyle “Hukuk Fakültesi’nde Ceza Hukuku Profesörü” olmaya karar vermişim. Yazları İstanbul Üniversitesi’nin merkez binası bahçesine gider, ağaçlar altından eski Harbiye Nezareti olan merkez binaya bakar, burada okuyacağımı ve ileride de Profesör olacağımı düşünürdüm. Edebiyat



fakültesi özlemimi; babamın etkisiyle zihnimde bastırılmışım. Babam Birinci Dünya Savaşı şartlarında genç yaşta, Selmas şehrinde, o devrin ve yörenin şartlarıyla refah seviyesine ulaşmış bir aileden, Hacı Mehmed Rıza oğlu Hacı Hüseyin’in oğlu olarak Ticarethane veliahdi iken, Birinci Dünya Savaşı dolayısıyla ticari yollar kesilmiş, çok zor günler başlamış, dedem Hacı Hüseyin bu şartlar altında İstanbul’a, babam önce Tiflis’e, ardından Milli Mücadele Hükümeti ile Lenin Hükümeti arasındaki dostluk dolayısıyla Kars, Ardahan ve Batum bize iade edilmiş olduğu için, Liman şehri Batum’a göçmüştü. Nenem Rubabe Hanım çok çetin şartlar içinde Selmas’da, yedi çocuğundan hayatta kalan amcamı, halam (biz halayı teyze anlamında kullanır, halaya Arapçadaki doğru anlamıyla “emme” derdik.) ve iki küçük kız yetiştirme “savaşında” bırakılmıştı. Amcam ve halam okula giderken, defter alamadığı için, kese kağıtlarından defter diktiğini ve bu yüzden çocuklarının azarlandığını anlatır, hüzünlenirdi. Babam, Batum’u Rusların geri almasıyla Batum’da kalmaktan endişelenip bu kez de babasının daha önce geldiği İstanbul’a göçmüştü (1912 sonları veya 1924). Rahmetli annem Cemile Hanım da, yine iktisadi şartlar dolayısıyla, 1896 - 1900 arası İstanbul’a göçen bir anne babanın kızı idi. Babam ile annem Cemile Hanım evlenmiş (1927), 1928’de rahmetli ablam Güzin dünyaya gelmişti. Babam evlendikten sonra, amcasının yetim kalan küçük oğlunu, küçük kızı Senuber’i, amcam Mehmet Rıza’yı, halam Akile’yi ve görmediğim halam, o devrin korku hastalığı verenden, çok genç yaşta İstanbul’da vefat eden Hayat’ı ve nenemi İstanbul’a çağırılmış, esasen İstanbul’da yaşayan babasıyla birlikte, 12 kişilik bir aile halinde Yedikule’ye yerleşmişler. Ağabeyim merhum Prof. Dr. Nadir Hatemi, 1932’de bu evde doğmuş. Bu doğumdan önce Hayat Hala vefat etmiş ve altı ay sonra da dedem vefat ederek kızının yanına defnedilmiş. Babam da savaş şartlarının yavaş yavaş ortadan kalktığı düşüncesiyle, aile fertlerini önceden Tebriz’e göndermiş ve kendisi de işlerini tasfiye ederek Tebriz’e gitmiş. Kendi deyişiyle “ticari ahlakı çok bozulmuş” olarak bulduğu, tahminime göre, on bir yıl yaşadığı İstanbul’un büyüünden kurtulamadığı için İstanbul’a dönmüş ve bu kez amca çocukları Tebriz’de kalmış. Annesi (nenem), amcam, halam, annem, ablam ve ağabeyimle Kurtuluş Caddesi’nde, Modern Apartmanı’na yerleşmişler. İkiz kardeşimle ben 12 Aralık 1938’de bu evde doğduk. Yazları Çamlıca, Bulgurlu’da bir bağ evinde, kışları Kurtuluş’da geçen beş yıl kadar bir süreden sonra, babam küçük de olsa, çiçek ve sebze yetiştirme ve marangozluk faaliyetleri için de imkan bulma düşüncesiyle, Feriköy Çobanoğlu Sokağı’nda 1957 yazına kadar yaşayacağımız, iki katlı, ne var ki çok dar, bahçesi de çok küçük bir eve yerleşmiş.



İçine kapanmış bir halde sayılabılırdi. Yılda bir defa, bir iki arkadaşının ailesiyle birlikte kamyon kiralarak Taşdelen’e (Alemdağ) gitme, yine bir def’a bizi tramvay ve tren yolculuğuyla

