

TEKİRDAĞ NAMIK KEMAL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yıl: 2024 Temmuz Cilt: 5 Sayı: 1



İmtiyaz Sahibi Prof. Dr. Selman KARAKUL Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Editör
Doç. Dr. Gülşah Sinem AYDIN
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editörler
Baş Editör
Dr. Öğr. Üyesi Fatih SERBEST
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Oğuz ERSÖZ
(T.C. Tekirdağ Namık Kemal
Üniversitesi)

Editör Yardımcısı Ar. Gör. Serra Koç

Ar. Gör. Burak Saygılı Ar. Gör. Burak Uzman

Teknik Asistan Abdurrahman ÖZDEMİR

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Selman KARAKUL (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Doç. Dr. Sera Reyhani YÜKSEL (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANRASLAN KARAKUL (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Orhan KUZU (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi M. Cahit GÜNEL (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa KILIÇOĞLU (T.C. Başkent Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Ezgi CANKURT (T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Cemal ŞANLI (T.C. İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil AKKANAT (T.C. Türk-Alman Üniversitesi / İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Halil KALABALIK (T.C. İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi)
Prof. Dr. Arslan KAYA (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (T.C. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi)
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Abdurrahman EREN (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (T.C. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi)
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN (T.C. İbn Haldun Üniversitesi)
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ (T.C. Türk-Alman Üniversitesi)
Prof. Dr. Şafak NARBAY (T.C. Sakarya Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriya KURŞAT (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ (T.C. TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)
Prof. Dr. Fulya ERLÜLE (T.C. Marmara Üniversitesi)
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (T.C. Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi)
Prof. Dr. Naim DEMİREL (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)
Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Zekeriyya ARI (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ (T.C. İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

Doç. Dr. Arzu GENÇ ARIDEMİR (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Doç. Dr. İpek SAĞLAM (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)
Doç. Dr. Birgül SOPACI ÖZTUNA (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (T.C. İstanbul Üniversitesi)
Doç. Dr. Erdal YERDELEN (T.C. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi)
Doç. Dr. Canan YILMAZ (T.C. Marmara Üniversitesi)
Doç. Dr. Hakan ÇEBİ (T.C. Kocaeli Üniversitesi)
Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK (T.C. Bahçeşehir Üniversitesi)
Doç. Dr. Sinan BAYINDIR (T.C. Piri Reis Üniversitesi)
Doç. Dr. Mustafa YASAN (T.C. Sakarya Üniversitesi)
Doç. Dr. Selman KARAKUL (T.C. İstanbul Medipol Üniversitesi)
Doç. Dr. Gülşen GEDİK (T.C. Bursa Uludağ Üniversitesi)
Doç. Dr. Özcan GÜNERGÖK (T.C. Bolu Abant İzzet Baysal Üniversitesi)
Doç. Dr. Ömer BAĞCI (T.C. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi)
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL (T.C. Selçuk Üniversitesi)
Prof. Dr. Mustafa ERKAN (T.C. Marmara Üniversitesi)

İletişim

Web sitesi: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>
E-mail: nkuhukuk@nku.edu.tr
Tel: 0282 252 62 10

Yayına Hazırlayan

Armoni Nüans Görsel Sanatlar ve İlt. Hiz. San. ve Tic. A.Ş.
E-mail: grafik2@armoninuans.com
Tel: 0216 540 36 1

NKUHUKUK YAYIN İLKELERİ

1. T.C. Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NKUHUKUK) yılda iki kez yayınlanan hakemli bir dergidir.
2. Derginin yazı dili Türkçedir. Türkçe dilinin yanı sıra İngilizce ve Almanca dilinde akademik çalışmalar yayımlanmaktadır. Dergiye gönderilen yazının dili ayırt edilmeksizin, yazının Türkçe ve İngilizce başlığının, Türkçe ve İngilizce özetinin (en az 150, en çok 200 kelime) ve her iki dilde beşer anahtar kelimenin, akademik çalışmanın başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir.
3. Dergide çeviri yazı yayımlanabilir. Çevirilerin, yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile çalışma sahibinin izninin birlikte gönderilmesi gerekir.
4. Dergiye gönderilen yazılar daha önce yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere başka bir yayımcıya gönderilmemiş olmalıdır. Gönderilen yazı kabul edildiği andan itibaren yayın haklarının tamamı dergiye ait olur ve derginin izni olmadan yazı başka bir yerde yayımlanamaz.
5. Dergide yayımlanan çalışmaların içeriklerinden yazarları sorumludur. Yayın Kurulunun, çalışmaların içeriklerinden aslen veya müteselsilen hiçbir sorumluluğu bulunmamaktadır.
6. Yazılar, DergiPark aracılığıyla gönderilir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını, e-posta adreslerini ve <https://orcid.org/register> adresi üzerinden alacakları bilimsel araştırmacı numarasını (ORCID bilgisini) "DergiPark" sistemi üzerinden iletmelidirler.
8. Çalışma sahibi, çalışmasındaki yazım hatalarını düzeltip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Dergiye yazı gönderenler 'Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri'ni kabul etmiş sayılırlar. Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması hallerinde yazı Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiğiyle ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da reddine karar verilir. Bu raporlar en kısa sürede yazara gönderilir. Yazar, sadece raporda belirtilen kısımlarda değişiklik yapabilir. Hakem raporlarının biri kabul, diğeri ret ile sonuçlanırsa üçüncü hakem atanabilir ya da üçüncü hakem atanması yoluna gitmeden yayın kurulu ve editörler yazının yayımı hakkında karar verebilir. Çeviriler de aynı doğrultuda hakem değerlendirmesine tabidir.
9. Yayımlanmasına karar verilen yazının sahibi/sahipleri tüm telif haklarını dergiye devrettiğini kabul ederler. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.
10. Yazının dergiye gönderilmesinden itibaren derginin çıkacak ilk sayısında yayımlanacak yazıların sayısı ve konu çeşitliliği dikkate alındığında, kabul edilen yazının bir sonraki sayıda yayımlanması hakkı saklıdır. Yayın Kurulu bu hususta takdir yetkisine sahiptir. Yazının bir sonraki sayıda yayımlanması kararı verilirse durum yazara bildirilir.
11. Yayınların resmi internet erişim adresi <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk>

NKUHUKUK YAZIM VE İMLA KURALLARI

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları esas alınmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazı kural olarak dipnotlar dahil 3.000 kelimedenden az olmamalıdır.
3. Çalışmaların, özet ve kaynakça hariç en fazla 10.000 kelime olmalı ve sayfa numaraları sayfanın altında ve ortada yer almalıdır.
4. Yazılar "Microsoft Word" programında, times new roman yazı karakteriyle, ana metin 12 punto ve 1,5 satır aralığı, dipnotları 10 punto ve tek satır aralığı olarak (.doc) veya (.docx) formatıyla hazırlanmalıdır. Dipnotlar sayfa altında gösterilir. Dipnot sayısı metin içinde noktalama işaretlerinden önce konulmalıdır.
5. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı, e-posta adresi ve ORCID bilgisi belirtilmelidir.
6. Yazının giriş ve sonuç bölümlerine başlık numarası verilmemelidir. Metin içerisindeki diğer başlıkların numaralandırılmasında ise izlenmesi gereken sistem şöyledir:

I. KOYU (BOLD) VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KOYU (BOLD) DEĞİL VE SADECE TAMAMI BÜYÜK HARF

1. Koyu (Bold) ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. Koyu (Bold) Değil ve Sadece İlk Harfler Büyük

Dipnot ve kaynakçalarda "The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities" (OSCALA) atıf sistemi benimsenmiştir. Çalışmalarda, sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır. Yazar, dipnot yerine metin içinde yollama yapmayı tercih edemez. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCOLA kaynak sitilinin 4. versiyonu kullanılmalıdır. OSCOLA 4. stili hakkında detaylı bilgi https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf sayfasında almaktadır. Aşağıda farklı nitelikteki kaynakların dipnotlarda atıf olarak yazılış biçimleri örneklerle gösterilmiştir. Derginin bütünlüğü açısından aşağıda belirtilen atıf kurallarına ve örneklere uyulmalıdır. Atıf kuralları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OSCOLA 4th Edition: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/nkuhukuk/atifkurallari>

7. Yazının sonuna "Kaynakça" başlığı eklenmelidir. Kaynakçada çalışmada kullanılan kaynaklar, yazar soyadına göre alfabetik sırayla yazılır. Kaynakça, eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Süreli yayınlarda yer alan eserlerin ilk ve son sayfa numaraları kaynakçada yer almalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadı ardından adının ilk harfine yer verilmeli, adının ilk harfinden sonra da virgül konulmalıdır. Sonrasında eserin adı yazılarak açılan parantez içine kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayın yılı yazılarak parantez kapatılmalıdır. Bulunduğu sayfa/sayfaların numarasına parantezden sonra yer verilmelidir.

Örnekler:

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, Medeni Usûl Hukuku (2nd edn, Yetkin Yayınevi 2019)
Bahtiyar M ve Hamamcıoğlu E, 'Tüketicinin Kıymetli Evrak İle Borçlanması ve Sonuçları'
(2015) 3 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-124
Bedük MN, Deniz İş Sözleşmesi, (1st edn, Ekin Yayınevi, 2012)
Söğütlü Ö, Roma Özel Hukuku, (1st edn, Seçkin Yayınevi, 2020)

NKUHUKUK ATIF KURALLARI

1. Genel Hususlar

- Kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.
- Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa, her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.
- Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.
- İçindekiler kısmına yer verilmemelidir.
- Kısaltmalar cetveline yer verilmemelidir.

2. Öz/Abstract

Yazılarda 150-200 kelimedenden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmelidir.

3. Anahtar Kelimeler / Keywords

- Öz bölümünün altında Türkçe en az 3 en çok 5 anahtar kelime kullanılmalıdır.
- Abstract bölümünün altında İngilizce en az 3 en çok 5 keywords kullanılmalıdır.

4. Genişletilmiş Özet / Extended Summary

Türkçe makalelerde, makaleye yabancı yazarlar tarafından atıf yapılmasını sağlayacak ölçüde, makalede yer verilen bilgi ve görüşlerin derlendiği 700-1000 kelimedenden oluşacak İngilizce dilinde genişletilmiş özet (extended summary) yer almalıdır.

5. Mevzuata Yapılacak Atıf:

- Türk mevzuatına yapılan atıfta kanuna ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Kanunun adı, Kanunun Numarası, Kanunun Kabul Tarihi, Kanunun Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi, S. Resmi Gazete Sayısı.
Örnek: Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG. 14.02.2011, S. 27846
- Yabancı devlet mevzuatına ve AB mevzuatına yapılacak atıflar, OSCOLA'nın 2.4, 2.6.1 ve 2.8.2 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde yapılmalıdır.

6. Kitaplar: Kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, Kitap Adı (Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: [Tek yazarlı kitaplar]

Seda Şehriban Güngör, Türk Hukukunda Bankaların Birleşmesi (2nd edn, On İki Levha Yayınları 2011) 32

Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (6th edn, Vedat Yayınevi 2010) 70

Örnek: [Çok yazarlı kitaplar]

Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk (25th edn, Vedat Kitapçılık 2019) 54

İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, Medenî Usûl Hukuku Dersleri (7th edn, Vedat Kitapçılık 2015) 15

7. Editörlü Kitap: Editörlü kitaplara yapılan atıflarda kitaba ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser (Bölüm) Adı' in Editör(ler) Adı (ed), Kitap Adı (Yayınevi Yılı) Atıf Yapılan Sayfa

Örnek:

Nuri Erişgin ve Zülal Denaux ve Özlem Söğütlü Erişgin, 'Justice or Efficiency: About economic analysis of law' in Marjorie G. Adams ve Abbass Alkhafaji (eds), Business Research Yearbook XIII (Publication of the International Academy of Business Disciplines 2006), 406-410

Fatih Serbest, Eğitim Hakkı' nın '2014 Yılı Hollanda İnsan Hakları Raporu İslamofobi ve Entegrasyon Arasında Azınlıklar' Kadir Canatan, Ahmet Yükleyen ve Fatih Okumuş (eds), (Elma Matbaası 2016) 78

8. Dergi Makaleleri: Makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa

Örnek:

Gülşah Sinem Aydın ve Oğuz Ersöz, 'Akreditif Açtıran ile Akreditif Bankası Arasındaki İlişki' (2019) 19 (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 524

Ezgi Cankurt, 'TCK Bakımından Silah Kavramı' (2016) 2 (4) Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 51, 65

9. Armağan Makaleleri: Armağan makalelere yapılan atıflarda makaleye ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Makale Adı (Yıl) Armağanın Adı, İlk Sayfa Numarası, Atıf Yapılan Sayfa Armağan akademik dergi sayısı olarak çıkmışsa makale adından sonra (Yıl) Cilt (Sayı) eklenir.

Örnek:

Nuray Çelik ve Oğuz Ersöz, 'Kişilerin Organları ve Dokuları Üzerindeki Mülkiyet Hakkı' (2020) Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Vefa Andacı 634, 639

10. Yayınlanmamış Tezler: Yayınlanmamış bir teze atıfta bulunurken esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Tezin Başlığı' ve ardından parantez içinde (Tez türü, üniversite adı ve bitirme yılı).

Örnek:

Fatih Serbest, 'The law applicable to contracts with respect to sale of goods and documentary credits in EU and in the USA' (LLM Thesis, University of Essex, 2007)

11. Elektronik Kaynaklar/Online Dergiler: Elektronik kaynaklara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Yıl) Cilt (Sayı) Dergi Adı <Linki> Erişim Tarihi

Örnek:

Süha Tanrıver, 'Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk' (2006) 1(64) TBB Dergisi 151, 151 <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-64-227>> Erişim Tarihi 16 Ağustos 2020

12. Websiteleri ve Bloglar: Web sitelerine ve bloglara yapılan atıflarda esere ilişkin bilgiler şöyle sıralanmalıdır: Yazar Adı Soyadı, 'Eser Adı' (Web Sitesinin Adı, Eserin Yayın Tarihi) <Linki> Erişim Tarihi

Örnek:

Ahmet Kılıçoğlu, 'Hekimin Hukuksal Sorumluluğu' (1996) 4(1) Türkiye Klinikleri J Med Ethics 9, 9 <<https://www.turkiyeklinikleri.com/article/tr-hekimin-hukuksal-sorumlulugu-44451.html>> Erişim Tarihi 4 Ekim 2020

13. Aynı Esere Birden Fazla Atıf Yapılması: Aynı esere birden fazla atıf yapılması halinde, ilk dipnotta esere yapılan atıf tam olarak yazılırken, sonraki dipnotta ilk dipnota çapraz atıf yapılarak yazarın soyadından sonra ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır. Daha sonraki atıfta ise “ibid” kullanılmalıdır.

Örnek:

Gülçin Çam, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler (1st ed. Seçkin Yayınevi 2019) 42

...

Çam, (n 4) 54

...

ibid 76

14. Aynı Yazarın Birden Fazla Eserine Atıf Yapılması: Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde, sonraki atıf yazarın soyadını ve eserin adını ya da eser adının kısa bir biçimini içermeli, bu esere verilen ilk dipnot numarası “(n ...)” şeklinde yazılmalıdır.

Örnek:

Mutlu Kağıtçıoğlu, Kamu Personel Hukukunda Geçici Personelin Hukuksal Statüsünün Dönüşümü (2019) On İki Levha Yayıncılık, 41

...

Mutlu Kağıtçıoğlu, Para Piyasası Kurumlarına Yönelik Ekonomik Kolluk Faaliyeti (2016) 122

...

Kağıtçıoğlu, ‘Geçici Personel’ (n 4) 68

...

Kağıtçıoğlu, ‘Kolluk Faaliyeti’ (n 5) 42

15. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;

- “accessed” yerine “erişim tarihi”
- “and” yerine “ve”
- “anonymous” yerine “Anonim
- “edited by” yerine “editör”
- “edition” yerine “baskı”
- “filmed” yerine “çekim”
- “in” yerine “iç.”
- “interview by” ifadesi yerine “röportajı yapan”
- “last modified” yerine “son değiştirilme”
- “PhD diss.” yerine “doktora tezi”
- “see” yerine “bkz.”
- “thesis” yerine “tez”
- “trans.” yerine “çev.”
- “translated by” yerine “çeviren”
- “unpublished” yerine “yayımlanmamış” veya “yayınlanmamış”
- “volume/vol.” yerine “Cilt.” ifadeleri kullanılmalıdır.
- Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçe dilinde yazılmış; ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; 8 Mayıs 2019 şeklinde yazılmalıdır.
- Dergi sayısını ifade eden “no.” ifadesi korunmuştur. Keza editörün kısaltılmasını ifade eden “ed.” ifadesi aynen korunmuştur.
- Sayfa sayısının ardından “vd.” kullanılmalıdır. Bunun yerine ilgili sayfa ile arasına boşluk konulmaksızın “ff.” ifadesi konulmamalıdır. Eğer “vd.”dan sonra “.” işareti gelecekse nokta kullanılmaz; ancak “;” veya “?” vb. işaret gelecekse bu noktalama işaretleri “vd.”deki noktaya bitişik yazılır.

16. Yargı Kararlarına veya Davalara Atıf: Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır

- Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası, K. karar numarası, tarih [gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
- Türk mahkeme kararları aşağıda yer alan tabloda gösterildiği şekilde kısaltılmalıdır.

Örnekler:

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

AYM, E. 2020/33, K. 2020/16, 25.06.2020

İzmir 2 BAM, E. 2020/4558, K. 2019/3543, 22.05.2019

Dan. 9 D, E. 2010/2247, K. 2011/5111, 25.11.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası)

Yar. 4 HD, E. 2008/1699, K. 2008/13767, 10.11.2008, <<https://legalbank.net/belge/y-4-hd-e-2008-1699-k-2008-13767-t-10-11-2008-noterin-kusursuz-sorumluluguna-dayali-tazminat-talebi/820621/>>

Yar. HGK, E. 2014/566, K. 2015/1339, 13.5.2015

<<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/hukuk-genel-kurulu-e-2014-566-k-2015-1339-t-13-5-2015>>

Rekabet Kurulu, 20-37/524-232, 13.08.2020, -

<<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=21be2d4b-28f0-4f92-b6fd-1d6ea2161f75>>

- Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 21.10.2020, S. 31281
- Yabancı mahkeme kararlarına OSCOLA'nın 2.1 ile 2.3 numaralı bölümlerinde gösterildiği şekilde, Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararlarına ise OSCOLA'nın 2.6.2 bölümünde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına aşağıda yer alan örneklerde gösterildiği şekilde atıf yapılmalıdır:

Örnekler:

Johnston v Ireland (1986) Series A no 122

Osman v UK ECHR 1998-VIII 3124

Balogh v Hungary App no 47940/99 (ECtHR, 20 July 2004)

Omojudi v UK (2009) 51 EHRR 10.



NKUHUKUK İNTİHAL POLİTİKASI

Dergiye yayınlanmak üzere gönderilen eserler, ön inceleme aşamasında intihal açısından değerlendirilmektedir. Benzerlik raporu %20'den daha fazla olan eserler editör kurulu tarafından reddedilmektedir. Benzerlik raporu intihal.net, turnitin.com, ithenticate.com veya urkund.com adreslerinden alınmaktadır. Kaynakça ve tırnak içinde gösterilen ifadeler benzerlik oranının hesabında dikkate alınmamaktadır.

EDİTÖRLER KURULUNDAN

Değerli Okuyucular,

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin beşinci cildinin Temmuz 2024 sayısını sizlerle buluşturmanın heyecanını ve sevincini yaşıyoruz. Sizlerin katkısı ile yayına çıktığı ilk günden bugüne kadar istikrarlı bir şekilde yayın hayatına devam etmesi ve TR Dizin denetimlerine tabi olmasının haklı gururunu yaşıyoruz.

Yakın zamanda göreve başlayan dekanımız Prof. Dr. Selman Karakul'u yeni görevinden dolayı tebrik ediyor, şimdiden fakültemize olacak katkıları için teşekkür ediyoruz. Aynı zamanda Doç. Dr. Sera Reyhani Yüksel ve editör kurulunda dergimiz için katkı sunmaya devam eden editörlerimizden Dr. Öğretim Üyesi Oğuz Ersöz'ün dekan yardımcılığı görevlerini de tebrik ediyoruz.

Bu sayımızda, hukukun çeşitli dallarına ilişkin olarak hazırlanmış birbirinden değerli farklı konulara ilişkin 6 makale yer almaktadır.

Dergimize değerli çalışmalarını gönderen tüm yazarlarımıza ve Dergimizde yer alan çalışmalara hiçbir karşılık beklemezsizin yaptıkları özverili değerlendirmeleri ile desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hakemlerimize ve dergimizin yayına hazırlanmasında emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza teşekkür eder ve Dergimizin siz okuyucularımız için faydalı olmasını dileriz.