Florya'ya götürme dışında, tatil günü olan pazar günlerini amatör marangozluk ve bahçede uğraşarak geçirirdi. Sinema ve tiyatro vs. gibi konulara hiç eğilimi yoktu. İş günleri akşamlarını da radyo başında, 1945'e kadar savaş haberlerini dinleyerek geçirirdi. Bizim öğrenimize çok önem vermesinden anlıyorum ki "Selmas'da Oxford olsaydı mutlaka giderdi.". Nitekim İstanbul'a



geldiğinde de Fransızca öğrenmeye başlamış, 1960'lı yıllar ortasına kadar İstanbul'da faaliyet gösteren bir Amerikan Derneği'nin "cimmastik" eğitimine katılmış, ne var ki Birinci Dünya Savaşı'ndan yirmi yıl kadar sonra Türkiye çetin şartlı bir döneme tekrar girince, bezginleşmişti. Dürüst bir karakteri vardı. İyileşmiş şartlar içinde girdiği İkinci Dünya Savaşı şartlarında dürüstlüğü "köşeyi dönme"sini engellediği için bir çok tanıdığı, hatta yanında çalışanlar, savaş sonrasında refaha kavuşurken, babam, kiralık ve çok küçülen bir kırtasiyeci dükkanında, yine çok küçük bir kiralık evde kalmıştı. Bu sebeple, gerçekleştirmediği emellerini bizim gerçekleştirmemizi bekliyordu. Tıp ve Hukuk'u seçmemizi istemezdi. "Bu mesleklerde gönül rızasıyla verilen karşılık yoktu.". Hele edebiyat fakültesine girersek "aç kalacağımız"dan çok korkardı. Bu sebeple ben edebiyat fakültesi meylimi dizginleyip hukuk yönünde kesin karar vermiştim. 1956'da, liseyi yine ikiz kardeşimle birinci olarak bitirdim ve hukuk öğrenimine başladım. Kardeşim de edebiyat fakültesi meylini dizginlemek zorunda kaldı. Hukuka gelme isteğini de ben "veto ettim"! İlkokuldan lisenin son sınıfına kadar, aynı okul ve aynı sınıfta idik. Birbirimize - her halde Azeri lehçesinden yansıyan, fakat anlamını bilmediğimiz - "ede" kelimesiyle hitab ettiğimiz için mahallede adımız "Edeler"di. Bu hitabı ancak 1954'den sonra güçlkle "Birader"e çevirdik. "Kardeşim" demek duygu yüklü bir ifade olurdu ve duyguları yaşamaya, ne var ki açıklamamaya şartlanmış idik. Hukuka da birlikte gitse idik "aynı kişiliğin iki şubesi, Hatemiler" olacaktık. Bu "veto"yla iyi bir şey mi yaptım? Bilemiyorum. 1956 yılı Kasım'ında hukuk fakültesine başladım.

2) Üniversite öğrenciliği: Hukukun birinci sınıfını bütün derslerden, bütünlemesiz ve "silme" pekiyi ile bitirdim. Feriköy'ün sınırında olan evimizden, Baruthane'ye çıkmak ve üç kuruş bilet parası vererek ikinci mevki tramvayla Beyazıt'a ulaşmak kolaydı. Lise öğrenimiz dolayısıyla esasen alışık olduğumuz "Bati'ya açılan pencere" İstiklal Caddesi de gençlikte; yürüme mesafesinde idi. Ne var ki bu pencerenin perdelerini açmak için para gerekiyordu. Öğrenciliğimizde hiçbir aman İstiklal Caddesi'nde Tünel'e giden taraftaki "Haşet" Kitabevi'nden veya Taksim'e yakın büyük kitabevinden hasretle baktığımız kitapları satın alma imkanına sahip olamamıştık. Üniversite'nin ikinci sınıfından itibaren şartlar büsbütün çetinleşti. Babam Emlak ve Kredi Bankası'ndan kredi alarak Göztepe Merdivenköyü yolunda bir arsa almış ve ailenin nakline elverişli iki katlı bir ev yaptırmaya girişmiş iken, şahit olduğumuz "müessif" 6-7 Eylül olayları dolayısıyla Türkiye, pek farkında olmadığımız ambargodan sonra bir yokluk dönemine girmiş, beceriksiz bir alaylı müteahhit ile ahlaksız taşeronları da devreye girince babamın sıhhati bozulmuştu. 1957 yazında, bahçesindeki kuyudan tulumbayla su çekilen, kapılarına buzlu cam yerine "mukavva" takılan, elektrik yerine gaz lambası kullanılan bir eve geçtik. Babam bize ancak ayda otuz lira verebiliyor, bunun on beş lirası da üçüncü mevki tren ve ikinci mevki vapur ücretine gidiyordu. Öğrenci pasosu alıyorduk. Karaköy'e geçince de üniversiteye yürüyerek gidip yürüyerek dönüyorduk. Kitap alma imkanı büsbütün elden gitmişti. Parasızlık kız arkadaşlarla "teneffüs sohbeti"nden bile korkutuyordu. Ya bir yerde bir çay içmek gerekirse? Parayı nasıl karşılayacağız?



Şartlar 1960 başlarına kadar ancak bir ölçüde düzelmiş iken, 27 Mayıs çattı. Ne var ki sınavların geç başlaması benim bir bakıma işime yaradı. Birinci sınıfta olduğu gibi, Haziranda değil 15 Temmuzdan sonra girdiğim sınavlardan "silme" pekiyi olarak mezun oldum. Fakültede gördüğüm Ceza Hukuku dersi beni bu daldan soğutmuştu. Hukuk Felsefesi'nde iyi kimseler bulunmasına rağmen öğretim iyi değildi. Geriye Anayasa, İdare Hukuku, Roma Hukuku ve Medeni Hukuk kalıyordu. 27 Mayıs şartları içinde beni Anayasa ve İdare kürsüsüne almayacaklarını

biliyordum. İnançlı olmak gerici olmak demektir. Roma Hukuku’nu, Fransızca’yı akıcı bir konuşma ile öğrenememiş iken, Latince öğrenme endişesi engelliyordu. Sonunda dört yıl boyunca pekiyi aldığım Medeni Hukuk kürsüsüne, bir çekingenlik döneminden sonra cesaret kazanıp başvurduğum ve rahmetli hocam Ord. Prof. Dr. Ferid Hakkı Saymen beni derhal kabul etti amma kürsüde ücretli asistanlık kadroları dolu idi. O dönemde var olup şimdi kaldırılan ücretsiz fahri asistanlık kadrosuna girdim ve 1960 - 1961 ders yılının başlamasından beş gün önce yine bir “deprem” yaşadım: “Milli



Birlik Komitesi” yeni bir Üniversiteler Kanunu çıkarmış, 147 öğretim üyesini ihraç etmiş, Ord. Prof. Dr. Ferid Hakkı Saymen ile yine dört yıllık hocam olan Doç. Dr. Halid Kemal Elbir de bu darbeye maruz kalmıştı. Doç. Dr. Kemal Oğuzman askerlik vazifesinde idi. Necip Kocayusufpaşaoğlu, öğretim yılının başlamasından bir ay sonra doçent olacaktı. Kürsüde iki dr. asistan vardı, onlar da o dönem mevzuatına göre ders veremezlerdi. Böylece ders

yılının başlamasından bir gün önce bizim 4. Medeni Hukuk Kürsüsü başına vekaleten Prof. Dr. Rabi Koral getirildi.

3) Büyük amfideki ilk dersten itibaren öğrencilere ders verme bağımlısı oldum. Yaz aylarında da 1972’ye kadar bizim sınıfın öğrencilerine haftada beş gün altı saat ders verdim. Bu dersler bir nevi benim icad ettiğim yaz okulu idi. 1973 ve 1974 yazında askerlik görevinde idim. 1975 - 1976 yazında da maalesef öğrenciler artık ders yılı içindeki derslerde de bir arada oturamayacak kadar kutuplaşmışlardı. Sağ ve sol tarafta ayrı otururlar, bir kıvılcım ateşin yayılmasına yeter, kapıdaki polis içeri girerdi. Bu şartlarla ihtiyari yaz dersi yapılamazdı. 1980 yazı da böyle geçti. 1981 - 1982’de Almanya’da idim (Askeri idare dönemi). 1982 sonunda döndüm. Özlediğim ders yılı içindeki derslerime kavuştum. Maalesef 1983 yılında da (12 Mayıs) o yılın bana düşen son Eşya Hukuku dersinden eve dönünce, merdiveni inen üniversite görevlisi, öğrencilik dönemimden beri (27) yıllık fakültemden 1402 Sayılı Kanun gereği tard-u teb’id edildiğimi tebliğ etti. Bir yerden gelirim yoktu. Hanım da o sırada çok yoğun çalışmıyordu. Manevi üzüntü yanında mali sıkıntı da beni bunaltıyordu. Bana “geçmiş olsun” ziyaretine gelen, gelmeye cesaret eden dört asistan, telefon eden üç profesör, ziyarete gelen dört profesör dışında iyi arkadaş ve hocalarımdan birçoğu yolda karşılaşıncaya görmezlikten gelirlerdi. Eski öğrencilerimden çok yardım ettiğim birisini unutamıyorum. Çağaloğlu’nda karşılaştık. Aramızda şöyle bir konuşma geçti: - Niçin görevden alındınız? - Tebliğ edilen yazıda sebep gösterilmiyor. - Ama siz de bir şeyler yaptınız! - Ne yaptım? - Masanızın üzerinde bir Kuran-ı Kerim de vardı! Elbette çok sinirlendim amma şunu söylemekle yettim: İnşallah dönersem, masamın üzerinde Kuran-ı Kerim olacağından şüphenez olmasın! Dönüşümden iki üç ay sonra bir akşam yanıma gelip “Geçmiş olsun!” diye haykırarak öpüşmeye koşan bu zat’a elimi uzattım ve kolumu gererek yaklaşmasını engelledim. Bir daha da görüşmedik. Çok acı ve çok gülünç hatıralarım var, ne var ki burada ancak bir örnek vererek susmak gerekiyor. Şimdi tekrar 12 Mayıs 1983’ten önceki döneme dönelim.