Editörler Kuru Adına

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Fatih SERBEST

İÇİNDEKİLER

- İl Çevre Durum Raporlarında Şikâyet Ve İdari Yaptırım Verilerinin Türkiye'deki Çevre Algısı Bağlamında İncelenmesi***.....1-39
Dr. Öğr. Üyesi Neyire Akpınarlı
- Güncel Yargıtay Kararları Çerçevesinde Hatır Senetleri: Hatır Def'i Ve Bedel (Malen/Nakden) Kaydı***.....41-67
Furkan Şahin - Doç. Dr. Fatih Buğra Erdem
- İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçunun Gelişimi: Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesinin Farklı Etkileri***69-124
Dr. Öğr. Gör. Yener Yıldırımkal
- Liberal Nötrlük, Farklılıklar Ve Hukuk***125-149
Dr. Fatma İrem Çağlar Gürgey
- HAGB'nin Bazı Ülkelerdeki Örnekleri Ve 8. Yargı Paketine Kadar Türkiye'de HAGB Kurumunun Evrimi***.....151-164
Dr. Öğr. Üyesi Çağatay Çınar
- Hukukta İyinin ve Kötünün Kaynağı Nedir?***165-188
Berat Kumsel

CONTENTS

- An Analysis of Complaint and Administrative Sanction Data in Provincial Environmental Status Reports in The Context of Environmental Perception in Turkey*.....1-39**
Asst. Prof. Neyire Akpınarlı
- Within The Scope of Current Supreme Court Decisions Accommodation Bills: Accommodation Plea and Consideration (In Goods/In Cash) Proviso*41-67**
Furkan Şahin - Assoc. Prof. Dr. Fatih Buğra Erdem
- The Development Of Crimes Against Humanity And The Crime Of Genocide: Different Effects Of The Nuremberg International Military Tribunal*.....69-124**
Dr. Yener Yıldırımkal
- Liberal Neutrality, Differences And Law*125-149**
Dr. Fatma İrem Çağlar Gürgey
- Examples Of Deferment of The Announcement of The Verdict (DAV) Institution in Some Countries and The Evolution of The DAV Institution in Turkey Until The 8th Judicial Package*.....151-164**
Asst. Prof. Çağatay Çınar
- What is The Source of Good and Evil in Law?*.....165-188**
Berat Kumsel



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İL ÇEVRE DURUM RAPORLARINDA ŞİKÂYET VE İDARİ YAPTIRIM VERİLERİNİN TÜRKİYE'DEKİ ÇEVRE ALGISI BAĞLAMINDA İNCELENMESİ

*Dr. Öğr. Üyesi Neyire AKPINARLI **

ÖZ

Bu çalışma, 2012-2022 yılları arasında 81 İl bağlamında İl Çevre Durum Raporlarında (İÇDR) yer alan şikâyet ve idari yaptırımlara ilişkin sayısal verilerin nicel ve nitel olarak incelenmesini konu almıştır. Çalışmanın amacı şikâyet ve yaptırım verileri aracılığı ile vatandaşların ve idarenin çevre algısına dair veri elde edilmesidir. Raporlarda, şikâyet verileri 'Hava', 'Su', 'Toprak', 'Atık', 'Kimyasallar', 'Gürültü' ve 'Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED)' başlıkları altında yedi başlık; yaptırım verileri ise bu başlıklara ek olarak 'Diğer' başlığı ile toplam 8 başlık altında verilmiştir. Makalede önce, araştırmanın hukuksal çerçevesi, evreni ve örneklemini ortaya konulmuştur. Daha sonra da elde edilen veriler; Türkiye genelinde ve coğrafi bölgeler bazında incelenmiştir. Elde edilen veriler hem şikâyet ve yaptırım olarak ayrı ayrı hem de bunların korelasyonu şeklinde grafiklere dönüştürülerek analiz edilmiştir. Çalışmanın en önemli sınırlılığı İl Çevre Durum Raporlarında sağlıklı veri girişinin olmamasıdır. Buna karşın şikâyet ve yaptırım sayısal verileri idare ve vatandaşın çevre algısına dair önemli bilgiler sunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İl Çevre Durum Raporları, Türkiye'de Çevre Algısı, Uluslararası Çevre Hukuku, Şikâyetler, İdari Yaptırımlar, Çevre Hakkı

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, neyire.akpinarli@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0793-9216

AN ANALYSIS OF COMPLAINT AND ADMINISTRATIVE SANCTION DATA IN PROVINCIAL ENVIRONMENTAL STATUS REPORTS IN THE CONTEXT OF ENVIRONMENTAL PERCEPTION IN TURKEY

*Dr. Öğr. Üyesi Neyire AKPINARLI***

ABSTRACT

This study is about the quantitative and qualitative examination of numerical data regarding complaints and administrative sanctions in the Environmental Situation Reports in 81 provinces between 2012 and 2022. The aim of the study is to obtain data on the environmental perception of citizens and the Administration through complaint and sanction data. The complaint data included in the reports consists of seven topics under the headings 'air', 'water', 'soil', 'waste', 'chemicals', 'noise' and 'EIA'. The subject headings of the sanction consist of a total of 8 subject headings, including the 'Other' heading in addition to the complaint subject heading. The data obtained were analyzed both separately as complaints and sanctions and as their correlation. In the article, first the legal framework, universe and sample of the research are presented. Then, the obtained data were examined on the basis of Türkiye, geographical regions and complaint and sanction topics. The study consisted of examining the obtained data by converting them into numerical and graphical data. The most important limitation of the study is that the information in the Provincial Environmental Status Reports was not entered accurately. On the other hand, complaint and sanction numerical data provide important information about the administration and citizens' perception of the environment

Anahtar Kelimeler: Provincial Environmental Status Reports, Environmental Perception in Turkey, International Environmental Law, Complaints, Administrative Sanctions, Environmental Rights

* Assistant Professor of Law, Ankara Social Sciences University Faculty of Law, neyire.akpinarli@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-0793-9216

Extended Summary

Article 56 of the 1982 Constitution, which contains the regulation regarding the environment, includes the right to live in a healthy environment, as well as the obligations of citizens and the administration to protect the environment. In fulfilling these obligations, citizens' right to information and complaint, and the audit of the administration both upon citizens' complaints or on their own, and to impose sanctions after these audits, emerge as important elements. Provincial Environmental Situation Reports (PESR) have started to be published since 2012 to inform the public about environmental issues. In Section G, titled "Environmental Inspections and Administrative Sanctions", numerical data is included as a table about citizens' environmental complaints and administrative sanctions.

This study examined the complaint and sanction data in the PESR prepared in the context of 81 provinces between 2012 and 2022. The aim of the study was to obtain data on the environmental perception of citizens and administration in Turkey. Complaint data in the reports consists of 7 topics: 'Air', 'Water', 'Soil', 'Waste', 'Chemicals', 'Noise' and 'EIA (Environmental Impact Assessment)'. Sanctions data consists of a total of 8 subject headings, including the 'Other' heading in addition to these headings. Within the scope of the research, a total of 6090 data under the complaint heading; A total of 6960 data were evaluated under the heading of sanctions. In total, 13050 data were subject to analysis. The data obtained are both complaint and sanction data separately; as well as correlations between complaints and sanctions. The analysis was carried out by converting numerical data into graphics. In these examinations, the Constitution, Administrative law, Environmental Law, and international environmental law texts were taken as criteria.

The research revealed the following facts. A broad ecologically based definition of environment has been made in the Environmental Law No. 2872. Considering the complaints and sanctions issues in the Provincial Environmental Status Report Preparation Guide, it is seen that the administration is determined within the framework of a human-centered and narrow definition of environment, contrary to the definition of environment in the Environmental Law.

Another very important consequence of this reality is that the administration sees the citizen as an actor in the environmental context only in the above-mentioned issues. As a result, considering that the Administration is the power responsible for the execution of the laws, the broad definition of environment in the Environmental Law remains dysfunctional.

One of the important outcomes of the research is that although the Environmental Status Reports are an official document, the Administration is not careful about entering the information accurately. The fact that 1/3 of the data is not entered in the desired format is the concrete manifestation of this reality. Environmental information is very important for the citizen to be an actor in protecting the environment within the context of Article 56 of the Constitution. The fact that this information is not entered correctly can be interpreted as the administration not seeing citizens as actors in solving environmental problems. It must be mentioned that the reports were kept more regularly in the following years.

When the data not entered in the context of subjects are examined, the fact that 'Chemicals' and 'Soil' data come first is also an important data in the context of the narrowness of the Administration's perception of the environment.

When the data are examined as a whole, it is possible to make the following two determinations. First, the total number of complaints is more than 4 times the total number of sanctions. It is possible to say that the number of sanctions is stuck within a certain number range. The second data is that it is possible to say that the sensitivity of citizens has increased due to significant increases over the years in the context of the number of complaints. It is possible to say that despite the environmental awareness on the part of the citizens, administrative sanction data remains stuck within a certain range and does not increase despite complaints.

Another important data obtained in the reports in this context is that the environmental perception of the citizens and the Administration is narrower than the environmental elements outlined in the Reports. The most concrete manifestation of this is the data in the context of 'Chemicals' and 'Soil' topics. When the complaint data is examined, it is observed that citizens mostly complain about issues that directly affect their lives. These are 'Air', 'Waste', 'Water' and 'Noise'. In the citizen's perception of the environment, the environment is, in the narrow sense, the region where the citizen directly lives. The issues she/he complains about are issues that directly affect her/ his private life. Therefore, the source of the complaint is not the

sensitivity towards the environment itself, but the environmental facts that reduce the quality of life. It seems that the administration's very limited application of administrative sanctions, even on the most complained issues, appears to be a conscious choice of the administration.

Another issue observed in the analysis of complaint and sanction data is that the issues and numbers of complaints and sanctions are shaped within the framework of the geographical, economic, and cultural realities of the regions. It is possible to see this fact that there are more complaints under the heading of 'water' in the coastal regions, under the heading of 'noise' in the Mediterranean, which is a tourism region, and under the headings of 'air', 'waste' and 'chemicals' in the Marmara Region. Again, the fact that the data under the heading 'Soil' in the Eastern Anatolia and Southeastern Anatolia Regions are close to the data in other regions is a concrete manifestation of this.

The subject where complaint and sanction data are generally closest to each other is EIA. Regional variability in complaint data can be explained by many reasons such as the relationship between education level and environmental awareness, and the variability in environmental perception within the context of regions. The most important data obtained in the regional-based analysis is that the number of complaints increases at high rates when moving from the east to the west of the country.

The most important result of the study is that the administration is far behind in terms of the number of complaints regarding sanctions, regardless of the subject and regardless of the region. This situation is seen much more concretely in the regional-based analysis. This is a concrete indicator of the state's prioritization of the economy over the environment.

GİRİŞ

Modern uluslararası çevre hukuku, 1972 yılında Stockholm’de gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı’ndan bugüne yarım asırlık bir geçmişe sahiptir¹. Bu zaman diliminde çevresel sorunların dönemsel farklı boyutları bağlamında birçok uluslararası metin imzalanarak uygulamaya konulmuş; uluslararası, bölgesel ve ülkesel çeşitli mekanizmalar ortaya çıkmıştır². Gerçekleştirilen konferansların ardından ortaya çıkan bildirimler ve sözleşmeler bugünkü uluslararası çevre Hukuku’nun çerçevesini oluşturmaktadır³.

Uluslararası Çevre Hukuku’nun, yarım yüzyıllık geçmişine karşın, günümüz itibari ile belli parametreler arasında sıkıştığını söylemek mümkündür. Bu parametrelerden birincisi, çevre hareketinin ortaya çıktığı ilk günden bugüne Uluslararası Çevre Hukuku’nun şekillenmesinde önemli rol oynayan çevre olgusuna dair insan merkezci yaklaşımdır⁴. İnsan merkezci yaklaşımda; insan üstün korunan değer olarak kabul edilmekte fakat bu değer korunmasında insan dışındaki canlı ve cansız varlıkların korunmasının da önemli rol oynadığı belirtilmektedir⁵.

Çevre bağlamında ikinci paradigma, çevreye dair felsefi yaklaşımın da çerçevesini belirlemekte olan ekonomik kalkınma ve çevre ilişkisidir⁶. Bu ilişkiyi çevre ile ilgili bütün

¹ Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı Raporu, Stockholm, 5-16 Haziran 1972, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/nl7/300/05/pdf/nl730005.pdf?token=CNiFVGJvtHkq6gKXh&fe=true>, E.T. 19.05.2024. Peter H. Sand, ‘Introduction’, The History and Origin of International Environmental Law, Sand P.H (Ed.) (1. Baskı, Edward Elgar Publishing Ltd. 2015), XIII-XXI

² Nüket Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku, (3. Baskı, İmaj Yayınevi 2017) 39-52; Ahmet Güneş, Çevre Hukuku (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019), 326-334

³ Güneş (n 2) 325 vd. Sand (n 1) XV-XXI

⁴ Çevreye dair yaklaşımlar, insanı temel değer alan benmerkezci ve insan merkezci yaklaşımlar ile tüm varlıkları korunan değer olarak kabul eden ekolojik yaklaşım olmak üzere üç grupta değerlendirilmektedir. Bknz. Helen Kopnina, Haydn Washington, Bron Taylor ve John J Piccolo, ‘Anthropocentrism: More than Just a Misunderstood Problem’ (2018) 31 (1) Journal of Agricultural and Environmental Ethics, 109-127; Robyn Eckersley, Environmentalism and Political Theory Toward An Ecocentric Approach (1. Baskı, UCL Press 1992), 26-33. Güneş (n 2) 30-31; Turgut (n 2) 35-36

⁵ Kopnina, Washington, Taylor ve Piccolo (n 4) 123; Turgut (n 2) 37. Nüket Turgut, benmerkezci yaklaşımın geçerliliğini yitirdiğini, ekolojik temelli yaklaşımın ise yok olmak tehlikesi ile karşı karşıya kalan türlerin korunması bağlamında dikkate alındığını belirtmektedir.

⁶ İbrahim Ö. Kaboğlu, ‘Çevre Hakkı Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)’ (1988) (10-11), İnsan Hakları Yıllığı 111,137; Kemal Yaman ve Gökhan Muşmul, ‘Çevre ve Ekonomi İlişkisi Üzerine Genel Bir Değerlendirme’ (2018) 2(1) Ekonomi İşletme ve Yönetim Dergisi, 66-86. 1987 tarihli Çevre ve Kalkınma Konusunda Dünya Komisyonu Raporu bu ilişkiyi temel konu almıştır. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, E.T. 15.04.2024. Turgut (n 2) 37. Meryem Yılmaz, ‘Çevre Hakkı ve Ekonomik Yarar Dikotomisi Üzerine Bir Değerlendirme’ (2021) 7(1), Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi, 1-19; Mustafa Saatçi ve Yasemin Dumrul, ‘Çevre Kirliliği ve Ekonomik Büyüme İlişkisi: Çevresel Kuznets Eğrisinin Türk Ekonomisi İçin Yapısal Kırımlı Eş-Bütünleşme Yöntemiyle Tahmini’ (2015) (37) Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi,

uluslararası konferanslarda ve onların çıktılarında somut olarak görmek mümkündür⁷. Uluslararası Çevre Hukuku'nun yarım yüzyıllık geçmişine karşın bugün itibariyle çevre, ancak ekonomik kalkınmanın gölgesinde ve onun izin verdiği ölçüde korunan bir değer olmaktadır⁸. Ekonomi ve çevre ikileminde 1972 yılından bugüne gözlemlenen temel husus, Uluslararası Çevre Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan sürdürülebilir kalkınma ilkesinin ekonomi ve çevre ikileminde sorun çözme saikiyle ileri sürülen bir konsept olmasıdır⁹.

Yukarıdaki iki parametre üçüncü parametre olan çevre ile insan hakları ilişkisini de belirlemektedir. Çevre hakkı, literatürde insan hakları bağlamında III. Kuşak olarak tanımlanan dayanışma hakları içerisinde kabul edilmektedir. Hakkın sahibi, diğer dayanışma haklarında olduğu gibi aynı zamanda hakkın yükümlüsüdür¹⁰. İnsan hakları hukuku literatüründe çevre hakkının dayanışma hakları içerisinde değerlendirilmesi ve dolayısıyla kolektif hak olarak tanımlanmış olmasına karşın uluslararası çevre hukukunda çevre hakkı farklı kurgulanmıştır. Uluslararası Çevre Hukuku'nun ilk bildirgesi olarak kabul edilen 1972 Stockholm Bildirgesi'nden bugüne şekillenen bu kurgunun birinci ayağı çevre hakkının insan merkezli yaklaşım temelinde tanımlanmasıdır. Bildirgenin ortaya çıktığı konferansın adının "Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı" olması da bu gerçekliğin somut görünümüdür. Konferansta kabul edilen Bildirge'nin ilk ilkesinde çevre, insan merkezli yaklaşım temelli tanımlanmış ve yaşam hakkı ile ilintilendirilmiştir¹¹.

65-86; Ümit Güveyi, '1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili' (2018) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmalar Dergisi, 642-645

⁷ 1992 yılında Birleşmiş Milletler tarafından gerçekleştirilen Rio Konferansı'nda kalkınma politikaları doğrudan sürdürülebilir kalkınma ile ilintilendirilmiştir. 2002 yılında ise Johannesburg Zirvesi'nde benzer durumu küreselleşme bağlamında görmek mümkündür. Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansı Raporu, Rio de Janeiro, 3-14 Haziran 1992, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n92/836/55/pdf/n9283655.pdf?token=v1RM9gDYWMJPNc3WB2>, E. T. 18.05.2024; Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi Raporu, 26 Ağustos-4 Eylül 2022, <https://unstats.un.org/sdgs/report/2022/The-Sustainable-Development-Goals-Report-2022.pdf>; Yılmaz (n 6)13-17; Güneş (n 2) 45-47

⁸ Recep Ulucak ve Ekrem Erdem, 'Çevre- İktisat İlişkisi ve Türkiye'de Çevre Politikalarının Etkinliği' (2014) 4(6) Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 78-98

⁹ Bu konuda temel belge 1987 yılına ait Çevre ve Kalkınma Konusunda Dünya Komisyonu Raporu'dur. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>, E.T. 15.04.2024, Berdal Aral, Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar (1. Baskı, Siyasal Kitabevi 2010) 231; Ioan Ianos1, Daniel Peptenatu ve Daniela Zamfir 'Respect For Environment And Sustainable Development' 2009 4 (1) Carpathian Journal Of Earth And Environmental Sciences, 82 – 86; Güneş (n 2) 44-46, 143

¹⁰ Selim Kılıç, 'Çevre Hakkının Gelişim Sürecinde İnsan Haklarının Rolü' (2012) (30) İnsan Hakları Yıllığı 30-31; Güneş (n 2) 146; Aral (n 10) 223-262

¹¹1972 Stockholm Birleşmiş Milletler İnsan Çevresi Konferansı Bildirgesi (n 1), 4; Yılmaz (n 6) 5

Çevre hukuku ile ilgili daha sonra ortaya çıkan uluslararası belgelerde de bu yaklaşım tekrarlanmıştır¹². Söz konusu düzenleme, bugün birçok anayasada “sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama hakkı” olarak ya da benzer bir ifade şekli ile karşılık bulmuştur¹³. Uluslararası çevre hukuku metinlerinde görülen bir başka özellik çevre hakkının bireysel bir hak olarak düzenlenmiş olması ve kolektif hak boyutunun görmezden gelinmesidir¹⁴. Bireysel haklardan tek farkı ise sürdürülebilirlik ilkesinden kaynaklı gelecek kuşakların da hakkın sahibi olarak ortaya çıkmasıdır¹⁵. Çevre hukukuna dair belirtilmesi gereken son husus ise bu konudaki düzenlemelerin gerek içeriğinden gerekse uygulanması için gerekli enstrümanların yokluğundan kaynaklı yumuşak hukuk düzeyinde kalmış olmasıdır¹⁶.

Çevre hususu, Türkiye tarihinde anayasal koruma altına ilk kez 1982 Anayasası ile alınmıştır. Bir yıl sonra 09.08.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten itibaren de devletin çevreye dair faaliyetleri ve idari yapılanması, bazen bir başka bakanlık ile aynı idari teşkilat altında bazen de bağımsız bir bakanlık olarak gerçekleştirilmiştir¹⁷.

Çevre ile ilgili düzenlemeyi içeren Anayasa'nın 56. maddesi hem sağlıklı çevrede yaşama hakkını hem de vatandaşların ve idarenin çevreyi koruma sorumluluğunu düzenlemiştir¹⁸. Bu sorumluluğun yerine getirilmesinde vatandaşların bilgi edinme ve şikâyet etme hakkı; idarenin ise gerek vatandaşların şikâyeti üzerine gerekse kendiliğinden denetim gerçekleştirmesi ve bu denetimler sonrası yaptırım uygulaması önemli unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır¹⁹.