4) Öğrencilikten öğreticiliğe geçiş gayretleri ve aşamaları: Fahri asistanlık kadrosunda ücretsiz asistanlığa başladığım 1960 - 1961 yılı siyasi bakımdan çalkantılı bir yıldır. Yassıada duruşmaları devam ediyordu. Hocalarımdan 147’lik listeye girenlerin karşısında iki tutum belirmişti: a) Kayıtsız şartsız Milli Birlik Komitesi destekleyicileri (büyük çoğunluk) b) Haksızlık varsa, karşı çıkanlar. Ben ikincilerdendim amma işlemin yapılış şeklini kökten eleştiremiyordum. Hocalar ve asistanlar Yassıada duruşmalarına gidiyordu ve idamları sabırsızlıkla bekleyenler çoğunlukta idi. Rahmetli Ali Fuad Başgil hocamız da 147’lerden olmuştu ve sesini çıkaramıyordu. Menderes döneminde haksızlığa uğramış merhum Kubalı hocamız ise maalesef “öç alma” duygusu etkisinde idi. Alman Anayasası’nın insan haklarını, hukuk devletini açıklayan ve koruyan hükümlerinin etkisiyle iktibas edilen 1961 Anayasası 1961 - 1962 ders yılı başlamadan önce halk

oynamasıyla kabul edildi. Menderes, Zorlu, Polatkan idam edildi, benim Doğru Hukuk bilincim tam uyanmamış ki “çok üzgünüm amma, Anayasa’yı ihlal edenin cezalandırılmaması mümkün mü?” tereddütlerinde kaldı. Bunun yaptırımını 1402’lik olmakla görecektim. Çalkantılar durmadı. 1962 baharında fahri asistan kadrosundan asistan kadrosuna geçtim, 147’ler olayından bir buçuk yıl sonra 147’lerden isteyenler ve emeklilik yaşı gelmeyenler üniversiteye döndü. Milli Birlik Komitesi



inde meydana gelen 14’ler darbesi bu dönüşü muhtemelen kolaylaştırmıştı. Ne var ki beni asistan alan hocam Saymen, bu dönüşün nazar boncuğu oldu ve üniversiteye dönmesi bir başka merhum tarafından senatoda engellendi. Merhum Koral, vekil kürsü başkanlığından asalete geçti. Merhum hocam Elbir dönmüştü, ancak o sırada doçenti ve kürsü başkanı olamıyordu. Bir kabul edilemez isteğini reddettiğim merhum Koral’ın bana karşı tutumu çok değişti ve o zaman bilinmeyen terimle mobbing uygulamaya başladı. Cümle-i asabiyyem çok bozulmuştu ve

“doktora yeterli” sınavına - günümüze göre oldukça zordu - girmeye cesaretim yoktu. 1963’te istifa dilekçemi yazarak Somuncu Baba yolundan gidip simitçi olma hayaliyle üniversiteyi terk ettim. Sahhaflar çarşısında teselli bulmaya gittim. Benim “meyhanem” orasıydı. Orada def-i gam ederken merhum hocam ve o sırada bizim kürsüden aynı sebeple ayrılmış Oğuzman bana haber iletti ve görüşmeye çağırdı. Dekan merhum Naci Şensoy “Niçin istifa ediyorsun?” deyince “sıhhi sebeplerden” cevabını verdim. Cevaba cevap layihası şu şekilde idi: “Evladım, sıhhi sebeple istifa edilmez tedavi olunur, ben istifa dilekçeni yırtıp çöpe atıyorum, haydi güle güle evladım!”. Kendisi de lisans döneminde hocam olan “Cezacı Naci Baba”nın emrine ve Hocam Oğuzman’a karşı koyamadan döndüm. 1964’te yeterlik sınavına girmek için, haftanın - Cumartesi dahil - her günü Göztepe’den gelip dönerek hazırlanamayacağım için merhum Koral’dan bazı günler için izin istedim. Sınava iki hafta kalmıştı. Koyduğu şartlarla birlikte değerlendirilirse verdiği izin “hiç” demek oluyordu. Ses çıkarmadım ve ertesi gün her şeyi göze alarak, koskoca bir el çantasına koyduğum lüzumlu eşya ve sınav için gerekli Roma Hukuku, Usul ve İcra İflas Hukuku, Devletler Özel Hukuku kitaplarıyla Bursa, Çekirge’de mevsim dolayısıyla hafta sonları ancak kalabalık olan kaplıca banyolu ahşap bir otelin çatı katına sığındım. Kaplıca suyu asabımı teskin etti. Otelin lokantası yoktu. Civardaki bir mütevazı lokantaya gidiyor, sonra elimdeki notları Karagöz Mezarı ile Süleyman Çelebi (K.S.) mezarı arasında yürüyerek okuyor, akşamları da otelde çalışıyordum. Medeni Hukuk çalışmayı kendime yediremedim, çünkü 1961 - 1964 arası ihtiyari yaz okullarında üstadlık edenin öğrenci gibi çalışması ne demektir? Bir hafta sonra döndüm, dört gün sonra sınava girdim. Jüride başkan olan merhum Prof. Dr. Koral, bu isyanımı haklı bulmuş olacak ki bu konuda hiçbir şey söylemedi. Jüride merhum Kocayusufpaşaoğlu, Oğuzman, Ziya Umur, Postacıoğlu ve Vedat Raşit Seviğ vardı. Oybirliğiyle ve pekiyi notuyla sınavı verdim. Ancak, önümde daha çetin bir yol açıyordu: İlk dönem Almanca kursları, Almanca hukuk eserlerinden yararlanmaya yetmiyordu. Sadece Fransızca kaynaklardan yararlananlar küçümseniyordu. Alman ve Avusturya lisesinden gelen bahtiyar asistanlar da Almanca bilmeyen arkadaşlarına cesaret vermek ve yardımcı olmak yerine “Almanca”nın, kendilerinin dahi baş edemedikleri çok zor öğrenilen bir dil olup, hele hukuk dilini anlamann imkansız derecede zor olduğunu” söyleyerek devlet liselerinden gelenleri “Hukuk ilminin paryası” sayıyorlardı. Aile şartlarımda da değişiklikler oldu. Önce ikiz kardeşim evlenip “baba ocağı”ndan uçtu. Ardından merhum ağabeyim uçtu. Nenem 1957’de vefat etmişti. Amcam, eşi ve iki çocuğu da ev topluluğundan ayrılmıştı. Göztepe’de üç kişi kalmıştık. Babamın sıhhi durumu çalışmasına elverişli değildi. Benim asistanlık aylığım da maalesef çoğunlukla sahhaflar çarşısına gidiyordu. Bir yandan sınırlı maddi imkanlar, diğer yandan Almanca eserlerden yararlanamama ve Fransızca kitaplardan da yararlanamayan, devlet liselerinde İngilizce okumuş arkadaşlara yardımcı olmama rağmen, onlar üniversitenin tanıdığı veya özel bir vakıf bursunun sağladığı imkanlarla Almanca öğrenip döndüklerinde, bana