Çevre konuları hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesi amacıyla 2012 yılından itibaren her yıl İl Çevre Müdürlükleri tarafından hazırlanan İl Çevre Durum Raporları (İÇDR) ilgili bakanlık tarafından yayımlanmaya başlamıştır. Çok geniş içeriğe sahip olan

¹² 1982 Birleşmiş Milletler Dünya Doğa Şartı, <https://digitallibrary.un.org/record/36961?ln=es>, E.T. 17.05.2024; Yılmaz (n 6) 6

¹³ Güneş (n 2) 142; Aral (n 10), 244, 245. Örnek olarak bkz. Türkiye Anayasası madde 56; Yılmaz (n 6) 6

¹⁴ Sumudu Atapattu, ‘The Right To A Healthy Life Or The Right To Die Polluted: The Emergence Of A Human Right To A Healthy Environment Under International Law’ (2002) (16) Tul. Envtl. LJ 81, 110

¹⁵ Edith Brown Weiss, ‘Our Rights And Obligations To Future Generations For The Environment’ (1990) 84 (1) American Journal of International Law, 198-207

¹⁶ Pierre-Marie Dupuy, ‘Soft Law and the International Law of the Environment’ (1990) 12(2) Michigan Journal of International Law, 431-434; Güneş (n 2) 356-357

¹⁷ Ahmet Güneş, ‘Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme’ (2012) 70 (1) İÜHFD 105; Cary Coglianese, ‘Environmental Soft Law As A Governance Strategy’ (2020) (61) Jurimetrics, 20, 45,49; Aral (n 10) 263

¹⁸ Bu nedenle madde 56 “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlığı altında yer almıştır.

¹⁹ Turgut (n 2), 88, 89; Süheyla Suzan Gökalp, ‘Çevre Sorunları, Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu’ (2022) 17(38) Memleket Siyaset Yönetim, 267-300

İÇDR'lerde, "Çevre Denetimleri ve İdari Yaptırım Uygulamaları" başlığı altında G. Bölümünde vatandaşların şikâyetleri ve idarenin yaptırımları hakkında sayısal ve grafiksel verilere yer verilmiştir.

Bu çalışma, 2012-2022 yılları arasında 81 İl bağlamında hazırlanmış olan İÇDR'lerde sayısal tablo olarak yer alan şikâyet ve yaptırım verileri üzerinden Türkiye'de vatandaşların ve idarenin çevre algısına dair veri elde etmek amacı ile gerçekleştirilmiştir. Çalışmanın ilk bölümünde; araştırma sorusu bağlamında çalışmanın hukuksal çerçevesi, çalışmanın kapsamı, sınırlılığı ve verilerin analizinde dikkate alınan kriterler sunulacaktır. Diğer üç bölümde, şikâyet ve yaptırım verileri Türkiye ve coğrafi bölge temelinde vatandaşın ve idarenin çevre algısına dair veri sunacak şekilde belli başlıklar altında incelenecektir. Son olarak veri ve analizlerin ortaya koyduğu bilgiler ışığında vatandaşın ve idarenin algısına dair değerlendirmeler yapılacaktır²⁰.

I. ÇALIŞMANIN HUKUKSAL ÇERÇEVESİ, EVRENİ VE ÖRNEKLEMİ

Çalışmanın hukuksal çerçevesini iç hukukta çevre algısı ve çevre hakkının içeriği oluşturmaktadır. Çalışmanın şekli kaynağı ise 2012-2022 yılları arasında 81 İl Çevre Müdürlüğü tarafından hazırlanmış olan İl Çevre Durum Raporları ve Bakanlık tarafından hazırlanmış olan İÇDR Hazırlama Rehberi'dir. İlk bölümde iç hukukta çevreye dair yaklaşım ve çevre hakkının genel çerçevesi çizilecektir. Ardından çalışmada temel kaynak olan İÇDR'lerin amacı, içeriği ve hukuksal niteliği özetlenecek, çalışmanın konusu, kapsamı, sınırı ve sınırlılığı ortaya konulacaktır.

A. TÜRKİYE'DEKİ HUKUK SİSTEMİNDE ÇEVRE OLGUSU VE ÇEVRE HAKKI

1982 Anayasası'nda yukarıda da belirtildiği üzere sadece 56. maddede çevre ile ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddede çevre tanımına yer verilmemiştir. Buna karşın 09.08.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde çevre tanımına yer verilmiştir. İlgili maddede çevre "*canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam*" olarak tanımlanmıştır. Söz konusu bu tanım; insan yerine canlı

²⁰ Araştırmanın verileri Bilgi Belge Yöneticisi Öznur Özgür ve Neyire Akpınarlı tarafından toplanmıştır. Verilerin toplanmasında ASBU Hukuk Fakültesi 2022-2023 Öğretim yılı 2. Sınıf öğrencileri Hüseyin Batuhan ve Semanur Pak katkı sunmuştur. Başta Öznur Özgür olmak üzere Hüseyin Batuhan ve Semanur Pak'a katkıları için minnettarız.

ifadesinin kullanılması ve çevreyi doğanın bütün unsurları ile tanımlamasından dolayı ekolojik yaklaşım temelli bir tanımdır. Diğer taraftan Çevre Kanunu, çevreyi sadece doğa ile değil; sosyal, ekonomik ve kültürel unsurlar ile tanımlamış olmasından kaynaklı da geniş bir çevre tanımına yer vermiştir²¹.

Çevre hakkının kapsamına dair ise şu tespitler yapılabilir: Anayasa’da çevre ile ilgili düzenlemenin yer aldığı 56. madde, Anayasa’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde düzenlenmiştir. Düzenlemenin anayasada yer aldığı bölüm ve düzenlemenin içeriği çevreye dair felsefi yaklaşım ve çevre-insan hakları ilişkisine dair önemli bilgiler vermektedir.

İlgili maddenin “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde düzenlenmiş olması öncelikle devletin bu haklar bağlamında yükümlülüğünün pozitif haklar çerçevesinde şekillendiğini somut olarak göstermektedir. Yani devletin dokunmama yükümlülüğü yerine eylemde bulunma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.²² Aynı bölümde yer alan “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırları” başlıklı 65. maddesinde ise “*Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir*” denilmiştir. Burada “önceliklerin gözetilmesi” ve “mali kaynakların yeterliliği ölçüsü” iki önemli ifadedir. Bu ifadeler bir taraftan devletin pozitif eylemde bulunma yükümlülüğünün sınırını belirlerken diğer taraftan ekonomi ve çevre ikilemi bağlamında devletin ekonomiyi öncelemesinin anayasal dayanağını sunmaktadır²³.

Anayasa’nın 56. maddesinin 1.fikrasında “*Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir*” düzenlemesi ise hem çevre olgusu hem de çevre hakkı ile şu bilgileri iletmektedir. Öncelikle çevre hakkı “sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı” olarak düzenlenmiş olmasından kaynaklı bağımsız bir hak olarak değil, yaşama hakkı ile ilintili olarak düzenlenmiştir²⁴. Ayrıca hem Anayasa’nın bireysel hak kurgusu hem de ilgili düzenlemede “herkes” ifadesinden kaynaklı sağlık ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının

²¹ Kılıç (n 11) 23; Güneş (n 2) 22; Turgut (n 2) 60

²² Veynel Dinler “Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı’ Açısından İdarenin Sorumluluğu’ (2008) 1(1) Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 3-9

²³ Güveyi (n 6) 648-649

²⁴ Yaşamak hakkının klasik temel hak ve özgürlükler kapsamında olması ve negatif haklar çerçevesinde düzenlenmesi gerçekliğinde çevre ilgili yaşam hakkının nasıl değerlendirilmesi gerektiği önemli bir sorudur ancak çalışmanın kapsamı dışındadır. Neyire Akpınarlı, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Dünyadaki İz Düşümü (1.Baskı, Adalet Yayınevi, 2023) 47, 48

bireysel hak boyutunda kaldığı da belirtilmelidir. Çevre tanımı Anayasa’da yer almadığı Anayasa’dan yola çıkarak çevrenin kapsamına dair veri elde etmek mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği üzere Çevre Kanunu’nda yer alan tanımdan kaynaklı ilk etapta çevre hakkı bağlamında geniş bir çevre olgusundan teorik olarak bahsedilebilir.

Anayasa’nın 56. maddesinin 2. fıkrasında ise “*çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek*” hem devletin hem de vatandaşın ödevi olarak tanımlanmıştır²⁵. Bireyin hakkını kullanması diğer taraftan yükümlülüğünü yerine getirmesi çevre hukukunda katılım ilkesinin somut görünümüdür. Vatandaşın hakkını kullanması ve yükümlülüğünü yerine getirmesi bağlamında bilgi edinme ve şikâyet hakkı önemli mekanizmalar olarak ortaya çıkmaktadır²⁶. İç hukuk açısından bakıldığında şikâyet ve bilgi edinme hakkı öncelikle anayasal bir hak²⁷ ve Çevre Kanunu’nun 30.maddesinde de her iki hak özel olarak düzenlenmiştir²⁸.

Anayasa’nın 56. maddesi kapsamında devletin çevre ile ilgili olarak üç farklı açıdan sorumluluğu söz konusudur. Birinci sorumluluk; ilgili maddenin 1. fıkrasında yer alan sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının muhatabı olması nedeniyle doğmaktadır. İkinci sorumluluk 2. fıkra gereğince vatandaşın "*çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek*" bağlamında yükümlülüğünden doğan dolaylı bir sorumluluktur. Üçüncü sorumluluk ise 2. fıkra çerçevesinde devletin kendi sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Araştırma konusunun İÇDR’lerde yer alan şikâyet ve idari yaptırım verileri olması nedeniyle, devletin yukarıda dile getirilen sorumlulukları çerçevesinde temel yükümlülüğü bilgi verme, şikâyetleri dikkate alma, re’sen denetim yapma ve gerek şikâyetleri dikkate alma gerekse re’sen denetim yapmasının ardından çevreye verilen zararlardan veya kurallara uyulmamasından kaynaklı yaptırım uygulamasıdır.

İdarenin şikâyetleri dikkate alma yükümlülüğü hem Anayasa’nın 74/2 maddesinde hem yukarıda belirtildiği üzere Çevre Kanunu’nda hem de Bilgi Edinme Kanunu’nda

²⁵ Güneş (n 2) 109

²⁶ Güneş (n 2) 91, 110

²⁷ Anayasa madde 74/1

²⁸ 09. 08.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu madde 30 “Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir. Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyetten zarar gören veya haberdar olan herkes ilgili mercilere başvurarak faaliyetle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını veya faaliyetin durdurulmasını isteyebilir. Herkes, 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu kapsamında çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkına sahiptir.”

düzenlenmiştir²⁹. Diğer taraftan idarenin, kamu düzeninin sağlanması ve kamu hizmetlerin yürütülmesinde denetim ve yaptırım yetkisi söz konusudur³⁰. Çevre olgusunun özgünlüğü bağlamında ise bu yetki çok daha önemli olmaktadır³¹. İdarenin gerek re'sen gerekse şikâyetler üzerine denetim yapması ve ihlalin tespiti durumunda yaptırım uygulaması çevre hukukunda önleme ilkesinin ve önleme ilkesi ile ilintili diğer ilkelerin uygulamaya aktarımında etkin yöntemlerden biridir³². Anayasa'nın 56. maddesi çerçevesinde bu yetkinin aynı zamanda yükümlülük olarak ortaya çıkmasından dolayı Çevre Kanunu'nda çeşitli maddelerde bu konu ayrıca düzenlenmiştir³³.

B. İL ÇEVRE DURUM RAPORLARININ HUKUKSAL NİTELİĞİ

Araştırmaya konu şekli kaynak olan İÇDR, yukarıda da belirtildiği üzere ilk kez 01.05.2003 tarihli ve 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Kanunu'nda yer almıştır³⁴. İlgili kanun 10. maddesinin b fıkrasında Çevresel Etki Değerlendirmesi ve Planlama Genel Müdürlüğü'nün görevleri kapsamında çevre envanteri ve çevre durum raporunun hazırlanması öngörülmüştür. 2011 yılında Bakanlık tarafından İÇDR Hazırlama Rehberi hazırlanmış ve 2012 yılından itibaren de Hazırlama Rehberi'nde öngörülen kriterler çerçevesinde bu raporlar yayımlanmaya başlamıştır³⁵. Cumhurbaşkanlığı sistemine geçildikten sonra ise 10.07.2018 tarihli 1 no'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin "Çevresel Etki Değerlendirmesi, İzin ve Denetim Müdürlüğü" başlıklı 104. maddenin 1/h paragrafında söz konusu Müdürlüğün görev ve yetkileri kapsamında çevre raporlarını hazırlamak yer almıştır³⁶.

²⁹ Çevre Kanunu madde 30. Yasemin Şavran, 'Bilgi Edinme Hakkı ve İdarenin Bilgi Verme Yükümlülüğü' (Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, 2006) 87

³⁰ Elvin Evrim Dalkılıç, 'İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı' (2013) (2) Ankara Barosu Dergisi 108 vd.; Ilgın Özkaya Özlüler, 'İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu' (2015) (1), Ankara Barosu Dergisi 131

³¹ Özkaya Özlüler (n 31) 163 vd.

³² Güneş (n 2) 58, 69. Özkaya Özlüler (n 31)164. İdarenin yaptırım uygulaması önleme ilkesinin yanında kirleten öder ilkesi ile de doğrudan ilintilidir. Bu konuda da Çevre Kanunu madde 28'de özel bir düzenleme söz konusudur.

³³ Çevre Kanunu'nda yaptırımlar ile ilgili olarak 5. Bölümde (madde 20 ve 27 arasındaki düzenlemeler) ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Yine madde 12'de İdarenin denetim yetkisi ayrıca düzenlenmiştir. Güneş (n 2) 51; (Özkaya Özlüler (n 31) 163; Turgut (n 2) 125 vd.

³⁴ 4856 sayılı ve 01.05.2003 tarihli Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun, madde 10/b.

³⁵ 2017 İl Çevre Durum Raporu Hazırlama Rehberi, https://webdosya.csb.gov.tr/db/ced/icerikler/2017_y-l-il_cdr_haz-rlama_rehber-16012018-20180123132808.docx, E.T. 15.05.2024

³⁶ Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında 10.07.2018 tarihli 1 no'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180710-1.pdf>, E.T. 03.03.2024

Çevre Durum Raporu Hazırlama Rehberi'nde, İÇDR'lerin konu olarak kapsamının, bakanlığın ve ilgili kuruluşların il bazında görev alanı kapsamında bulunan alanlarda çevre mevzuatı çerçevesinde yapılan faaliyetler ve elde ettiği veriler olduğu belirtilmiştir. Raporların içeriği ise “hava, su ve su kaynakları, atık, kimyasalların yönetimi, doğa koruma ve biyolojik çeşitlilik, arazi kullanımı, ÇED, çevre izin lisans işlemleri, çevre denetimleri ve idari yaptırım uygulamaları ve çevre eğitimleri” olarak tanımlanmıştır. Rehber'de, İÇDR'lerin amacı olarak da en genel anlamda halkın bilgilendirilmesi olduğu belirtilmiştir³⁷.

İÇDR Hazırlama Rehberi'nde İÇDR'lerin “resmi yayın” ve “resmi kaynak” niteliği taşıdığı açıkça belirtilmiştir³⁸. İdare hukuku açısından, İÇDR'ler yukarıdaki tanım çerçevesinde faaliyet raporunu oluşturmaktadır. Faaliyet raporları hazırlık işlemlerinin bir alt kategorisi olarak icrai olmayan idari işlemler olarak kabul edilmektedir³⁹. Literatürde genel kabul gören görüş, faaliyet raporlarının iptal davasının doğrudan konusu olmadığı yönündedir⁴⁰. Diğer taraftan 22.04.2021 tarihli Kamu İdarelerince Hazırlanacak Stratejik Planlar ve Performans Programları ile Faaliyet Raporlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te⁴¹ faaliyet raporunun kanuna, bu yönetmeliğe, rehberlere ve Başkanlıkça yayımlanan faaliyet raporuna ilişkin diğer düzenlemelere uygun olarak hazırlanması; faaliyet raporunda yer alan bilgilerin doğru, güvenilir, ön yargısız ve tarafsız olması ve faaliyet raporunda yer alan bilgilerin eksiksiz olması, faaliyet sonuçlarını tüm yönleriyle açıklaması gerektiği belirtilmiştir⁴². Aynı yönetmeliğin “Üst Yöneticilerin Sorumluluğu” başlığı altında

³⁷ 2022 İÇDRHR, 1-3

³⁸ 2019 Çevre Durum Raporu Rehberi, i, ii, Amaç olarak şu ifadeye yer verilmiştir: “İl Çevre Durum Raporlamasının amacı, çevrenin mevcut durumuna genel bir bakış açısı sağlayarak mevcut durumun ortaya konulmasını ve böylelikle çevreyle ilgili potansiyel sorunlara erken bir uyarı ve bu sorunların analizini sağlamak, çevre koruma ve sürdürülebilir kalkınma yolundaki hedefler doğrultusunda elde edilen gelişmeleri halkın bilgilendirilmesini sağlamak ve çevresel planlama, değerlendirme ve düzenleme için temel bilgi ve veri sağlamaktır”. https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:64wgPoGzp8EJ:https://webdosya.csb.gov.tr/db/ce/d/icerikler/2019_-l_cevre_durum_raporu_rehber--20200203095048.docx+&cd=2&hl=en&ct=clnk&gl=tr, 1, 4. E.T. 02.01.2024

³⁹ Cemil Kaya, ‘Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler’, (2005), Ankara 2005, IX, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 231, 266. Bige Açımız, ‘İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme’ (2018) 24(2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 538, 542. Açımız, bu işlemleri İdarenin “görünürde” icrai olmayan idari işlemler içerisinde ‘Birel Nitelikli Gösterici İşlemler’ olarak tanımlamıştır.

⁴⁰ Mutlu Kağıtçıoğlu, ‘İdari İşlemin İcrailiği’ 2012 (103) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 281

⁴¹ Cumhurbaşkanlığı, 22.04.2021 tarihli ve 31462 sayılı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Kamu İdarelerince Hazırlanacak Stratejik Planlar ve Performans Programları ile Faaliyet Raporlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/yonetmelikler/kamu-idarelerince-hazirlanacak-stratejik-planlar-ve-performans-programlari-ile-faaliyet-raporlari-2>

⁴² Strateji ve Bütçe Başkanlığı, Kamu İdarelerince Hazırlanacak Stratejik Planlar ve Performans Programları ile Faaliyet Raporlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (n 42) 23/1/a, ç ve e.

6.maddesinin c fıkrasında ise üst yöneticilerin “idari faaliyet raporlarının hazırlanmasından, içeriğinden ve raporlarda yer alan bilgilerin doğruluğundan” sorumlu olduğu belirtilmiştir.

İÇDR’ler çevre hukuku açısından değerlendirildiğinde, Rehber’de yer alan amaçlarından ve konusundan kaynaklı çevresel bilgi sunduğu aşıkardır. Burada temel soru bu raporların çevresel bilgi edinme hakkı bağlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Uluslararası Çevre Hukuku’nun çevresel bilgiyi kendisine konu almış sözleşmesi, kısaca “Aarhus Sözleşmesi” olarak da bilinen Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Sözleşmesi’dir⁴³. Bu sözleşmenin 3. maddesinin a bendi ve 4. maddesi çerçevesinde çevre durum raporları çevresel bilgi kapsamında değerlendirilmektedir. Türkiye bu sözleşmeye taraf değildir. Diğer taraftan 09. 08.1983 tarihli 2872 sayılı Çevre Kanunu’nda “Bilgi edinme ve başvuru hakkı” başlığı altında 30. maddede herkesin çevreye ilişkin bilgilere ulaşma hakkı olduğu belirtilmiştir. Buna karşın aynı maddede çevreye dair bilgi edinme hakkının çerçevesini 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun çizdiği belirtmiştir. Bilgi Edinme Kanunu, bilgi edinme hakkını ilgililerin başvuru durumunda bilgi verilmesi ile sınırlandırıldığı için, Çevre Kanunu çerçevesinde İÇDR, çevresel bilgi edinme kapsamı içerisinde yer almamaktadır⁴⁴.

C. ÇALIŞMANIN KONUSU VE SINIRLILIĞI

Analize konu veriler 81 İl’e ait 2012-2022 yılları arasında yer alan şikâyet ve yaptırımlara dair sayısal tabloda yer alan verileridir. Verilerin derlenmesinde son tarih 30.11.2023’tür. 11 yılda 81 İl bağlamında teorik olarak 891 İÇDR söz konusudur. Buna karşın veri derlemenin sonlandırıldığı 30.11.2023 tarihi itibarı ile 19 İl’de 2022 yılına ait veri girişi yapılmamıştır⁴⁵. Farklı yıllara ait 2 çevre durum raporuna da ulaşılmamıştır⁴⁶. Bu iki durum dikkate alındığında toplam 870 İÇDR söz konusudur. Şikâyetler, 7 konu başlığında (‘Hava’, ‘Su’, ‘Toprak’, ‘Atık’, ‘Kimyasallar’, ‘Gürültü’, ‘ÇED’) verilmiştir. Yaptırımlar ise

⁴³ Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Aarhus Sözleşmesi, https://unfccc.int/documents/45192?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwxqayBhDFARIsAANWRnS-W04ob9G9JHD5HlmzY65rnc2q2Bx3VUg97_UIYpcQvCeulNGEmSMAgFpEALw_wcB, E.T.05.05.2024.

⁴⁴ 09/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanunu, madde 6.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4982&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, E.T. 10.05.2024.

⁴⁵ Bu iller Adana, Adıyaman, Balıkesir, Bilecik, Denizli, Diyarbakır, Düzce, Elâzığ, Gaziantep, Hatay, Kahramanmaraş, Kayseri, Kilis, Malatya, Mersin, Muğla, Osmaniye, Siirt ve Şanlıurfa’dır.

⁴⁶ Hatay ilinin 2012 ve Mardin ilinin ise 2014 yılındaki İl Çevre Durum Raporlarına erişilememiştir.

bu 7 konuya ek olarak ‘Diğer’ başlığıyla birlikte toplam 8 konu başlığı altında verilmiştir⁴⁷. Yukarıda belirtilen çerçevede, şikâyetler bağlamında 6090 veri; yaptırım bağlamında 6960 olmak üzere toplam da 13050 veri değerlendirmeye alınmıştır.

Raporlarda yer alan nicel verilerin araştırma sorusuna veri sunması bağlamında bazı sınırlılıkları söz konusudur. Birinci sınırlılık, verilerin ülkedeki ekonomik, sosyal veya siyasal konjonktür gibi faktörlerden de etkilenmesidir. Örneğin, 2012 yılı Van İl Çevre Durum Raporu’nda deprem nedeniyle veri olmadığı belirtilmiştir⁴⁸. Ayrıca ilgili birimde çalışan kişilerin hassasiyeti ya da ülkede dönemsel olarak ‘Atık’ gibi belli bir konuya ağırlık verilmesi de bir belirleyen olarak ortaya çıkmaktadır⁴⁹.

Çalışmanın önemli bir diğer sınırlılığı ise İÇDR’lerin İÇDR Hazırlama Rehberi aracılığı ile tek bir formatta hazırlanmasının hedeflenmesi ve verilerin sağlıklı girilmesi amacıyla Çevresel Etki Değerlendirme, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü’ne bağlı Çevre Envanteri ve Bilgi Yönetimi Dairesi Başkanlığı’nca denetlenmesinin öngörülmesine karşın sağlıklı veri girişinin olmamasıdır⁵⁰. Sağlıklı veri girişinin gerçekleşmemesi; veri girişinin yapılmaması, konu olarak öngörülen formatın dışında veri girilmesi, öngörülen konulara dair veri girişinin yapılmaması veya nesir olarak yapılması, birbiri ile çelişen veriler, sayısal veriler ile ilgili sayısal veriler çerçevesinde oluşturulan grafiğin sayı ya da konu başlıkları bağlamında örtüşmemesi gibi birçok farklı görünümde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle veriler, araştırmada şu kapsam ve çerçevede değerlendirilmiştir.

Bazı İÇDR’lerde nesir olarak “İl Müdürlüğümüz tarafından uygulanan idare yaptırımı yoktur.” vb. ifadeler yer verilmiştir. Bu durumda, bu ifadenin veri olduğu kabul edilmiş ve veri “0” olarak değerlendirilmiştir⁵¹. Bazı İÇDR’lerde “İl Müdürlüğümüze gelen şikâyetler konusu itibariyle 1’den fazla kategoriye sokularak değerlendirilmiştir.” ifadesi yer almıştır⁵². Bu durumda iletilen sayılar girilmiştir. Bazen şikâyet değerleri yaklaşık olarak verilmiştir⁵³

⁴⁷ Buna karşın bazı İÇDR’lerde farklı yıllarda şikâyetler bağlamında da diğer başlığının koyulduğu gözlemlenmiştir.

⁴⁸ Yine Pandemi süreci veya 15 Temmuz 2016 sürecinin verilerin değişkenlik göstermesinde bir etken olduğu gözlemlenmiştir.

⁴⁹ Bu bilgiye veriler üzerinde yapılan incelemeler ve Ankara İl Çevre Müdürlüğü’nde İl Çevre Durum Raporlarını hazırlayan birimde yetkililer ile görüşmeler sonrası ulaşılmıştır.

⁵⁰ Çevresel Etki Değerlendirme, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü, <https://ced.csb.gov.tr/cevre-envanteri-ve-bilgi-yonetimi-dairesi-baskanligi-i-99586>, E.T. 10.05.2024

⁵¹ Ağrı 2020, 2021 ve 2022; Gümüşhane 2017

⁵² Kırklareli 2016 ve 2017 şikâyet verileri.

⁵³ İstanbul 2018 şikâyet verileri.

yaklaşık olarak verilen değerler dikkate alınmıştır. Bazı illerde belediyenin verileri de ayrı bir tablo olarak gösterilmiştir, bu durumda belediyenin verileri dikkate alınmamıştır⁵⁴. Yine bazı raporlarda bir önceki yılın bilgilerinin verildiği ve bunun da belirtildiği görülmüştür. Bu durumda o yıl veri girilmediği kabul edilmiştir⁵⁵. Ayrıca İÇDR Hazırlama Rehberi'nde şikâyetler bölümünde 'Diğer' başlığı belirtilmediği halde bazı illerde dönemsel olarak şikâyet bölümünde 'Diğer' başlığı konulmuş ve veriler girilmiştir. Bu veriler dikkate alınmamıştır. Son olarak İÇDR Hazırlama Rehberi'nde şikâyet konuları 7 başlık, yaptırım konuları 8 başlık halinde belirtilmiş olmasına karşında raporlarda bu konu başlıklarının dışında anız vb. konulara dair şikâyet ve yaptırım verileri sunulmuştur. Bu veriler de araştırmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

II. İL ÇEVRE DURUM RAPORU HAZIRLAMA REHBERİNDE ÇEVRE ALGISI

Aarhus Sözleşmesi'nin 2. maddesinde çevresel bilginin kapsamına giren konular geniş tanımlanmıştır⁵⁶. Çevre Kanunu, "Tanımlar" başlığı altında madde 2'de çevre olgusunun Aarhus Sözleşmesi'ne paralel olarak geniş ve ekolojik yaklaşım temelli tanımlandığı çalışmanın başında belirtilmiştir⁵⁷. İÇDR Hazırlama Rehberi'nde ise çevrenin unsurları olarak konu 'Hava', 'Su ve Su Kaynakları', 'Atık', 'Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi Çalışmaları' ile 'Doğa Koruma ve Biyolojik Çeşitlilik' ile 'Arazi Kullanımı' konularına yer verilmiştir. 'Doğa Koruma ve Biyolojik Çeşitlilik' altında 'Flora', 'Fauna', 'Ormanlar', 'Milli Parklar' ve 'Tabiat Parkları', 'Çayır ve Mera', 'Sulak Alanlar' ile 'Tabiat Varlıkları' yer almaktadır. Dolayısıyla İÇDR Hazırlama Rehberinin düzenleyici bir işlem olarak ilk

⁵⁴ 2012, 2013 ve 2018 Konya şikâyet ve yaptırım verileri; Mersin 2012 şikâyet verileri.

⁵⁵ 2015 Bursa şikâyet verileri.

⁵⁶ Aarhus Sözleşmesi madde 2/3/a: "hava ve hava gibi çevre unsurlarının durumu, atmosfer, su, toprak, arazi, manzara ve doğal alanlar, genetiği değiştirilmiş organizmalar da dahil olmak üzere biyolojik çeşitlilik ve bileşenleri ve bu öğeler arasındaki etkileşim" ; b : "Maddeler, enerji, gürültü ve radyasyon gibi faktörler ve yukarıdaki (a) bendi kapsamındaki çevre unsurlarını etkileyen veya etkilemesi muhtemel olan, idari tedbirler, çevre anlaşmaları, politikalar, mevzuat, planlar ve programlar dahil olmak üzere faaliyet veya tedbirler, çevresel karar almada kullanılan maliyet-fayda ve diğer ekonomik analizler ve varsayımlar" ve c: "İnsan sağlığı ve güvenliğinin durumu, insan yaşam koşulları, çevre unsurlarının durumundan veya bu unsurlar aracılığıyla yukarıdaki (b) bendinde atıfta bulunulan faktörlerden, faaliyetlerden veya önlemlerden etkilendiği veya etkilenebileceği ölçüde kültürel alanlar ve yapıları." Çevre Konularında Bilgiye Erişim, Karar Vermeye Halkın Katılımı ve Yargıya Başvuru Aarhus Sözleşmesi, madde 3.

https://unfccc.int/documents/45192?gad_source=1&gclid=Cj0KCQjwxqayBhDFARIsAANWRnS-W04ob9G9JHD5HlmzY65rmc2q2Bx3VUg97_UIYpcQvCeulNGEmSMAgFpEALw_wcB, E.T.05.05.2024.

⁵⁷ Ekolojik (ecocentric) yaklaşım insanın doğadaki diğer varlıklara üstünlüğünün olmadığı bu nedenle doğadaki diğer varlıkların da eşit korumayı hak ettiği kurgusu üzerinden şekillenmiştir. Güneş (n.2) 30-31; Turgut (n 2) 35-36

etapta gerek Aarhus Sözleşmesi gerekse Çevre Kanunu'nun 2.maddesindeki tanıma uygun şekilde hazırlandığı ve çevre olgusunu ekolojik yaklaşım temelli ele aldığı söylenebilir. Buna karşılık İÇDR Hazırlama Rehberi'nde 'Doğa Koruma ve Biyolojik Çeşitlilik' altında yer alan flora, fauna, ormanlar gibi yukarıda belirtilen konular bağlamında sadece tanıtım ve idarenin faaliyetleri çerçevesinde bilgi verilmesi öngörülmüştür. Şikâyete ve yaptırıma konu veriler ise şikâyet bağlamında 'Hava', 'Su', 'Toprak', 'Kimyasal', 'Atıklar', 'Gürültü', ve 'ÇED' olarak 7 başlık ile; yaptırım bağlamında ise şikâyet konularına ek olarak 'Diğer' başlığı altında 8 başlık ile sınırlanmıştır. 'Diğer' başlığının içerisinde nelerin yer alması gerektiğine dair de İÇDR Hazırlama Rehberi'nde bir bilgi söz konusu değildir. 'Diğer' başlığı altında belirtilen konular incelendiğinde bu konularında yukarıda belirtilen 'Doğa Koruma ve Biyolojik Çeşitlilik' başlığı altında yer verilen konular üzerine olmadığı görülmüştür⁵⁸.

Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde değerlendirme yapıldığında elde edilen önemli bilgi, Çevre Kanunu'nda geniş ve ekolojik yaklaşım temelli yapılan çevre tanımının idarenin düzenleyici işlemi ile dar kapsamda çevre tanımına dönüştürülmesidir. Dar kapsamda çevre tanımı ise Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan gerek sağlıklı çevrede yaşama hakkının gerekse idare ile vatandaşın çevreyi koruma sorumluluğunun kapsamını daraltılması sonucunu beraberinde getirmektedir. Bu gerçekliğin hem idare hem de vatandaş bağlamında görünümü söz konusudur. İdare bağlamında görünümü; idarenin çevreyi koruma sorumluluğu ve bu sorumluluk çerçevesinde re'sen denetim ve idari yaptırım yapma yetki ve yükümlülüğünün Hazırlama Rehberi'nde belirtilen konular ile sınırlandırılmasıdır. Vatandaş bağlamında ise iki görünümü söz konusudur. Sağlıklı çevrede yaşama hakkı bağlamında görünümü bu hakkın coğrafi alan olarak sınırının vatandaşın yaşadığı alan olmuş olmasıdır. Yükümlülüğü bağlamında görünümü ise idare; vatandaş yaşadığı ortam ile sınırlı olmak üzere çevre bağlamında aktör olarak görmüş, flora ve fauna vb. ekolojik çevre tanımına denk düşen hususlarda ise aktör olarak görmemiştir. Sonuç olarak, idarenin düzenleyici işlemi ile Çevre Kanunu'nda yer alan ekolojik temelli geniş çevre tanımı işlevsiz kılınmıştır.

⁵⁸ Bu konulara örnek olarak anız yangını, egzoz, konu, maden, PGD (Piyasa Gözetimi ve Denetimi), sıfır atık ve poşet gösterilebilir.

III. TÜRKİYE GENELİNDE İL ÇEVRE DURUM RAPORLARINDA YER ALAN ŞİKÂYET VE YAPTIRIM SAYISAL VERİLERİNİN ANALİZİ

Türkiye genelinde İÇDR'lerde yer alan şikâyet ve yaptırım sayısal verilerinin analizi a) Şikâyet ve Yaptırım Sayısal Verileri Bağlamında Eksik Verilerin Analizi, b) Yıllara Göre Şikâyet ve Yaptırım Sayısal Verilerinin Analizi ve son olarak c) Konulara Göre Şikâyet ile Yaptırım Sayısal Verilerinin Analizi olmak üzere üç başlık altında incelenecektir.

A. ŞİKÂYET VE YAPTIRIM SAYISAL VERİLERİ BAĞLAMINDA EKSİK VERİLERİN ANALİZİ

İÇDR'lerde gözlemlenen en önemli hususlardan birisi şikâyet ve yaptırım sayısal verilerinin sağlıklı girilmemesidir. Yukarıda belirtildiği üzere verilerin sağlıklı girilmemesi durumu, hiç veri girilmemesinden öngörülen formata göre veri girilmemesi gibi farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Eksik veriler, Türkiye genelinde idarenin ve toplumun çevre algısına dair önemli bilgi sunmaktadır. Eksik verilerden elde edilen bilgileri şu üç kategoride değerlendirmek mümkündür:

1. Türkiye Genelinde Eksik Verilere Dair Genel Değerlendirmeler

Veri girilmemesi o yıl ilgili konuya dair şikâyet veya yaptırımın olmaması demek değildir. Çünkü tablolarda hiç şikâyet ya da hiç yaptırım yok ise "0" ibaresi girilmiştir. Dolayısıyla veri girilmemesi ile kastedilen hiçbir rakamsal ibarenin yer almamasıdır. Bu durum bazen şikâyet ve yaptırım sayısal verilerinin her ikisi bazen de bunlardan sadece biri için söz konusu olmaktadır⁵⁹. Veri girilmemesi hususunda 81 İl, 11 yıl ve şikâyete konu 7 başlık ile yaptırma konu 8 başlık üzerinden inceleme yapıldığında toplam 13050 veriden 3892 verinin girilmediği görülmektedir. Bu sayı, bütün verilerin yaklaşık %30'una(%29,82) tekabül etmektedir. İller bağlamında bir yıl için hiç veri girilmemesi istisnai⁶⁰ bir durum iken çoğu kez karşılaşılan konular bazında veri girilmemiş olmasıdır. Girilmeyen sayısal verilerin

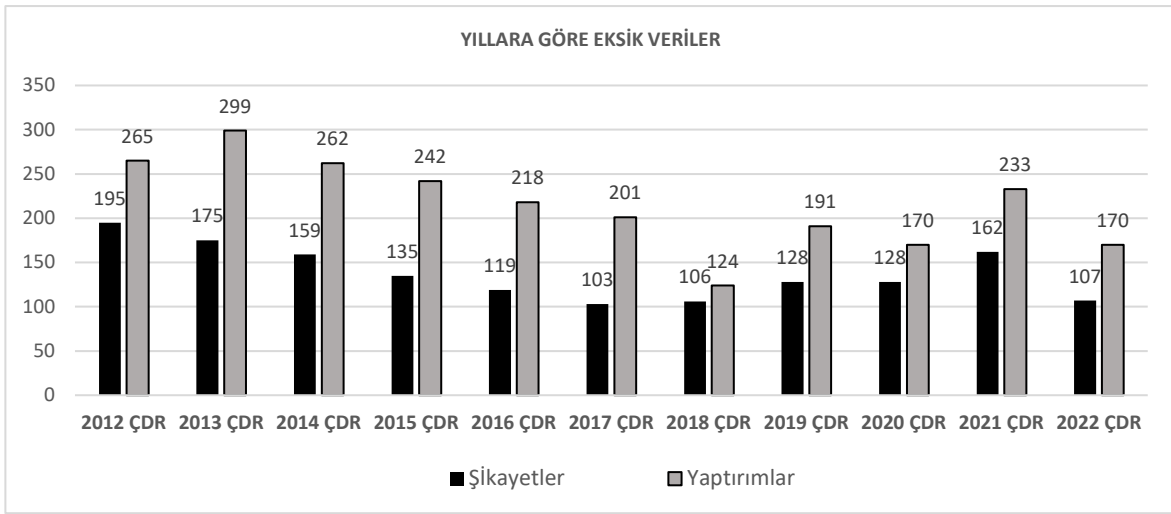
⁵⁹ Şikâyet verilerinin girilmemesine örnek olarak Zonguldak 2020, 2021 ve 2022 İÇDR'leri.

⁶⁰ Hiç veri girilmeyen İÇDR'lere örnek olarak Adıyaman 2019, Antalya 2012, Erzincan 2014, Eskişehir 2013, Hatay 2012, İstanbul 2014, İstanbul 2016, İzmir 2012, İzmir 2014, İzmir 2015, İzmir 2016, Karabük 2019, Karaman 2013, Karaman 2019, Kayseri 2012, Kırşehir 2016, Manisa 2013, Mardin 2014, Mersin 2019, Muğla 2012, Muğla 2013, Muş 2012, Nevşehir 2019, Niğde 2018, Niğde 2019, Sinop 2019, Şırnak 2014, Şırnak 2015, Şırnak 2019, Tekirdağ 2012, Tekirdağ 2013 ve Van 2017 İÇDR'leri verilebilir.

şikâyet ve yaptırım verileri bağlamında değerlendirmesi yapıldığında 3892 verinin 1517'sinin şikâyet verisi ve 2375'nin ise yaptırım verisi olduğu görülmektedir. Bu farkta yaptırımlarda şikâyetlerden farklı olarak 'Diğer' başlığının varlığı bir etken olsa da girilmeyen şikâyet sayısı ile yaptırım sayısının arasındaki fark yine de yüksektir.

2. Eksik Verilerin Yıllara Dağılımı

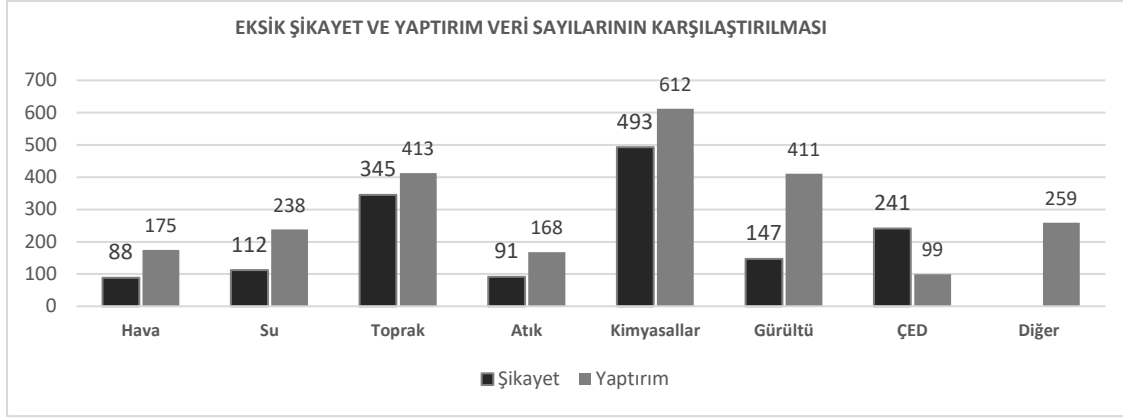
Yıllar bazında girilmeyen şikâyet ve yaptırım sayısal verileri ve bunların korelasyonunun sayı ve grafik olarak görünümü şöyledir:



Yıllara göre girilmeyen veri sayıları incelendiğinde girilmeyen veri sayılarının yıllarla birlikte azaldığı görülmektedir. 2012 yılında girilmeyen şikâyet sayısı 195 iken bu sayı 2022 yılında neredeyse yarı yarıya azalarak 107'ye düşmüştür. Yine 2012 yılında girilmeyen yaptırım sayısı 265 iken 2022 yılında üçte bir oranında azalarak 170'e düşmüştür. Fakat gerek şikâyet gerekse yaptırım verilerinde azalma düzenli bir azalma değil inişli çıkışlı bir azalmadır.