yardım etmeye üşenmeleri, bunlara ek olarak aile kuramadan tek başına kalma korkusu, doktora tezine şevk ile başlayıp bitirmeyi engelliyordu. Bu sırada, o dönemde İÜHF’de özellikle asistanlar arasında çok yaygın olan sosyalizm soslu materyalizm de beni sıkıntıya sokuyordu. Düşünce bakımından dine bağlı olduğum için, İslam’ın sosyal devletin güvencesi olduğunu ispata çalışıyordum. Bu sebeple 1966’da bir dergide 12 bölüm halinde yayımladığım dizi makaleler 1967’de kitaplaştı. Merhum Kocayusufpaşaoğlu bana Fransızca ile de üstesinden geleceğim bir konu teklif etti: Önceki ve Bugünkü Türk Hukuku’nda Vakıf Kurma Muamelesi. Bu konu bana da



uygun göründü ve “Önceki Hukuk” bölümünü tamamladım. Ancak o sırada Medeni Kanun’un vakıflara ilişkin kurallarının değişmesi bekleniyor ve bir türlü gerçekleşmiyordu. Nihayet gerçekleşti ve ben 1967 - 1968 ders yılının -yanlış hatırlamıyorsam- Nisan ayında oybirliği ile doktora tezimin kabul edilmesi sevincini yaşadım. Hızımı kesmeden doçentlik tezimi yazma ve 1972’de doçent olma hulyasında iken, herhalde yine olgunlaşmam için yaman acılıkta bir ilaca ihtiyacım varmış ki karşıma önceden hazırlanmış plan gereği bir kız çıktı. Biraderle benim ancak belki de yaşlılık devrimizde oldukça ortadan kalkacak olan bir ön yargımız vardı: Kızları olağanüstü, çok iyi huylu ve ahlaklı, çok ince duygulu “periler” gibi görürdük. Bu önyargının etkisinde, aynı yıl gerçekleşen evlilik, on sekiz gün sonra fiilen, bir buçuk ay sonra da hukuken çöktü. Bunu hazmedemiyor ve anlayamıyordum. Bu bir ceza mıydı? Niçin bu cezaya layık görülmüştüm? Tedavi ihtiyacım bitmemiş olacak ki bu kez de ortaya çıkan bir arkadaş, beni bir “evliya grubu”na tanıştırmayı teklif etti. Sigara bağımlısı olmamdan başka bir işe yaramadı. Ancak, bu bağımlılığı iki ay sonra dizginleyebildim, amma tamamen bırakamadım. 1989 Ocak’ı başına kadar iki üç yıl bıraksam da tekrar günde yarım pakete dönüyordum. Nihayet 1402’lik döneminin sonlarında, 5 Ocak 1989 günü, Faust gibi bir sözleşme yaptım. Mefisto’ya dedim ki: 5 Ocak 1994’e kadar yanıma gelme! O gün düşünüp belki tekrar başlarım! Kararlaştırılan gün, gelmekte gecikmedi. Ancak, ben İÜHF’ye dönmenin hazzını yaşıyordum. Bu sebeple “artık hiç gelme, başlamayacağım!” diyebildim. İnşallah da böyle olur.

Evliya grubunu da acı bir hayal kırıklığıyla bıraktım. O sıralarda babam vefat etti (11 Mart 1970) ve evde annemle yalnız kaldım. O dönemde fotokopi cihazları gelişmemişti. Her yerde de yaygın değildi. İÜHF’de de bu imkan yoktu. Cep telefonu, bilgisayar da hak getire! Serde ne de az da olsa genlik olduğu için kütüphaneden aldığım düstur ve resmi gazete ciltlerini koca bir çantaya dolduruyor bir yıl sonra okunamaz hale gelecek fotokopiler yaptırıp yeni sefere çıkıyordum. Babamın vefat ettiği yılda da “İslam Hukuku’nda Devlet Yapısı” kitabım yayımlandı. 1972’de 31 Mart tarihine kadar teslim edilecek tezim üzerinde çalışmalarım yine yavaş gidiyordu. “Yaz okullarım” da devam ediyordu. Üniversitede anarşi başlamıştı. 1968 depreminin ardından gelen depremler devam ediyor, sık sık öğrenim ve yaz sınavları tatil ediliyor ve geriye bırakılıyordu. 1971’de sonra “12 Mart Muhtırası” devri başladı. Bu yılın sonlarında, bu kez, son sınıf “tekler” grubundan, birinci sınıfta iken sınıflarda öğretim tekli olduğu için bizim ders verdiğimiz sınıftan tanıdığım bir kız öğrenciyle, devam ettiği