3. Eksik Verilerin Konulara Dağılımı

Konular bazında girilmeyen şikâyet ve yaptırım sayısal verileri ve bunların korelasyonunun sayı ve grafik olarak görünümü şöyledir:

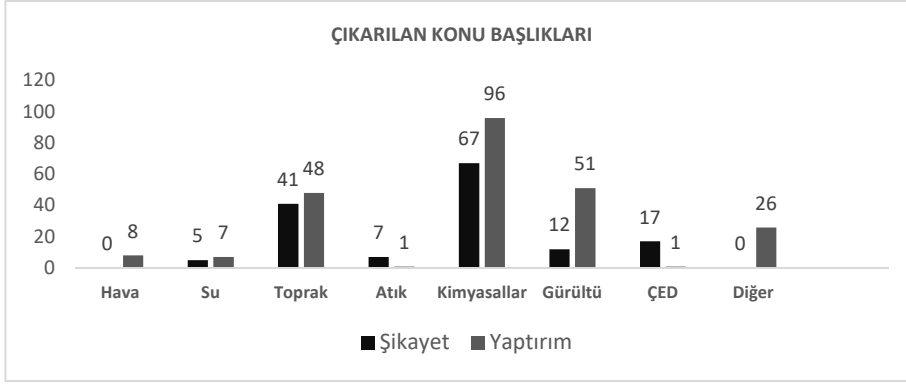


Konu başlıkları bağlamında girilmeyen veri sayıları karşılaştırıldığında şu tespitlerin yapılması mümkündür. Öncelikle bütün konularda girilmeyen yaptırım sayıları girilmeyen şikâyet sayılarından fazladır. Oran olarak veri girilmeyen yaptırım ve şikâyet sayılarında en büyük fark ‘Gürültü’ konu başlığındadır. Bu başlık altında şikâyetler tablosunda 147; yaptırımlar tablosunda ise 411 kez veri girişinin olmadığı gözlemlenmiştir. Girilmeyen şikâyet ve yaptırım veri sayıları arasındaki farkın yüksek olması idarenin gürültü olgusuna karşı konumlanmasına dair önemli bir veridir. Bu veri, idarenin ‘Gürültü’ konusunu çevre olgusu kapsamında görmediği bağlamında değerlendirilebilir.

En fazla veri girişi yapılmayan konular ‘Kimyasallar’ ve ‘Toprak’tır. ‘Kimyasallar’ şikâyet ve yaptırım olarak toplanan 1105 kez veri girişinin yapılmaması ile birinci sırada yer alırken ‘Toprak’ konusu 758 kez veri girişinin yapılmaması ile ikinci sırada yer almaktadır. Bu veri, idarenin bu iki konuyu diğer konulara göre önemsemediğini dair bir veri olabilir. Veri girilmemesi hususunun en az söz konusu olduğu iki konu başlığı ise ‘Hava’ (263) ve ‘Atık’ (259)’tır. Bu veri, idarenin veri girişinde daha hassas davrandığı konuların ‘Hava’ ve ‘Atık’ olduğunu göstermektedir. Gerek ‘Kimyasallar’ ve ‘Toprak’ gerekse ‘Hava’ ve ‘Atık’ başlıklarıyla ilgili idareye dair bu veriler çalışmanın ilerleyen bölümlerinde idarenin çevre algısı ile örtüşmektedir.

4. Eksik Girilen Konu Başlıkları

İÇDR Hazırlama Rehberi’nde görülen standardın dışında veri girişinin bir başka görünümü ise Rehberde hazırlanan konu başlıklarının tablolarda yer verilmemesidir. Raporlarda şikâyet ve yaptırım tablolarında yer verilmeyen konu başlıklarının grafiği şöyledir:



Eksik girilen konu başlıklarına dair sayısal veriler incelendiğinde öncelikle şikâyetler tablosunda çıkarılan konu başlıklarının (149) yaptırım tablosunda çıkarılan konu başlıklarının (238) 2/3'ne tekabül ettiği görülmektedir. En çok çıkarılan konu başlığında 'Kimyasallar' yaptırım ve şikâyetler olarak toplam 163 sayısı ile birinci sırada yer alırken ikinci sırada 'Toprak' (89) yer almaktadır. En az çıkarılan konu başlıkları ise 8 sayısı ile 'Hava' ve 'Atık'tır. Yaptırım tablosunda yer verilmeyen 'Gürültü' başlığı şikâyet tablosundaki yer verilmeyen girilmeyen 'Gürültü' başlığının 4 katından fazladır. Bu veri, 'Gürültü' konusu açısından "Eksik Verilerin Konulara Dağılımı" başlığında yer alan veriler ile örtüşmektedir.

B. YILLARA GÖRE ŞİKÂYET VE YAPTIRIM SAYISAL VERİLERİNİN ANALİZİ

2012-2022 yılları arasında İÇDR'lerde yer alan şikâyet ve yaptırım sayısal verileri değerlendirildiğinde elde edilen sayısal ve grafiksel veriler ile şikâyet ve yaptırım sayılarının korelasyonu aşağıdaki gibidir.



Tabloda yer alan veriler şikâyetler bağlamında analiz edildiğinde gözlemlenen şikâyetlerin her ne kadar bazı yıllarda inişler çıkışlar göstermiş olsa da genel olarak artma eğilimi gösterdiği görülmüştür. 2012 yılında toplam şikâyet sayısı 9159 ile sınırlı kalırken, bu sayı en büyük çıkışını 2019 yılında göstermiştir, bu yıl şikâyet sayısı 28432'dir. 2019 yılındaki şikâyet sayısı 2012 yılındaki şikâyet sayısının üç katından fazladır. 2022 yılında şikâyet sayısı 19354'e düşmüş gibi görünse de çalışma yapıldığı tarihte hala veri girilmeyen şehirlerin olmuş olması şikâyet sayısının daha az olmasında bir etken olarak düşünülmektedir⁶¹. 2012 yılı ile 2022 yılı arasında nüfus artışı %12,8 olarak gerçekleşmiş iken şikâyet sayısı iki katından fazla artmıştır. Bu veri vatandaşın çevre duyarlılığının yıllarla birlikte arttığını somut olarak göstermektedir.

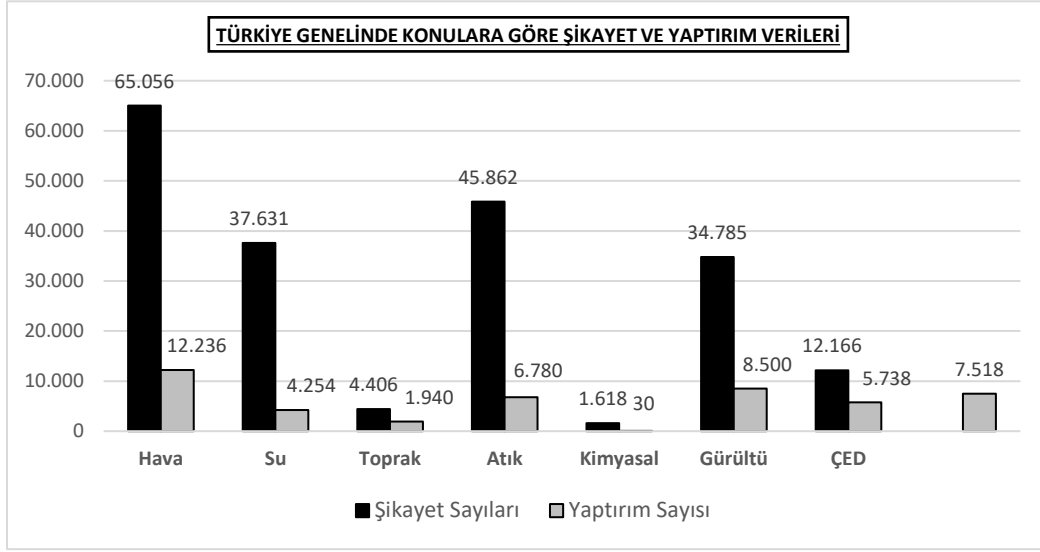
Yaptırımlar bağlamında sayısal ve grafiksel veriler analiz edildiğinde gözlemlenen en önemli sonuç toplam idari yaptırımların sayısının 3607 ile 3957 arasında durağan bir seyir göstermesidir. Bunun iki istisnası 2013 ve 2019 yıllarıdır. En yoğun idari yaptırım uygulanan yıl olan 2019 yılındaki yaptırım sayısı 5839 olarak tespit edilmiştir. İdari yaptırım verileri, şikâyet sayılarının yıllarla birlikte artış göstermesine karşın idari yaptırımın sayılarının belli bir aralıkta sıkıştığını göstermektedir.

Şikâyet ve yaptırım toplam verilerinin 2012-2022 yılları arasında korelasyonu incelendiğinde ise yaptırımların şikâyetlere kıyasla oldukça az olduğu görülmektedir. Toplam şikâyet sayısı 201524 iken toplam yaptırım sayısı 46996'dır. Şikâyet sayısı yaptırım

⁶¹ 2012 yılında Türkiye nüfusu 75 milyon 600 bindir, 2022 yılında ise Türkiye nüfus sayısı 85 milyon 300 bindir TÜİK Anasayfa, Verip Portalı <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Adrese-Dayali-Nufus-Kayit-Sistemi-Sonuclari-2022-49685>. E.T. 15.12.2023

sayısının neredeyse 4,3 katıdır. Gerek sayılarda ve gerekse grafikte görüldüğü üzere yıllarla birlikte şikâyet sayılarında önemli artışlar yaşanırken bu artış yaptırım sayılarına yansımamıştır. Bu ise idarenin gerek çevre sorunları gerekse şikâyetler bağlamında konumlanması açısından önemli bir veridir.

C. KONULARA GÖRE ŞİKÂYET VE YAPTIRIM SAYISAL VERİLERİNİN ANALİZİ



2012-2022 yılları arasında konularına göre şikâyet ve yaptırım sayısal verileri incelendiğinde şu tespitler yapılabilir: Şikâyet konuları içerisinde 65.056 sayısı ile ‘Hava’ birinci sırada; 45862 sayısı ile ise ‘Atık’ ikinci sırada yer almaktadır. Bunları üçüncü sırada 37.631 şikâyet sayısı ile ‘Su’ ve 34785 sayısı ile ‘Gürültü’ takip etmektedir. ‘Toprak’ ve ‘Kimyasallar’ başlığı altında en az şikâyetin yapıldığı görülmektedir. ‘Kimyasallar’ da şikâyet sayısı 1618 iken bu sayı ‘Toprak’ konu başlığı altında 4406’dır. En çok şikâyet sayısına sahip olan ‘Hava’ ile en az şikâyet sayısına sahip olan ‘Kimyasallar’ arasındaki oran 40 katın üzerindedir.

Yaptırımlara dair veriler incelendiğinde ise 30 sayısı ile en az yaptırım uygulanan konu başlığının ‘Kimyasallar’ olduğu görülmektedir ki bunu ikinci sırada ‘Toprak’ konu başlığı takip etmektedir. En çok yaptırım sayısının ise 12.236 yaptırım sayı ile ‘Hava’ başlığı altında yer aldığı görülmektedir. İkinci sırada ise 7518 sayısı ile ‘Diğer’ başlığı gelmekte ve onun 6780 yaptırım sayısı ile ‘Atık’ başlığı takip etmektedir.

Türkiye genelinde konu bazlı veri analizinde elde edilen bir başka bilgi ‘Hava’, ‘Atık’, ‘Gürültü’ başlıkları bağlamında gerek şikâyetler gerekse yaptırım sayısal verilerin en yüksek veriler olması; buna karşın bu konu başlıklarında yaptırım sayılarının şikâyet sayılarına oranla çok az olmasıdır. Şikâyet ve yaptırım sayılarının birbirine oranı ‘Su’ başlığında 8,84; ‘Atık’ başlığında 6,7; ‘Hava’ başlığında 5,3; ‘Gürültü’ başlığında ise yaklaşık olarak 4,1’dir. Şikâyetler ve yaptırımlar bağlamında oransal olarak farklılığın en az olduğu konu ‘ÇED’dir.

D. DEĞERLENDİRME

Eksik verilerin analizinde elde edilen çıkarımlar özetlenecek olursa şu tespitlerde bulunulabilir. Öncelikle verilerin neredeyse 1/3’nün girilmemiş olması idarenin, İÇDR’leri, İÇDR Hazırlama Rehberi’nde öngörülen kriterler çerçevesinde hazırlamadıklarını somut olarak göstermektedir. Bu gerçeklik Çevresel Etki Değerlendirme, İzin ve Denetim Genel Müdürlüğü’ne bağlı Çevre Envanteri ve Bilgi Yönetimi Dairesi Başkanlığı tarafından raporlarının denetiminin sağlıklı yapılmadığını da göstermektedir. Bu durum; hem raporların “resmî belge” olma sıfatı ile örtüşmemektedir hem de 22.04.2021 tarihli Kamu İdarelerince Hazırlanacak Stratejik Planlar ve Performans Programları ile Faaliyet Raporlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’te belirtilen usul ve esaslara göre hazırlanmadığını somut olarak göstermektedir. Bu bilginin idarenin çevre algısı bağlamında önemi ise çevresel bilgi kaynağı olan İÇDR’lerin idare tarafından önemsenmemesidir. Halbuki Anayasa’nın 56. maddesi gereğince çevrenin korunmasında aktör olan vatandaşın, bu sorumluluğunu yerine getirmesinin en temel şartı sağlıklı çevresel bilgiye ulaşabilmesidir. Bu yönü ile idare, vatandaşın çevresel sorunlarda aktör olma gerçekliğini fiili olarak engellemektedir. Girilmeyen yaptırım verilerinin şikâyet verilerinden fazla olmuş olması idarenin çevre konularında yaptırım müessesini önemsemediğinin de göstergesidir. Buna karşın veri girilmemesi durumunun yıllarla birlikte azaldığı da bir başka gerçekliktir. Bu da idarenin, İÇDR’lerin amacına uygun hazırlanmasına dair tutumunun olumlu yönde geliştiğini göstermesi bakımından önemlidir.

Konu başlıkları içerisinde ‘Kimyasallar’ ve ‘Toprak’ en çok veri girilmeyen ya da tabloda konu başlığına yer verilmeyen konular olarak ortaya çıkmaktadır. Bu iki konu başlığı açısından veri girilmemesi ya da yaptırım tablosunda konu başlığına yer verilmemesi durumu diğer 6 başlık açısından toplam veri girilmemesinin ya da tabloda konu başlığına yer verilmemesinin sayısal olarak neredeyse yarısına eşittir. Bu ise İÇDR’leri hazırlayan idarenin ilgili birimlerinin çevre algısının, Rehber’de belirtilen çevre algısından daha da dar olduğunu

göstermektedir. ‘Gürültü’ başlığı altında veri girilmemesi ve tabloda konu başlığına yer verilmemesi ‘Kimyasallar’ ve ‘Toprak’ başlığından sonra üçüncü sırada yer almaktadır. Ayrıca girilmeyen yaptırım sayıları girilmeyen şikâyet sayılarının yaklaşık olarak 3 katıdır. Bu veri, idarenin gürültü konu başlığına yaklaşımın vatandaştan farklı olduğunu, idarenin ‘Gürültü’ konusunu çevre olgusu içerisinde algılamadığını da göstermektedir.

Girilen veriler dikkate alındığında ise 2012-2022 yılları arasındaki şikâyet sayılarının artış oranının Türkiye nüfus artış oranının yaklaşık 14 katı olduğu gözlemlenmiştir. Bu veri, vatandaşın yıllarla birlikte hem çevreye karşı algısının değiştiği hem de çevrenin korunmasında kendisini daha fazla aktör olarak gördüğü bağlamında değerlendirilebilir. Bununla birlikte söz konusu verinin kısmen de olsa çevre sorunlarının artışı ile ilintilendirilmesi de mümkündür. Yaptırım verileri bağlamında ise öncelikle teorik olarak devletin idari yaptırım uygulamasının iki kaynağının söz konusu olduğu belirtilmelidir. Bunlar, devletin re’sen yaptığı denetimler ve şikâyet yolu ile yapılan denetimlerdir. 2012-2022 yılları arasındaki yaptırım verileri bağlamında iki tespit bulunabilir. Birincisi yaptırım verilerinin şikâyet verilerinin aksine belli bir sayı aralığında sıkışmaktadır. İkincisi ise 11 yıl içerisindeki toplam yaptırım sayısının toplam şikâyet sayısının dörtte birinden daha az olmasıdır. Bu veri, yaptırımın kaynağının hem şikâyetler hem de re’sen denetim sonucu verilen yaptırımlar olduğu düşünüldüğünde bir tezatlık oluşturmaktadır. Yaptırım bağlamında bütün bu veriler dikkate alındığında idarenin yaptırım müessesine sınırlı olarak başvurduğu belirtilebilir ve yaptırım sayısının belli bir sayı aralığında kalması da idarenin, yaptırım konusunda bilinçli bir tutumu olarak değerlendirilebilir.

Türkiye genelinde konu başlıkları bağlamında şikâyet ve yaptırım verileri yıllara göre incelendiğinde elde edilen sonuç en fazla şikâyet yapılan konunun ‘Hava’ olduğu ve bunu sırasıyla ‘Atık’, ‘Su’ ve ‘Gürültü’ başlıklarının takip ettiğidir. En az şikâyetin yapıldığı konu başlıklarının ise ‘Kimyasallar’ ve ‘Toprak’ olduğu görülmüştür. Şikâyet sayılarının en yüksek olduğu konu başlıkları ile en az olduğu konu başlıkları arasındaki fark büyüktür.

Yaptırımlara dair veriler incelendiğinde En çok yaptırım sayısının ise 12.236 yaptırım sayı ile ‘Hava’ başlığı altında yer aldığı görülmektedir. İkinci sırada ise 7518 sayısı ile ‘Diğer’ başlığı gelmekte ve onu 6780 yaptırım sayısı ile ‘Atık’ başlığı takip etmektedir. En az yaptırım uygulanan konu başlığının 30 yaptırım sayısı ‘Kimyasallar’ olduğu görülmektedir ki bunu ikinci sırada ‘Toprak’ konu başlığı takip etmektedir.

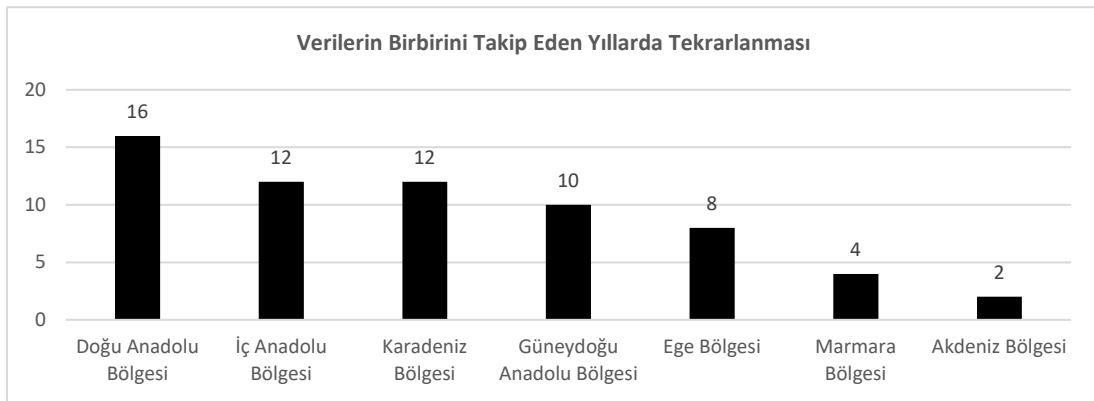
'Kimyasallar' ve 'Toprak' konu başlıklarında en az şikâyetin ve yaptırımın olmuş olmasının ise iki önemli sonucu vardır. İdare açısından bu veri, en fazla veri girişinin yapılmaması ya da tablolara konu başlığının girilmemesine dair değerlendirmeyi desteklemektedir. Yani idare bu konuları çevre olgusu kapsamında görmemekte ya da önemsememektedir. Vatandaş açısından ise çevre algısının İÇDR Hazırlama Rehberi'nde belirtilen konu başlıklarından daha dar olduğu sonucuna varılabilir.

IV. TÜRKİYE'NİN COĞRAFI BÖLGELERİ BAĞLAMINDA ŞİKÂYET VE YAPTIRIM VERİLERİNİN İNCELENMESİ

Türkiye'nin 7 coğrafi bölgesi bağlamında şikâyet ve yaptırım sayısal verilerinin incelenmesi bölgelerin ekonomik, sosyal, coğrafi ve kültürel gerçekliği ile çevre algısı bağlamında da önemli veriler sunmaktadır. Çevre algısının coğrafi bölgeler bağlamında incelenmesi; 1) Aynı Verilerin Birbirini Takip Eden Yıllarda Tekrar Etmesi; 2) 2012-2022 Yılları Arasında Coğrafi Bölgelerde Şikâyet ve Yaptırım Verileri olmak üzere iki başlık altında yapılabilir.

A. AYNI VERİLERİN BİRBİRİNİ TAKİP EDEN YILLARDA TEKRAR ETMESİ

Şikâyet ve yaptırım sayısal tablolarında gözlenen bir husus yukarıda belirtildiği üzere birbirini takip eden yıllarda aynı konu başlıklarına aynı verilerin girilmesi durumudur. Bu durumun bölgesel olarak sayısal ve grafiksel verileri şöyledir:

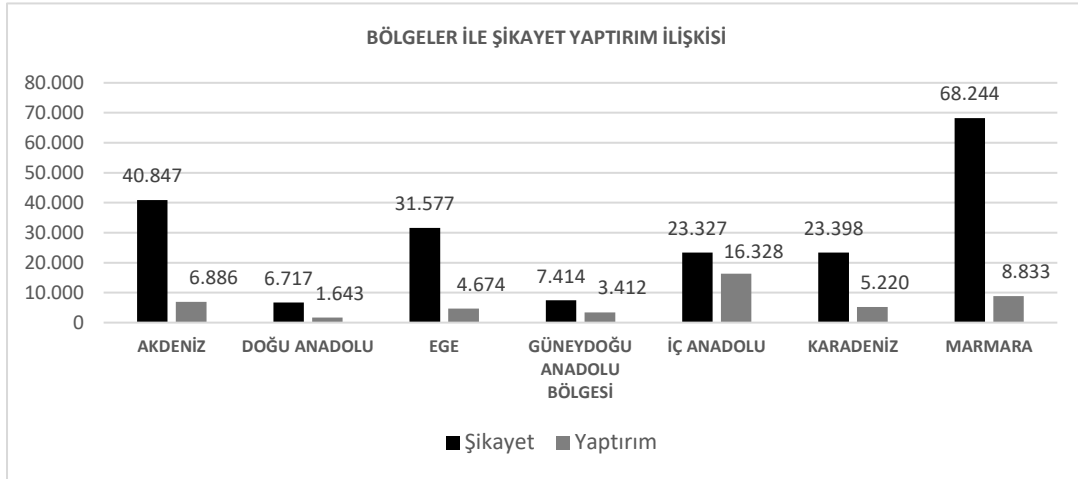


Birbirini takip eden yıllarda tekrar eden verilere dair incelemede bu durumun en az olduğu bölgenin Akdeniz Bölgesi olduğu görülmektedir. İkinci sırada Marmara Bölgesi yer almaktadır. En fazla bu duruma rastlanılan yer Doğu Anadolu Bölgesidir. Doğu Anadolu

Bölgesi'nde art arda aynı verilerin girilmesine 16 kez rastlanılmıştır. İkinci sırada aynı verilerin 12 kez tekrar ettiği Karadeniz Bölgesi ve İç Anadolu Bölgesi yer almaktadır. Güney Doğu Anadolu Bölgesi ise art arda 10 kez verilerin tekrar etmesi ile üçüncü sırada yer almaktadır⁶². Burada aynı verilerin en çok tekrar ettiği bölgenin Doğu Anadolu Bölgesi ve en az tekrar ettiği bölgenin Marmara Bölgesi olması; İÇDR'leri hazırlayan kamu görevlilerinin gerek raporlara yaklaşımı gerekse de çevresel bilgiyi önemsemesi bağlamında bölgesel farklılığın etken olduğunu gösterebilir.

B. 2012-2022 YILLARI ARASINDA COĞRAFİ BÖLGELER BAZINDA ŞİKÂYET VE YAPTIRIM VERİLERİ

2012-2022 yılları arasında coğrafi bölgeler bazında şikâyet ve yaptırım verileri şöyledir:



Şikâyetlerin en çok olduğu bölgeler sırasıyla Marmara, Akdeniz, Ege ve Karadeniz Bölgesidir. En az şikâyetin olduğu bölgeler ise Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesidir. En çok şikâyetin olduğu bölge 68.244 şikâyet sayısı ile Marmara Bölgesi iken en az şikâyetin olduğu bölge 6.717 şikâyet sayısı ile Doğu Anadolu Bölgesidir. Bu iki bölgenin

⁶² Toplam 64 tane kendisini tekrar eden veriye rastlanmıştır. Ege Bölgesi: Afyonkarahisar 2020 ÇDR, 2021 ÇDR ve 2022 ÇDR; Aydın 2012 ÇDR ve 2013 ÇDR; İzmir 2014 ÇDR, 2015 ÇDR, 2016 ÇDR; Doğu Anadolu Bölgesi: Ağrı 2021 ÇDR ve 2022 ÇDR; Bingöl 2014 ÇDR, 2015 ÇDR, 2019 ÇDR, 2020 ÇDR ve 2021 ÇDR; Bitlis 2019 ÇDR, 2020 ÇDR ve 2021 ÇDR; Van 2017 ÇDR, 2018 ÇDR; Elazığ 2019 ÇDR, 2020 ÇDR; Hakkari 2020 ÇDR, 2021 ÇDR; İç Anadolu Bölgesi: Aksaray 2012 ÇDR, 2013 ÇDR, 2015 ÇDR ve 2016 ÇDR; Kayseri 2019 ÇDR, 2020 ÇDR, 2021 ÇDR; Niğde 2018 ÇDR, 2019 ÇDR; Kırşehir 2015 ÇDR, 2016 ÇDR, 2017 ÇDR; Karadeniz Bölgesi: Bartın 2012 ÇDR ve 2013 ÇDR; Trabzon 2019 ÇDR, 2020 ÇDR; Zonguldak 2013 ÇDR, 2014 ÇDR, 2015 ÇDR; Gümüşhane 2018 ÇDR, 2019 ÇDR, 2020 ÇDR; Kastamonu 2013 ÇDR, 2014 ÇDR; Marmara Bölgesi; Tekirdağ 2012 ÇDR, 2013 ÇDR İstanbul 2012 ÇDR, 2013 ÇDR; Güneydoğu Bölgesi: Diyarbakır 2016 ÇDR, 2017 ÇDR, 2018 ÇDR, 2019 ÇDR, 2020 ÇDR, 2021 ÇDR; Şanlıurfa 2013 ÇDR, 2014 ÇDR; Şırnak 2014 ÇDR, 2015 ÇDR; Akdeniz Bölgesi: Isparta 2012 ÇDR, 2013 ÇDR.

şikâyet verileri karşılaştırıldığında Marmara Bölgesi'nde şikâyetlerin oranının Doğu Anadolu Bölgesi'ne oranın 11,05 olduğu görülmektedir. Marmara bölgesi ile Doğu Anadolu Bölgesi nüfusu karşılaştırıldığında Marmara Bölgesinin nüfusunun Doğu Anadolu Bölgesi nüfusuna oranı 3,82'dir⁶³. Dolayısıyla nüfus tek belirleyen unsur olmamaktadır.

Şikâyetlerin en çok olduğu ilk dört bölgenin ortak noktalarından birisi Karadeniz bölgesinin bir kısmı da dahil olmak üzere Türkiye'nin batısında yer almasıdır. Diğer ortak özellikleri ise hepsinin denize kıyısının olmuş olmasıdır. Bu yönüyle turizm açısından önemli bölgelerdir⁶⁴. Bunun yanında özellikle Marmara, Ege ve Akdeniz Bölgelerinin sanayi bölgeleri olmaları da belirleyicidir⁶⁵. Bütün bu veriler, bölgelerdeki ekonomik faaliyetlerin çevre sorunlarında belirleyici olduğunu; vatandaşın çevre algısının kültürel ve sosyal faktörlere göre değiştiği çerçevesinde yorumlanabilir⁶⁶.

Yapıtım verileri incelendiğinde ise en az yapıtımın 1643 yapıtım sayısı ile Doğu Anadolu Bölgesi'ne ait olduğu en fazla yapıtımın ise 16328 yapıtım sayısı ile İç Anadolu Bölgesi'ne ait olduğu görülmüştür. Diğer bölgelerdeki yapıtım sayıları 10.000'nin altındadır, bu yönüyle İç Anadolu Bölgesi'ndeki yapıtım sayısının diğer bölgelere oranla yüksek olduğu gözlemlenmiştir.

Bölgeler bağlamında diğer önemli veri şikâyet ve yapıtım verileri arasındaki korelasyondur. Başta Marmara bölgesi olmak üzere sırasıyla, Akdeniz, Ege ve Karadeniz Bölgesinde şikâyetler ile yapıtım sayıları arasındaki fark çok yüksektir. Marmara Bölgesinde bu fark yaklaşık 8 kattır (7,72). Bunu yaklaşık olarak 7 kat (6,75) ile Ege; 6 kat (5,93) ile Akdeniz ve 4,5 kat (4,48) ile Karadeniz Bölgesi takip etmektedir. Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde oranın az olmuş olması şikâyet sayılarının da az olmasından kaynaklanmaktadır. Şikâyet ve yapıtım verilerinin birbirine en yakın olduğu bölge ise 1,42 oranı ile İç Anadolu Bölgesidir. Burada da iki farklı bilgi ortaya çıkmaktadır. Birincisi Marmara, Akdeniz ve Ege Bölgeleri bağlamında özellikle idarenin yapıtımlar konusundaki

⁶³ İçişleri Bakanlığı'nın 2021 yılına ait Türkiye Nüfusu Haritası dikkate alındığında nüfusun en yüksek olduğu bölgenin Marmara bölgesi (24.899.126 kişi) en düşük olduğu bölgenin ise Doğu Anadolu bölgesi (6.513.106 kişi) olduğu görülmüştür. Türkiye'nin Nüfus Haritası, <https://www.icisleri.gov.tr/turkiyenin-nufus-haritasi-10072021>, E.T. 13.05.2024

⁶⁴ İsmail Kervankıran ve Fatma Şert Eteman, 'Turizm ve Bölgesel Gelişme: Türkiye'de İllerin Turizm Gelişmişlik Düzeylerinin Belirlenmesi' (2020), 29 (2) Ege Coğrafya Dergisi, 133

⁶⁵ 81 İl Sanayi Durum Raporu, s. 3. <https://www.sanayi.gov.tr/assets/pdf/plan-program/81%C4%B0SanayiDurumRaporuA-D.pdf>, E.T. 03.05.2024

⁶⁶ Rüştü Ilgar, 'Türkiye'de Eğitimde Yaşanan Bölgesel Farklılıklar' (2023) 9(2) Uluslararası Sosyal Bilimler Eğitimi Dergisi, 24

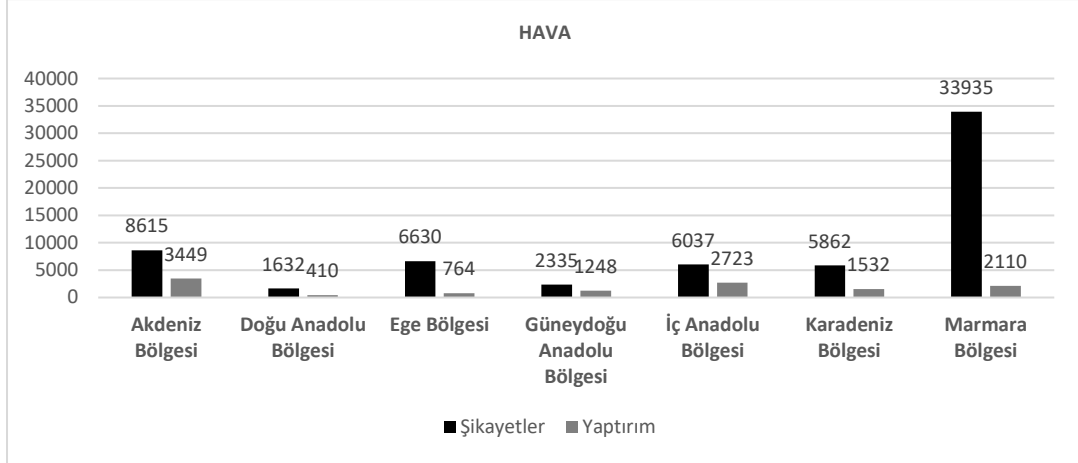
tutumudur çünkü şikâyet sayıları ne olursa olsun idare yaptırım müessesesini sınırlı olarak kullanmıştır. İkincisi ise İç Anadolu Bölgesi'nde şikâyet ve yaptırım verileri arasındaki oranın bu kadar düşük olmuş olması yaptırım sayılarında raporları tutan birimlerin önemli bir unsur olduğunu somut olarak göstermektedir⁶⁷.

C. KONULARINA GÖRE ŞİKÂyetLERİN VE YAPTIRIMLARIN BÖLGELER BAĞLAMINDA İLİŞKİSİ

Konulara göre şikâyetlerin ve yaptırımların bölgeler bağlamında incelenmesi bölgelerin özgünlükleri çerçevesinde veri elde etmek açısından önemlidir. Burada 'Hava', 'Su', 'Toprak', 'Atık', 'Kimyasallar', 'Gürültü', 'ÇED' başlıkları hem şikâyet hem yaptırım sayısal verileri açısından incelenecek, 'Diğer' başlığı ise İÇDR Hazırlama Rehberi'nde sadece yaptırımlar açısından öngörüldüğü için yaptırımlar bağlamında incelenecektir.

1. Hava

'Hava' başlığı altında coğrafi bölgeler bazında şikâyet ve yaptırıma ait sayısal ve grafiksel veriler şöyledir:



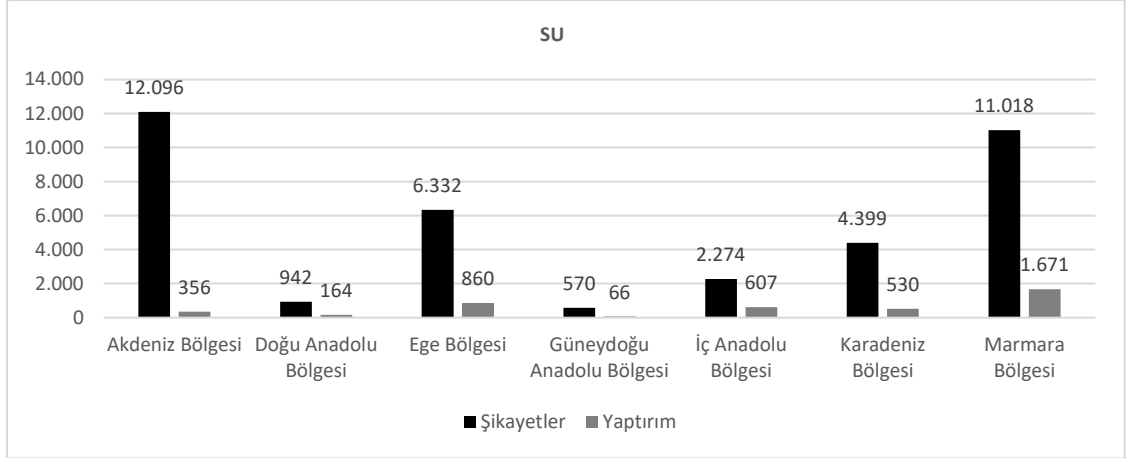
'Hava' başlığı bağlamında en yüksek şikâyetin Marmara bölgesinde olduğu görülmektedir ve fark diğer bölgelere kıyasla çok fazladır. Diğer bütün bölgelerde şikâyet sayıları birbirine yakındır. Buna karşın en çok yaptırımın uygulandığı bölge Akdeniz bölgesidir. Bunu İç Anadolu ve Marmara Bölgesi takip etmektedir. Şikâyet ve yaptırım verileri arasındaki farkın en az olduğu bölge Güneydoğu Anadolu Bölgesi'dir. Marmara bölgesinde şikâyet sayıları yaptırım sayılarının 16 katından fazladır. Farkın bu kadar büyük

⁶⁷ Ankara İl Çevre Durum Raporlarını hazırlayan birim ile görüşüldüğünde de bu bilgi teyit edilmiştir.

olması bölgenin sanayi bölgesi olması nedeniyle devletin çevre karşısında ekonomik kalkınmayı öncelmesi olarak değerlendirilebilir.

2. Su

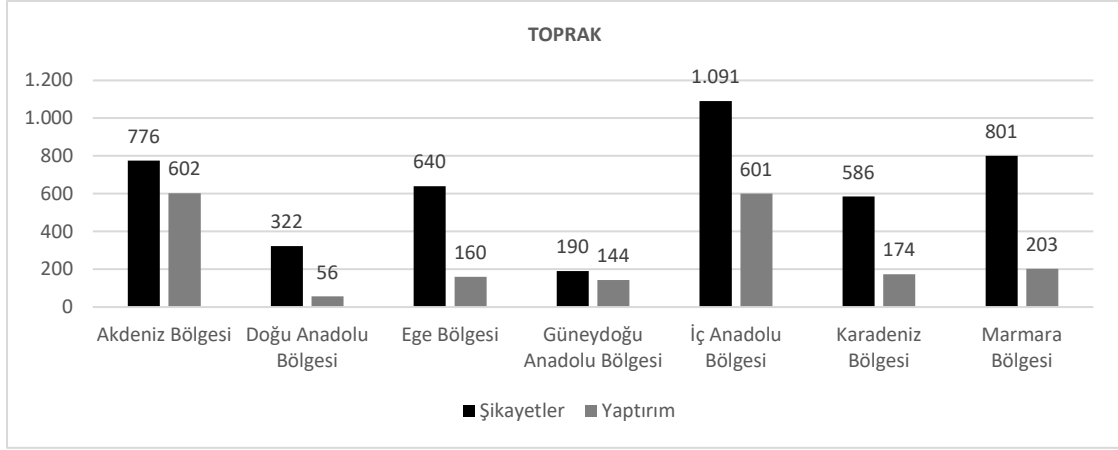
‘Su’ başlığı altında coğrafi bölgeler bazında şikayet ve yaptırıma ait sayısal ve grafiksel veriler şöyledir:



‘Su’ konusunda şikâyetlerin en fazla olduğu coğrafi bölgeler denize kıyısı olan bölgelerdir. Bunlar sırasıyla Akdeniz, Marmara, Ege Bölgesi ve Karadeniz’dir. Buna karşın yaptırım sayıları çok azdır. Akdeniz bölgesinde şikâyet sayısı yaptırım sayısının neredeyse 34 katıdır. Akdeniz bölgesinin turizm ve sanayi bölgesi olmasından kaynaklı burada da devletin ekonomiyi öncelendiği gözlemlenebilir. Benzer durum Marmara, Ege Bölgesi, Karadeniz bölgesi için de söylenebilir.

3. Toprak

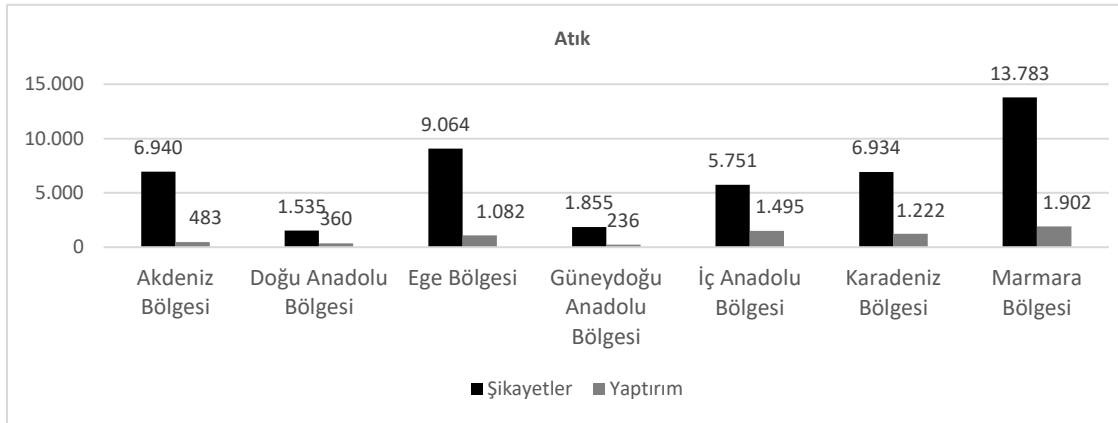
‘Toprak’ başlığı altında coğrafi bölgeler bazında şikayet ve yaptırıma ait sayısal ve grafiksel veriler şöyledir:



‘Toprak’ başlığı altında bölgesel veriler incelendiğinde öncelikle şikâyet ve yaptırım verilerinin ‘Hava’ ve ‘Su’ başlıklarındaki şikâyet ve yaptırım verilerinin aksine birbirine yakın olduğu görülmektedir. Burada temel etken ‘Toprak’ başlığı altında şikâyet sayılarının bütün konu başlıkları içerisinde en az şikâyete konu iki başlıktan birisi olmasıdır. Veriler incelendiğinde şikâyet sayılarının hepsinin İç Anadolu Bölgesi hariç 1000’den az olduğu görülmüştür. Yaptırım sayıları Akdeniz ve İç Anadolu bölgelerinde yaklaşık olarak aynıdır. Güneydoğu Anadolu Bölgesinde ise şikâyet ve yaptırım verileri birbirine en yakındır.