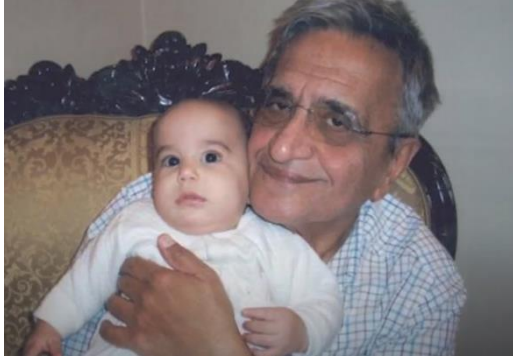


üçüncü sınıf yaz okulu sona erip dördüncü sınıfa başlayan, eşim Kezban Hatemi ile nişanlandık. Bir taraftan tez üzerinde çalışırken, bir taraftan da aşırı kıskançlık ile, hafta içi her gün görüşmeye çalışıyordum. Tezi 1972 Mart’ında teslim ettim. Ne var ki tedavimin sona ermediğini yine acı çekerek anlamalı imişim. 1972 Ağustos’unda evlendik. Kasım ayında doçentlik sınavı biter bitmez o yıllarda 18 ay olan askerlik vazifeme başlamam gerekiyordu. Oysa iki ay kadar sonra şimdi merhum olan bir “genç profesör” ağabeyin tertibiyle, tezimi 1973 31 Mart’ına kadar düzeltmem gerekti. Çok güç bir durumda kalmıştım. Eşim stajyerdi. Benim aylığım askere gitmemle kesilecekti. Başka bir gelirim yoktu. Buna rağmen, nişanlandığımız haberini alan sınıf arkadaşları: “Artık köşeyi döndün, onun İran’da petrol - kuyusu da değil - kuyuları var.” demişlerdi. Bunu duyunca ben de hayretle: “Görüyorsun, petrol kuyusu değil, bir çakmağım bile yok!” demiştim.

İçinde bulunduğum durum dolayısıyla, askere gidersem hem maaş kesilecek hem de düzeltilmiş tezi 31 Mart'a kadar teslim edemeyecektim. Kasım ayı böyle geçti. Eşimle birlikte, Ankara'ya sefer ettik. Asker Alma Dairesi Başkanı (Nihat Paşa) önce "Kesinlikle olmaz!" deyip bizden ses çıkmayınca "Bir şartla ertelerim, o da kan isterim!" dedi. Anlamını çıkartamayıp dehşete düşünce: "Yani bir ameliyat olacaksın, Ankara'ya tekrar gelip ameliyat olduğunu Askeri Hastane'de onaylatacağın, olmadan, olmuş gibi rapor alırsan, derhal sevk ederim." açıklamasını yaptı. Ben "Yani bir böbreğimi vereceğim!" diye dehşete düşmüşken eşim: "Paşam bademcik aldırsa olur mu?" diye sordu. Kızıp derhal sevk edeceği korkusuna kapılmışken cevap olumlu geldi: "Olur!". İstanbul'a döndük. Cerrahpaşa'da şiddetli ağrıyla bir gece geçirdim. Meğer Nihat Paşa keramet sahibiymiş. Bademcik ameliyatı olmam zorunlu imiş. Ankara'ya ikinci seferden dönüşte, Kasım sonlarında, düzeltme faaliyetine giriştim. Neyse, mali sıkıntılarla neler çektiğimin ayrıntılarına girmeyeyim. Nisan başında 31 Marttaki tez tesliminden sonra, askerlik dönemim başladı. Maaş kesildi. Annemin mütevazı ve "kişisel mal" niteliğindeki birikimi evlenme masraflarına yetmemişti. Şimdi; ayda 105 lira olup "Kırım parası" kesintisiyle 90 lira olan askeri öğrenci aylığıyla geçinmek imkansızdı. O sırada, asistanlığımın başında aynı kürsüde Dr. asistan olan merhum Prof. Dr. Serdar Tanilli kapımızı çaldı. Götürü hükümle ben "İslamcı", o "İlerici" olmasına rağmen, bana tek yardım bildirimini yapan o oldu: -Hatemi, ben senin ağabeyimim, durumunu biliyorum, teklifimi mutlaka kabul edeceksin, askeri öğrenciliğin boyunca evine her ay başında 250 lira bırakacağım. Bunu sonra bana iade etmeyeceksin. Senin de ileride yardıma muhtaç bir arkadaşına yardım edeceğini biliyorum! 250 lira, yanlış hatırlamıyorsam bugünün 1200 lirası idi. Böylesine iyi kalpli bir insan, askerliğim bitip de fakülteye döndükten sonra, bir ceza yargılamasında beraat kararı aldığı gece, evinin kapısını anahtarla açmaya uğraşırken, sırtından vuruldu ve sür'atle uzaklaşan kaatil veya kaatiller bulunamadı. Bu su-i kasd'den sonra tekerlekli sandalyeye mahkum olan Prof. Dr. Tanilli, Strasbourg'da bir göreve davet edildi. Şimdi hayatta olmayan Tanilli'yi sevgiyle anıyorum.