4. Atık

‘Atık’ başlığı altında coğrafi bölgeler bazında şikâyet ve yaptırıma ait sayısal ve grafiksel veriler şöyledir:

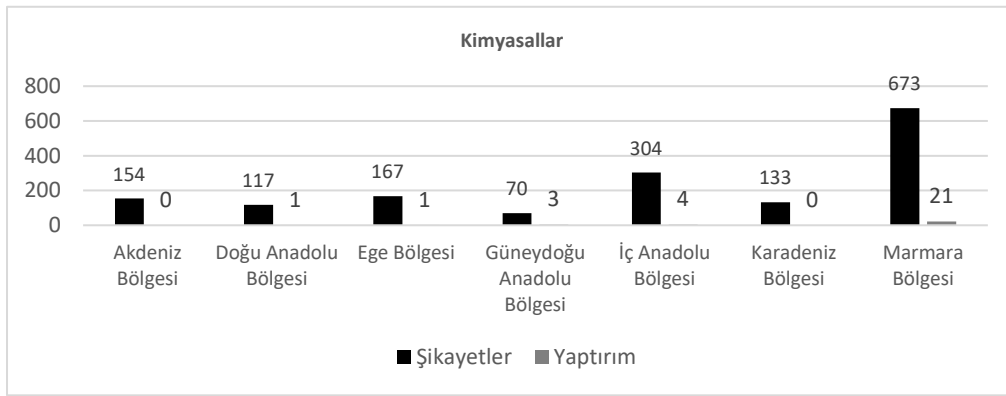


‘Atık’ konusunda en fazla şikâyetin yapıldığı yer Marmara Bölgesi’dir, buna karşın yaptırım sayısı çok düşüktür. Marmara Bölgesinde şikâyet sayısı yaptırım sayısının 7 katına yakındır. Ardından sırasıyla Ege, Karadeniz ve Akdeniz bölgesi gelmektedir. Bütün bölgelerde şikâyet sayısı ile yaptırım sayıları arasındaki oran çok büyüktür. En az olduğu

bölgeler ise Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesidir. Oranın bu bölgelerde az olmasının temel nedeni şikâyet sayılarının azlığıdır. Şikâyet sayıları ile yaptırım sayıları arasındaki farkın bu kadar az olması iki şekilde değerlendirilebilir. Bunlardan birincisi tıpkı ‘Hava’ ve ‘Su’ başlıklarında olduğu gibi idarenin ekonomiyi öncelemesi olabilir. İkincisi ise idarenin ‘Atık’ konusuna yaklaşımının vatandaştan farklı olmasıdır.

5. Kimyasallar

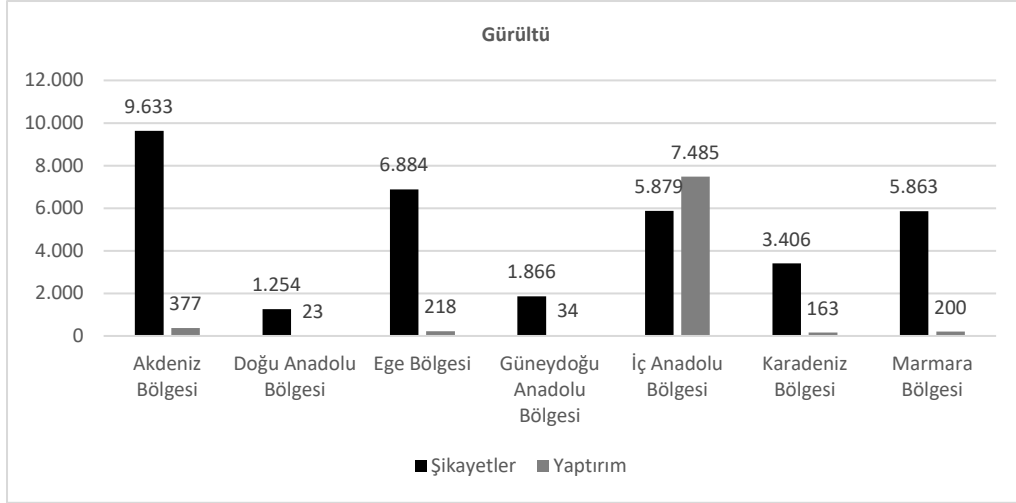
‘Kımyasallar’ başlığı altında coğrafi bölgeler bazında şikâyet ve yaptırıma ait sayısal ve grafiksel veriler şöyledir:



‘Kımyasallar’ konu başlığı altında yer alan şikâyet ve yaptırım sayıları bütün konu başlıkları içerisinde en az şikâyetin ve en az yaptırımın olduğu konudur. Sanayi bölgesi olması nedeniyle en çok şikâyet Marmara bölgesinde yer almaktadır. Buna karşın Marmara da dahil olmak üzere şikâyet sayısı çok azdır. Yaptırım sayıları ise sadece Marmara Bölgesinde 10’dan fazladır.

6. Gürültü

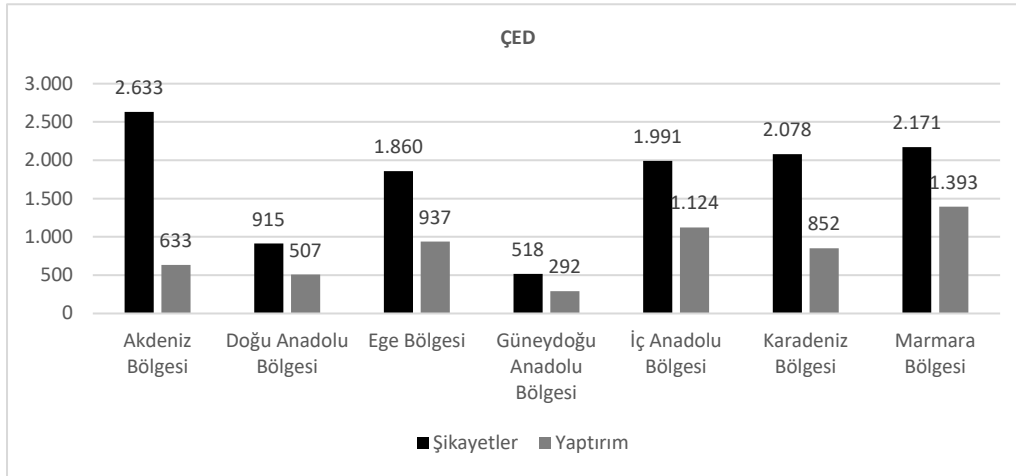
‘Gürültü’ başlığı altında coğrafi bölgeler bazında şikâyet ve yaptırıma dair sayısal ve grafiksel veriler şöyledir:



‘Gürültü’ bağlamında en çok şikâyet Akdeniz bölgesindedir. Bunu sırasıyla Ege, İç Anadolu ve Marmara takip etmektedir. Buna karşın İç Anadolu Bölgesi dışında şikâyet sayıları ile yaptırım sayıları arasındaki fark çok yüksektir. Farkın en yüksek olduğu Akdeniz bölgesinde şikâyet sayıları yaptırım sayılarının 25,5 katından fazladır. Bunu sırasıyla Ege ve Marmara Bölgesi izlemektedir. Farkın bu kadar yüksek olmuş olması, idarenin ‘Gürültü’ olgusuna yaklaşımı ve farkın yüksek olduğu diğer konu başlıklarında olduğu gibi, ve ekonomik tercih ile ilgili olabilir. Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi’nde hem şikâyet sayılarının hem de yaptırım sayılarının bu kadar az olması ‘Gürültü’ olgusunun bölgedeki algılanışı ve kültürel faktörler ile ilgili olabilir.

7. ÇED

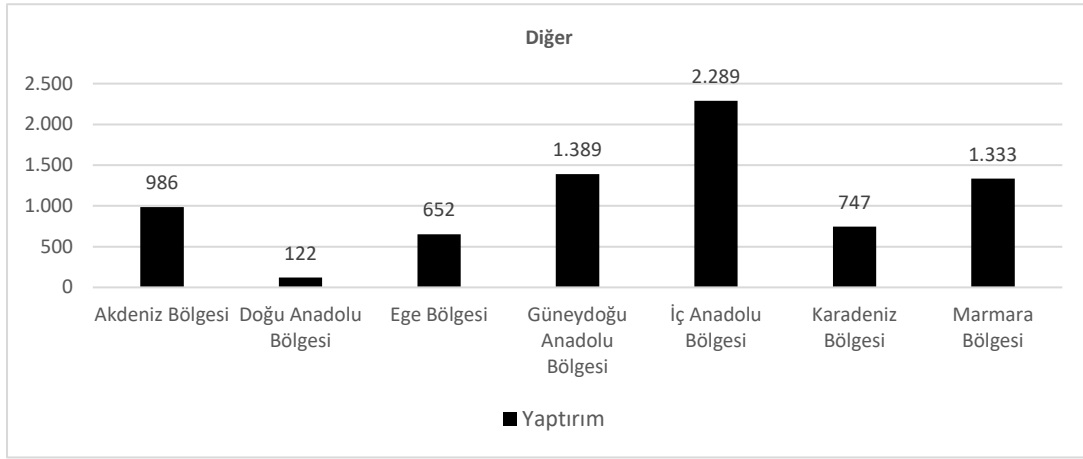
‘ÇED’ başlığı altında coğrafi bölgeler bazında şikâyet ve yaptırıma ait sayısal ve grafiksel veriler şöyledir:



‘ÇED’ şikâyet sayısı ve yaptırım sayısının birbirine en yakın olduğu konu başlığıdır. Aynı zamanda bölgeler arasındaki farkın da çok yüksek olmadığı bir konudur. ‘ÇED’ konusunun ihtisaslaşmış bir konu olmasından kaynaklı gerek bölgeler arasındaki fark çok azdır gerekse şikâyet ile yaptırım verileri arasındaki oran diğer konu başlıkları düşünüldüğünde azdır. ‘ÇED’ başlığı altında en çok şikâyetin yapıldığı yer Akdeniz Bölgesi iken en az şikâyetin yapıldığı yer Doğu Anadolu Bölgesidir. Şikâyetler ve yaptırımlar arasındaki farkın en yüksek olduğu bölgeler ise Akdeniz ve Karadeniz Bölgesidir.

8. Diğer

‘Diğer’ konu başlığıyla ilgili coğrafi bölgelere ait yaptırımlara ait sayısal ve grafiksel veriler şöyledir:



İÇDR Hazırlama Rehberi’nde ‘Diğer’ başlığına şikâyetler bölümünde yer verilmemiştir. Yaptırımlar bağlamında burada gözlemlenen İç Anadolu Bölgesinin ‘Diğer’ başlığı altındaki yaptırımlarda en yüksek yaptırım sayısına sahip olmasıdır. İç Anadolu Bölgesini, Güney Doğu Anadolu Bölgesi takip etmektedir. Burada en önemli husus Güneydoğu Bölgesindeki yaptırım verilerinin diğer konu başlıkları dikkate alındığında oldukça fazla olmasıdır. Doğu Anadolu Bölgesinde yer alan yaptırım sayısı ise en az yaptırım sayısıdır.

D. DEĞERLENDİRME

Bölgeler bazlı incelemede şikâyet ve yaptırım verilerinden şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Öncelikle verilerin sağlıklı girilmemesinin bir görünümü olan aynı verilerin takip eden yıllarda tekrar etmesi durumunun en çok Doğu Anadolu Bölgesi’nde en az

Akdeniz ve Marmara bölgesinde görülmüş olması önemli bir veridir. Bu idarenin İÇDR'lerine yaklaşımın bölgeler bazlı değiştiğini göstermektedir.

'2012-2022 Yılları Arasında Coğrafi Bölgeler Bazında Şikâyet ve Yaptırım Verileri' başlığı altında inceleme ise bölgelerdeki nüfus dikkate alınsa bile Türkiye'nin batısında yer alan bölgelerde şikâyetlerin sayısının doğusuna göre çok fazla olduğu görülmektedir. Bu veri, Türkiye'nin batısında yer alan bölgelerde vatandaşların daha duyarlı olmasını gösterebileceği gibi aynı zamanda sorunların daha fazla olması gerçekliğini de gösterebilir. Bölgeler bazlı şikâyet sayılarına bakıldığında Marmara Bölgesinin başı çektiği; onu takip eden Akdeniz, Ege, İç Anadolu ve Karadeniz bölgelerinde ise şikâyet sayılarının birbirine yakın olduğu gözlemlenmiştir. En az şikâyet sayısının olduğu bölge Doğu Anadolu ve ikinci sırada ise Güneydoğu Anadolu Bölgesidir. Şikâyetlerin en yoğun olduğu Marmara Bölgesi ile en az olduğu Doğu Anadolu Bölgesi arasındaki fark 10 katın üzerindedir. Diğer taraftan şikâyet sayılarında bölgeler arası farkların bu kadar yüksek olmasına karşın yaptırım sayılarının birbirine yakın olduğu gözlemlenmiştir. Bunu, idarenin çevreye dair yaptırımlar konusunda bilinçli tutumu olarak değerlendirmek mümkündür.

Konu bazlı bölgelerin verileri incelendiğinde her bir konu bağlamında farklı veriye ulaşılmıştır. Marmara Bölgesi 'Hava', 'Atık' ve 'Kimyasallar'da en yüksek şikâyet sayısına sahiptir. Akdeniz Bölgesi ise 'Su', 'Gürültü' ve 'ÇED' hususunda en çok şikâyet yapılan bölgedir. Burada her iki bölge açısından ilginç olan husus yaptırıma dair verilerin en düşük olduğu Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi'ndeki sayılara yakın olmasıdır. 'Toprak' bağlamında en çok şikâyetin yapıldığı yer İç Anadolu bölgesidir. Bütün bu veriler şikâyet konuları ile coğrafi bölgenin ekonomik, sosyal, coğrafi ve kültürel gerçeklikleri arasında bağlantı olduğunu göstermektedir. Konu bazlı yaptırım verileri incelendiğinde ise idarenin bölgeler bazlı şikâyetlerin en yüksek olduğu konularda da yaptırım hususunda çok geriden geldiğini somut olarak göstermektedir.

SONUÇ

Çalışmada elde edilen veriler bir bütün olarak analiz edildiğinde şu bilgilere ulaşılmaktadır: Çevre Kanunu'nda çevre ve unsurları ekolojik yaklaşım çerçevesinde geniş tanımlanmıştır. İl Çevre Durum Raporları'nda ise hem idare hem vatandaş bağlamında çok yönlü insan merkezli dar bir çevre olgusu ile karşılaşılmıştır. İdare açısından bunun üç görünümü söz konusudur.

Birinci görünümü İÇDR Hazırlama Rehberi'nde şikâyet ve yaptırım konularının belli konular ile sınırlandırılmış olmasıdır. Bu gerçeklik idarenin, düzenleyici işlemi insan merkezli dar anlamda çevre tanımından yola çıkarak yaptığını somut olarak göstermektedir. Sonuç olarak İdarenin kanunların yürütülmesinden sorumlu olan erk olduğu dikkate alındığında Çevre Kanunundaki geniş çevre tanımı işlevsiz kalmaktadır.

İkincisi, idarenin uygulamada 'Kimyasallar' ve 'Toprak' konu başlıklarını önemsememesidir. Bu iki konu başlığı açısından veri girilmemesi ya da yaptırım tablosunda konu başlığına yer verilmemesi durumu diğer 8 başlık açısından veri girilmemesinin ya da tabloda konu başlığına yer verilmemesinin sayısal olarak neredeyse yarısına eşittir. Yukarıda belirtilen bu iki gerçekliğin, vatandaş bağlamında ise iki görünümü söz konusudur. Birincisi idarenin düzenleyici işlem ile vatandaş sadece Rehber'de belirtilen hususlarda çevre bağlamında aktör olarak görmesidir. İkincisi ise idarenin 'Kimyasallar' ve 'Toprak' konu başlıklarını raporlarda önemsememesi ile de çevre olgusunu daha da daraltılmasıdır. Son olarak bu konu başlıkları idarenin en az yaptırım uyguladığı konu başlıkları içinde yer almıştır.

Diğer taraftan İÇDR resmi bir belge olmasına karşın idarenin bilgilerin sağlıklı girilmesi konusunda özenli davranmadığı araştırmanın ortaya çıkardığı bir başka gerçekliktir. Verilerin gerek 1/3 oranında girilmemesi ya da istenilen formatta girilmemesi bu gerçekliğin somut görünümüdür. Buna karşın raporların ilerleyen yıllarda daha düzenli olarak tutulduğu söylenebilir. Bu bilgi de İÇDR'lerin çevresel bilgi vermeyi amaçlayan gerçeği karşında uygulamada idarenin çevresel bilgiyi önemsemediği dolaylı olarak da çevre konusunda vatandaş aktör olarak görmediğini de göstermektedir.

Diğer taraftan 'Gürültü' bağlamında hem girilmeyen veri sayısı hem de konu başlığına yer verilmemesi durumunun şikâyetler ve yaptırımlar açısından farkının büyük olması

idarenin gürültüye yaklaşımı ile vatandaşın yaklaşımının farklı olduğunu somut olarak göstermektedir. Bununun Doğu Anadolu örneğinde görüldüğü üzere bölgelerin kültürel gerçekliğinden kaynaklanması mümkün olabilir. Aynı zamanda Akdeniz bölgesi gibi turizm merkezi olan bölgelerde devletin ekonomiyi incelemesi de bir neden olabilir.

Veriler bir bütün olarak incelendiğinde şu iki tespitin yapılması mümkündür. Birincisi toplam şikâyet sayısının toplam yaptırım sayısının 4 katından fazla olmuş olması idarenin yaptırımlarında şikâyete bağlı denetim sonrası yaptırım ve re ‘sen yaptırım olmak üzere iki kanal var iken idarenin çevre olgusuna nedeni ne olursa olsun vatandaşa göre daha ilgisiz kaldığının somut görünümüdür. İkinci veri ise şikâyet sayıları bağlamında yıllarla birlikte önemli artışlardan kaynaklı vatandaşın duyarlılığının arttığını söylemek mümkündür. Vatandaş tarafında gerçekleşen çevresel duyarlılığa karşın idari yaptırım verilerinin belli bir aralıkta sıkışıp kaldığını ve şikâyetlere rağmen artış göstermediğini söylemek mümkündür. İdarenin en çok şikâyet yapılan konularda bile idari yaptırımı çok sınırlı olarak uygulaması idarenin bilinçli bir tercihi olarak değerlendirilebilir.

Raporlarda bu bağlamda elde edilen önemli bir başka veri vatandaşın çevre algısının İÇDR’lerde çerçevesi çizilen çevre unsurlarından daha dar olmasıdır. Bunun en somut görünümü ‘Kimyasallar’ ve ‘Toprak’ bağlamındaki verilerdir. Şikâyet verileri incelendiğinde vatandaşların doğrudan birebir yaşamını etkileyen hususlarda daha çok şikâyetçi oldukları gözlemlenmiştir. Bunlar ‘Hava’, ‘Atık’, ‘Su’ ve ‘Gürültü’dür. Vatandaşın çevre algısında çevre aslında vatandaşın dar anlamda yaşadığı etrafıdır. Dolayısıyla şikâyetinin kaynağı birebir çevreye karşı duyarlılığı değil yaşam kalitesini düşüren çevresel olgulardır.

Şikâyet ve yaptırım verilerinin analizinde gözlemlenen bir başka husus ise şikâyet ve yaptırım sayılarının bölgelerin coğrafi, ekonomik, kültürel gerçeklikleri çerçevesinde şekillenmesidir. Kıyı bölgelerinde ‘Su’; turizm bölgesi olan Akdeniz’de ‘Gürültü’; Marmara Bölgesinde ‘Hava’, ‘Atık’ ve ‘Kimyasallar’ başlığı altında şikâyet verilerinin diğerlerine oranla çok fazla olmuş olması bunun somut görünümüdür. Yine Doğu Anadolu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde ‘Toprak’ başlığı altındaki verilerin diğer bölgelerdeki verilere yakın olması da bu gerçekliği desteklemektedir. Şikâyet ve yaptırım verilerin genel olarak birbirine en yakın olduğu konu ÇED’dir.