Askerliğimi Tuzla Piyade Okulu'nda gayet kahramanca tamamladım. Temmuz ayında oğlum Mehmed Ali Hatemi dünyaya geldi. Kıt'a görevimin Ankara, MSB Kanunlar Dairesi'nde olması



kararlaştırıldı. Aileye bir de çocuk katılmıştı. Yedek subay maaşı alacağım için merhum Tanilli'nin yardımı sürdürme teklifini kabul etmemiştim. Kanunlar Dairesi, Ankara'da oturmakta olsaydım doçentlik sınavına hazırlanmak için uygun bir yerdi. Daire'nin başında gayet nazik bir hukukçu albay vardı. Ne var ki bana Orduevi'nde sabit bir oda verilmemişti. Her akşam başka bir odaya göçüyordum. Ücretsiz de değildi. Her hafta cuma günü sonunda İstanbul'a otobüsle gidip gelmek hem mali yükü, hem doçentlik sınavı hazırlığı bakımından uygun değildi. Ekim sonuna kadar

Ankara'da Orduevi içinde göçebe hayatı, son hafta da asistanlığımın ilk yıllarında öğrencimiz olup o sırada Ankara SBF'de asistan olan Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ın kullanmadığı lojmanında çalışma ile geçti. İstanbul'a nakledilme çabalarım müsbet sonuçlandı. Hava Harp Okulu'na tayin edildim. Doçentlik tezimin bu kez kabul edildiğini Hava Harp Okulu'nda öğrendim. Ne var ki yine bazı aziz hocaların tezin reddedilmesini sağlamaya çalıştıklarını da iki yıl kadar önce öğrenecektim. Sınava on beş gün kadar bir süre kalmıştı. Hava Harp Okulu'nun öğretim amiri kurmay albay da iyi bir zat idi. Bana iznime mahsuben on beş gün kadar izin verdi. Sınav İÜ merkez binasında gerçekleşti. O zamanın usulüne göre, önce eski yazı sınavı, ardından yazılı, ardından sözlü sınav. Sözlü sınav geç bir saatte merkez binada yapıldı. Çok şükür, oy birliğiyle başardım. Bitmemişti: Üç gün sonra da "deneme dersi" vardı. O da bittikten sonra nihayet "doçent" oldum ve Hava Harp Okulu'na döndüm. Burada ders verme hayalim maalesef gerçekleşemedi. İstanbul Üniversitesi'nden gelen Prof. Dr. İsmet Giritli gibi hocalar vardı. Daha çok istenen bir hukuki konuda rapor yazmam ve küçük bir

askeri uçak içinde Ankara'ya gidip öğretim işleriyle ilgili toplantılara katılmıyordum. Derken Kıbrıs çıkarması gerçekleşti ve cephede olmadığım halde, üniformayla yolda yürümek gerektiği sıralarda “Kahraman Gazi” olarak ben de hakk etmediğim coşkulu övgülere muhatap oluyordum. Bu mutluluğun da bir bedeli vardı: Bir ay geç terhis edildik. Ancak bu bedelin de bir teselli mükafatı vardı. Terhis sırasında kavuşacağımız teğmen rütbesine bir ay önce kavuştuk ve yıldız taktık!

Üniversiteye dönüş formaliteleri tamamlandı. Hasretini çektiğim İÜHF'ye 1974 sonunda kavuştum. Öğretmenlikten uzak kalma hasretimi, başka kürsülerden davetleri de şevkle kabul ederek aradaki boşluğu telafiye çalıştım. Profesör olma benim için zorlaşmıştı. 5 yıl süreden başka bir de kadro bulma şartı gelmişti. Bu beş yıllık süre 1978'de dolduğu sırada, ben de profesörlük çalışmamı bitirmiştim. Yine, “hal ve şartlar son derece elverişsiz” denebilirdi. Kıbrıs çıkarması dolayısıyla, resmen kabul edilmeyip gizli kalsa da iktisadi ambargo ve Türkiye'ye karşı bir ittifak vardı. Bu şartlar toplumu anarşiye sürüklüyordu. Öğrenciler arasındaki katı kutuplaşma öğrencileri iki karşıt grup haline getirmişti. Dershaneler önünde polis bekliyordu. Birçok ihtiyaç maddesi bulunamaz olmuş, şehirlerin temizliği sağlanamaz, anarşi dolayısıyla terör olayları - belki de askeri yönetime yol hazırlamak için- önlenemez olmuştu. Her gün bir kamptan kişiye karşı bir terör hareketi, ertesi gün de bu kez karşı kamptan bir kişiye kan davası hareketiyle karşılaşıyorduk. Göztepe'deki baba evini, kardeşler arasında bölüşme gereği kat karşılığı inşaat sözleşmesi yaparak terk etmiş Teşvikiye'de kiralık bir daireye geçmiştik. Maçka'dan Şişli'ye kadar bu bölgenin eski halkı Etiler'e Ulus'a geçiyor, semt gitgide terör gruplarının ve esnafın eline geçiyordu. Profesörlük çalışmamı basacak matbaanın yetkilisi de her gün yaşlı gözlerle odama uğruyor, tezime nokta koymamı, matbaayı halıcıya çevirme zorunda olduklarını söylüyordu. Çalışma kötü bir şekilde basılabılırdi. Ardından da kadro gelir gelmez o sırada şart olan “ikinci dil sınavı”na girebilmem için o zamana kadar benden esirgenen “Avrupa'da bir yıl kalma” imkanına kavuşmam gerekiyordu. 19 yıldır bana bu imkan verilmemiş olduğu halde, şimdi yine bir başka arkadaşın gideceği bildirilince “artık 19 yıllık enayilik önceliğimi kullanmak zorunda kalacağım, kazanmayacağım halde Danıştay'da dava açacağım.” dedim. Nihayet bu imkan 6 aya indirilmiş olarak bana tanındı. Ne var ki 4 yıl sonra 1402'lik olma akıbetime bir saik hazırlamış oldum. Fransızca'dan sınava giremezdim. Üç dikişli Grundstufe seviyemi ilerletme amacıyla Almanya'ya Hamburg'a gittim ve bir buçuk ayımı da kendim karşılayarak 1980 Ocak'ında yurda döndüm. Altı ayda, artık “Almanca hukuk kitabından kim korkar?” diyebilecek hale gelmiştim. Almanya izlenimlerimi anlatmaktan vazgeçmek zorundayım. Dönüşümde 1980 yılında ikinci dil sınavına girdim ve kazandım. Kadro bekliyordum. Kadro geldiyse de yine benim yerime üçüncü kez Avrupa'ya gönderilmek istenen merhum arkadaşım, çalışmasını yazmadığı, dil sınavına girmediği, başvurusu da olmadığı halde, kadrosuz kalmayıp bir yıl kadar sonra ona verilsin diye “konserve” yapıldı. Ancak, unutamayacağım diğer bir hocam, tamamen tepkisiz kalarak, kadro konserve edildikten sonra çıkartılmak zorunda kalındı ve bana verildi. Profesörler Kurulu'nun onayı gerekiyordu. 1979 1 Şubat'ında başlayan İran İslam Devrimi hareketine gitgide kötü gözle bakılmaya başlanmıştı. Bu ruhi hal ve ustaca kullananlar sayesinde, İÜHF tarihinde “misli görülmemiş bir menfi oy” sayısıyla, ağır yaralı olarak kadronun bana verilmesi gerçekleşti. Ne var ki iş bitmemişti. 1980'de 12 Eylül askeri yönetimi geldi. Kasım 1980'de çocuk hastalıkları profesörü ağabeyimi kaybettik. Bu ölüm, 1981 Mart'ında Humboldt bursuyla gittiğim Almanya Münih'de, özellikle yalnız kış gecelerinde çok acı çekmeme sebep olacaktı. Ne var ki bu ölümün üniversitede sebep olduğu üzüntünün etkisiyle, Profesörler Kurulu'nun kararından sonra senato kararından tamamen ümitsiz olduğum halde senatodan hayret verici bir karar çıktı: Profesörlüğüm oybirliği ile kabul edilmişti. Aynı gün bir sevindirici haber daha aldım. Almanya'da Hamburg'da tanıdığım Frau Dr. H. Wurm, ben tamamen ümitsiz olduğum halde ısrar ve inatla Alexander v. Humboldt bursuna başvurmamı sağlamıştı. Acı içinde iken bu haberi aldım. Merhum hocam Prof. Dr. Aydın Aybay SBF'ye geçmiş ve beni Eşya Hukuku dersi vermeye davet etmişti. Bu kez, bana düşen kısımları son gece ancak tamamladığım Eşya Hukuku kitabı için çalışmaya koyuldum.



Nihayet Mart başında Almanya'ya, Göttingen'e "sefer" ettim. Askeri idare dolayısıyla, profesörlükten ümidimi tamamen kesmiştim ve unutmuşum. 30 Nisan 1981 günü, Evren Paşa ve diğer üyelerin imzasından çıkarak Resmi Gazete'de yayımlandığı müjdesini aldım. 1983 12 Mayıs'ında da aynı heyetin üniversiteden çıkarılma emrini vereceğini bilemezdim.

Son sözler: 43 yıl sonrasındaki 40 yıla bu yazıda değindim. Ancak, bu 40 yılı da anlatırsam bir bu kadar daha yazmam gerekecek. Kısmet olursa, bir hatıra kitabı yayımlayabilirsem orada bu ikinci 40 yıldan bahsederim.

Sizi sıkılmış olma endişesi ve belki yararlı bulduğunuz bir iki cümle yazmış olmam ümidiyle, size eksiksiz mutluluk ve başarılar diliyorum genç ve müstakbel meslekdaşlarım, sevgiyle Allah'a emanet olun, hoşça kalın!

30.06.2021 / İstanbul