Şikâyet verilerindeki bölgesel değişkenlik bölgedeki ekonomik faaliyetler, vatandaşların eğitim seviyesi ile çevresel duyarlılık ilişkisi, bölgeler bağlamında çevre

algısındaki değişkenlik gibi birçok neden ile açıklanabilir. Bölgeler bazlı incelemede elde edilen en önemli veri ülkenin doğusundan batısına doğru gidildiğinde şikâyet sayılarındaki artıştır. İdarenin raporların hazırlanmasındaki hassasiyetinin de doğudan batıya doğru arttığı gözlemlenmiştir.

Çalışmanın ortaya çıkardığı en önemli sonuç ise idarenin konu ne olursa olsun ve bölge ne olursa olsun yaptırımlar konusunda şikâyet sayılarına oranla çok geriden gelmesidir. Bu durum bölgeler bazlı incelemede çok daha somut olarak görülmektedir. Bu da devletin çevre olgusunda ekonomiyi incelemesinin bir görünümü olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

Açımız B, ‘İdarenin Esnek Hukuk İşlemlerinin Yargısal Denetime Konu Edilmesi: Fransız Hukuku Odaklı İnceleme’ (2018) 24 (2), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 530-568

Akpınarlı, N, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku’nun Dünyadaki İz Düşümü (1.Baskı, Adalet Yayınevi, 2023)

Aral, B, Üçüncü Kuşak İnsan Hakları Olarak Kolektif Haklar (1. Baskı, Siyasal Kitabevi 2010)

Atapattu, S, ‘The Right To A Healthy Life Or The Right To Die Polluted: The Emergence Of A Human Right To A Healthy Environment Under International Law’ (2002) (16) Tul. Envtl. LJ, 65-126

Brännmark, J, ‘Future Generations As Rightholders’ (2016) 19 (6), Critical Review of International Social and Political Philosophy, 680-698.

Coglianesi, C, ‘Environmental Soft Law As A Governance Strategy’ (2020) (61) Jurimetrics, 19.-51.

Dalkılıç, E. E ‘İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı’ (2013) S.2 Ankara Barosu Dergisi, 107-123.

Dinler V, ‘Devletin İktisadi ve Sosyal Ödevlerinin Sınırı’ Açısından İdarenin Sorumluluğu’ (2008) 1(1) Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 1-19.

Dupuy, P, 'Soft Law and the International Law of the Environment' (1990) 12(2) Michigan Journal of International Law, 420-435.

Eckersley R, Environmentalism and Political Theory Toward An Ecocentric Approach (1. Baskı, UCL Press 1992).

Güneş, A, 'Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme' (2012) 70 (1) İÜHFD, 83-114.

Güneş, A, Çevre Hukuku (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)

Güveyi, Ü, '1982 Anayasası Kapsamında Çevre Hakkının Karşılaştırmalı Kısa Bir Tahlili' (2018) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmalar Dergisi, 633 – 659.

İlgar, R, 'Türkiye'de Eğitimde Yaşanan Bölgesel Farklılıklar', Uluslararası Sosyal Bilimler Eğitimi Dergisi, (2023), 9(2), 20-44

Ioan Ianos I, Peptenatu D ve Zamfir D, 'Respect For Environment And Sustainable Development' 2009 4 (1) Carpathian Journal Of Earth And Environmental Sciences, 81- 93

İbrahim Ö. Kaboğlu, 'Çevre Hakkı Üzerine (Bir Danıştay Kararının Düşündürdükleri)' (1988) 10-11, İnsan. Hakları Yıllığı, 107-137

Kağıtçıoğlu M, 'İdari İşlemin İcrailiği' (2012) (103) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 267 – 284

Kaya C, 'Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İdari İşlemler', 2005 (IX), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 253-284.

Kervankıran, İ, Eteman ve F. Ş, 'Turizm ve Bölgesel Gelişme: Türkiye'de İllerin Turizm Gelişmişlik Düzeylerinin Belirlenmesi' (2020), 29 (2), Ege Coğrafya Dergisi, 125-140.

Kopnina, H, Washington, H, Taylor, B. ve J Piccolo, J, 'Anthropocentrism: More than Just a Misunderstood Problem' (2018) 31 (1) Journal of Agricultural and Environmental Ethics, 109-127.

Özkaya Özlüer, I, 'İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu' (2015) S.1 Ankara Barosu Dergisi, 123-186.

Saatçi, M. ve Dumrul, Y. (2015) (37), 'Çevre Kirliliği ve Ekonomik Büyüme İlişkisi: Çevresel Kuznets Eğrisinin Türk Ekonomisi İçin Yapısal Kırılmalı Eş-Bütünleşme Yöntemiyle Tahmini' Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 65-86.

Sand P. H., 'Introduction', The History and Origin of International Environmental Law, Sand P.H (Ed.) (Edward Elgar Publishing Ltd. 2015), XIII-XXI

Süheyla Suzan Gökalp, 'Çevre Sorunları, Devletin Pozitif Yükümlülüğü ve İdarenin Sorumluluğu' (2022) 17(38) Memleket Siyaset Yönetim, 267-300.

Turgut, N, Çevre Politikası ve Hukuku, (3. Baskı, İmaj Yayınevi 2017)

Ulucak, R ve Erdem E, 'Çevre- İktisat İlişkisi ve Türkiye'de Çevre Politikalarının Etkinliği' (2014) 4(6) Akademik Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 78-98.

Weiss, E. B, 'Our Rights And Obligations To Future Generations For The Environment' (1990) 84 (1) American Journal of International Law, 198-207.

Yaman, K ve Muşmul, G. 'Çevre ve Ekonomi İlişkisi Üzerine Genel Bir Değerlendirme' (2018) 2(1)Ekonomi İşletme Ve Yönetim Dergisi, 66-86.

Yılmaz, M, 'Çevre Hakkı ve Ekonomik Yarar Dikotomisi Üzerine Bir Değerlendirme' (2021) 7(1) Ekonomi İşletme Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Dergisi, 1-19.

Kılıç, S, 'Çevre Hakkının Gelişim Sürecinde İnsan Haklarının Rolü' (2012) (30) İnsan Hakları Yıllığı, 21-39.



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

GÜNCEL YARGITAY KARARLARI ÇERÇEVESİNDE HATIR SENETLERİ: HATIR DEF'İ VE BEDEL (MALEN/NAKDEN) KAYDI

*Doç. Dr. Fatih Buğra ERDEM **

*Furkan ŞAHİN **

ÖZ

Kambiyo senetlerinde mündemiç olan hak, kıymetli evrakın mücerretliği ilkesinin bir sonucu olarak temel borç ilişkisinden bağımsız bir şekilde varlığını sürdürmektedir. Kambiyo senetleri ekseriyetle sinallagmatik bir ilişkiye dayanmakta olup taahhüt altında borçlandırıcı bir işlem mevcut olmadığı hallerde ilgili senet hatır senedi olarak değerlendirilmektedir. Hatır senetleri hatır alacaklısı ve hatır borçlusu arasında akdedilen bir hatır anlaşmasına dayanan bedelsiz fakat hukuken geçerli senetlerdir. Hatır senetleri, uygulaması oldukça yaygın senetlerden olup hem yargı kararlarında hem de öğretilerde sıklıkla zikredilen bir müessesedir. Hatır senetleri vasıtasıyla kredi temin eden tacirler, kredi kuruluşları nezdinde itibarlarını yeniden kazanacak fakat bu uygulamanın sıklaşması ile kredi enflasyonu kaçınılmaz hale gelecektir. Bir kredi temin aracı olarak kullanılan hatır senetleri, asıl borç münasebetinin var olmadığı bedelsiz ticari senetler olarak tanımlanmaktadır. Bundan dolayı, bu senetlerin lehtarları tarafından bedel talep edilmesi halinde hukuki ihtilaflar gündeme gelmektedir. Belirtilen bu gelişmeler cihetiyle göz ardı edilmesi oldukça sakıncalı bir hukuki müessese olan hatır senetlerinin güncel Yargıtay kararları ekseninde tetkik edilmesi gerekliliği hasıl olmuştur. Bu bağlamda, işbu çalışmada hatır senetlerinin iktisadi önemi, hukuki niteliği, hatır def'i kavramı, bedel kaydı, hatır senetlerinin bedelsizliği ve menfi tespit davasının unsurları hususları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kambiyo Senedi, Hatır Senedi, Hatır Def'i, Bedelsizlik Davası, Bedel Kaydı

* Doç. Dr., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, fatihbugra.erdem@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8654-2684>.

* Hâkim, T.C. Adalet Bakanlığı, fffurkansahin@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3406-0047>.



WITHIN THE SCOPE OF CURRENT SUPREME COURT DECISIONS ACCOMMODATION BILLS: ACCOMMODATION PLEA AND CONSIDERATION (IN GOODS/IN CASH) PRAVISO

*Assoc. Prof. Dr. Fatih Buğra ERDEM **
*Furkan ŞAHİN **

ABSTRACT

The right inherent in bills of exchanges continues its existence irrespectively of the basic debt-credit relationship due to the abstractness of securities. Bills of exchange are mostly based on a synalagmatic relationship, and in cases where there are no promissory transactions, the relevant bill is considered as an accommodation bill. Accommodation bills are gratis but legally valid promissory notes based on a accommodation agreement concluded between the accommodation and accommodated parties. Merchants who provide loans through accommodation bills will regain their credibility in the market and reassure credit institutions, but as this practice becomes more frequent, credit inflation will become inevitable in the long run. Accommodation bills are used as a loan supply tool in default of an actual debt-creditor relationship. Therefore, legal disputes come to the fore in case the beneficiary of these bills claims compensation. Due to these developments, it has become necessary to examine the accommodation bills, which would be very prejudicial legal institution to be ignored, in the axis of the current Supreme Court decisions. This study, in these contexts, examines issues such as the economic importance and legal nature of accommodation bills, the concept of accommodation plea, the consideration proviso, gratuitousness of accommodation bills, and the elements of the negative declaratory actions.

Anahtar Kelimeler: Bills of Exchanges, Accommodation Bill, Accommodation Plea, Negative Declaratory Action, Consideration Proviso

Extended Summary

The right inherent in bills of exchanges continues its existence irrespectively of the basic debt-credit relationship due to the abstractness of securities. Therefore, in order to overcome the liquidity problem, which can be considered one of the most important problems of commercial life, people who have a good relationship with each other can issue a bill of exchange, even though they do not have a receivable right. These promissory notes, which are known as accommodation bill, are the promissory notes drawn up without any real debt relationship between the parties, and whose parties are the accommodation bill debtor and creditor. Here, the debtor of accommodation bill gives a promissory note stating that she is the so-called debtor, even if there is no commercial relationship.

Accommodation bills are among the most widely used promissory notes and are frequently mentioned in both judicial decisions and doctrine. There are countless accommodation bills that are constantly in circulation in the markets, and the majority of them consist of accommodation checks and accommodation bonds. Despite this, there is no specific legal regulation regarding the manifestation of accommodation bills in practice. The main difference between accommodation bills and commercial promissory notes is that there is no money receivable specific to the main relationship from which the promissory note originates.

Accommodation bills can be issued for various purposes. The first of these is the issuance of the bill for circulation as a result of the fiduciary transaction between the parties. In this context, while the drawer of the bill provides a certain amount of deposit in order to provide security to the person in whose favor he has issued the bill, it is expected that the bill will be returned to the believer when the purpose of this transaction is achieved. In accommodation bills, the beneficiary guarantees not to put the note into circulation in terms of its internal relationship with the drawer. In this regard, fiduciary and collusive

* Assoc. Prof. Dr., Juristische Fakultät der Sozialwissenschaftlichen Universität Ankara, Abteilung für Wirtschaftsrecht, fatihbugra.erdem@asbu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8654-2684>.

* Judge, Republic of Turkey Ministry of Justice, fffurkansahin@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-3406-0047>

transactions should not be confused with each other. It can be claimed that the accommodation bills is for collusion when it is issued not for the purpose of circulation but only for the purpose of strengthening the commercial credibility of the beneficiary of the promissory note. The reason for this is that the note is issued on the condition that the beneficiary does not subject the relevant note to a commercial transaction. This situation makes the bill collusion. Accommodation bills are accepted by the debtor for their sake and have the ability to be circulated even though they do not contain a provision relationship. For this reason, regardless of whether they are issued for circulation or not, they are very risky bills for the drawer. The reason for this is that the claim that the note is a gift bond cannot be asserted against bona fide holders. In fact, the fact that the burden of proof in a negative declaratory action to be filed against the accommodation bill creditor is on the plaintiff, that is, the drawer of the bill, and that proof can only be made with a written document, makes the situation of the accommodation bill debtor very difficult. The claim of free of charge in the promissory note is a personal defense and can be asserted against the first beneficiary of the promissory note; However, in cases where the holder knowingly acts to the detriment of the debtor after the bill has been endorsed, it can be claimed that the bill is free of charge and a negative declaratory suit can be filed for this.

When the Supreme Court decisions regarding the promissory notes are examined, the accommodation plea is considered to be related to the internal relationship between the parties and is considered as "objection to the debt" in the context of enforcement and bankruptcy law. In the practice of the Supreme Court, it is accepted as a fact that must be proven with written evidence, since it is a claim made against the document. In other words, considering that bills of exchange have strict formal conditions, the Supreme Court evaluates the parties' defenses regarding the defense of goodwill in accordance with the general principles of the law of evidence. In this regard, in a significant majority of the decisions regarding accommodation bills, disputes are resolved based on the principle that proof against the note is only possible with written evidence.

GİRİŞ

Kıymetli evrakın mücerretliği ilkesinin bir sonucu olarak kambiyo senetlerinde mündemiç olan hak, temel borç ilişkisinden müstesna bir şekilde varlığını devam ettirmektedir.¹ Hal böyle olunca ticari hayatın en önemli sorunlarından biri olarak addedilebilecek likidite sorununun üstesinden gelebilmek gayesiyle aralarında hatır ilişkisi bulunan kimseler, bir alacak hakkı olmamasına rağmen kambiyo senedi düzenleyebilmektedir. Kıymetli evrakın kamu güvenine mazhar olmasından hareketle kredi temin etmek, nakit ihtiyacını karşılamak gibi ekonomik sebeplerle kişiler; üçüncü kişiler nezdinde var olandan farklı bir intiba oluşturma arzusuyla kambiyo senedi tanzim etmektedir. Hatır senedi olarak hüviyet kazanan bu senetler, taraflar arasında gerçek bir borç ilişkisi olmaksızın tanzim edilen, taraflarını hatır borçlusunu ve hatır alacaklısının teşkil ettiği senetlerdir. Hatır borçlusunu burada herhangi bir ticari ilişki mevcut olmasa bile sözde borçlu olduğuna ilişkin bir senet vermektedir.

Kıymetli evrakta mücerretlik ilkesinden hareketle senette mündemiç olan alacağın dayandığı borç ilişkisi hiç mevcut olmamış da olabilir.² Bu sebeple hatır senetleri kıymetli evrak olarak nitelendirilmektedir. Ancak kanunen düzenleme altında olmayan hatır senetleri, yaygın hale gelmeleri bağlamında tahsil edilememe riski nazara alındığında hem ticari hayat hem de genel ekonomik refah açısından önemli bir tehlike teşkil edebilecektir. Nitekim hatır senetleri vasıtasıyla lehtarın ekonomik durumunu olağan durumundan farklı göstererek kredi temin etmesi, söz konusu uygulamanın yaygınlaşması ile kredi enflasyonunu kaçınılmaz kılacaktır.³ İşte bu gelişmeler karşısında bu çalışmada göz ardı edilmesi oldukça sakıncalı olan hatır senetleri, güncel Yargıtay kararları ışığında

¹ Nurkut İNAN, *Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları* (1.baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1969) s. 3. Fırat ÖZTAN, *Kıymetli Evrak Hukuku* (23.bası, Yetkin Yayınları 2019) s. 1. Fatih BİLGİLİ and Ertan DEMİRKAPI, *Kıymetli Evrak Hukuku* (4.baskı, Dora Yayınevi 2014) s. 11. Şaban KAYIHAN, *Kıymetli Evrak Hukuku* (9.baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) s. 35. İsmail KAYAR, *Kıymetli Evrak Hukuku* (7.baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) s. 29

² İNAN (n 3) s. 3. Ali BOZER and Celal GÖLE, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8.baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2018) s. 27

³ Pierre LESCOT and Rene ROBLOT, 'Les Effets de Commerce: 1 Lettre de Change, Billets a Ordre et Au Porteur, Warrants' [1953] Rousseau et Cie s. 458. Gustar STRANZL, 'Wechsel-, Scheck- Und Sonstiges Wertpapierrecht' s. 130

incelenecek; çalışma kapsamında hatır senetlerinin iktisadi önemine, hukuki niteliğine, hatır def'isi kavramına, bedel kaydı ve hatır senetlerinin bedelsizliği ve menfi tespit davasının unsurları üzerinde durulacaktır.

I. MESELENİN TAKDİMİ

A. HATIR SENETLERİNİN TANIMI

Ticari hayatın en önemli problemi olarak nitelendirilebilecek likidite sorununun üstesinden gelebilmek için aralarında 'hatır' ilişkisi olan kişiler birbirlerinden alacaklı olmadıkları halde alacaklıymış gibi kambiyo senetleri tazmin edebilmektedirler. Bu bağlamda senet lehine keşide edilen hamil (lehtar) senedi yalnızca göstermelik olarak kullanabilmekte, senedi kırdırmak suretiyle nakit ihtiyacını karşılayabilmekte ve senedi ciro ederek bunun karşılığında mal alabilmekte ya da borcunu ödeyebilmektedir.⁴ Hatır senetleri, uygulaması oldukça yaygın senetlerden olup hem yargı kararlarında hem de öğretilerde sıklıkla zikredilen bir müessesedir. Piyasalarda sürekli dolaşımda bulunan sayısız hatır senedi mevcuttur ve bunların çoğunluğunu hatır çekleri ve hatır bonoları oluşturmaktadır.⁵ Buna rağmen hatır senetlerinin uygulamadaki tezahürüne yönelik özel bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Hatır senetlerinin ticari senetlerden (kıymetli evraktan) temel farkı, senedin kaynaklandığı esas ilişki özelinde bir para alacağının bulunmamasıdır. Yani evraka mündemiç olan alacağın temelinde bir alacağın bulunmamasıdır.⁶ Öğretilerde hatır senetlerine ilişkin en isabetli ve kapsamlı tanım İnan tarafından yapılmıştır. Buna göre, "*hatır senetleri öyle poliçe ve bonolardır ki, senette borçlu olarak görünen şahıs, senette yazılı meblağın bizzat kendi mamelekinden ödenmesini mucip bir borcu olmadığı halde, alacaklının nakdi*

⁴ Her halükârda, hatır senetleri, taraflar arasında gerçek bir borç ilişkisi olmaksızın tanzim edilen senetlerdir. Hatır senetlerinin tarafları hatır borçlusu (görünüşte borçlu; complaisant; accomodation party) ve hatır alacaklısıdır (görünüşte alacaklı; complu; accomodated party). Hatır borçlusu, güven duyduğu üçüncü kişilere, herhangi bir ticari ilişkiye dayanmasa bile sözde borçlu olduğuna ilişkin bir senet verir.

⁵ Hatır senedi olmaya en müsait kambiyo senetleri bono ve çekler fakat poliçe de hatır için düzenlenebilmektedir. Hatır senedinin açık senet olarak düzenlenmesi ve hatır alacaklısı tarafından ilgili senedin doldurulması da mümkündür. Hatır bonosunun açık senet olarak düzenlenmesi ve hatır alacaklısı tarafından ilgili senedin doldurulması da mümkündür. Hüseyin ÜLGEN and others, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2013) s. 145.

⁶ İNAN (n 3) s. 3

kredi temin etmesi veya mali durumunu olduğundan daha iyi göstermesini mümkün kılmak için bu senedi tanzim veya kabul etmeyi, karşı taraf da bu senede dayanarak borçludan talepte bulunmaması ve ayrıca senet meblağını ödemesi için senet borçlusuna temin etmeyi veya senedi tedavüle çıkarmamayı taahhüt etmiştir.”⁷

1. Hatır Senetlerinin Ekonomik Boyutu

Hatır borçlusunu, hatır için herhangi bir ticari ilişkiye dayanmayan yapay bir borcu kabul ederek önemli bir risk almaktadır. Çünkü hak ve senedin kaynaşması sonucunda borcun temelinde bir alacak olup olmadığının da önemi kalmayacaktır. Bunun sebebi kıymetli evrakın kamu güvenine mazhar olması ve üçüncü kişilerin bu durumu araştırmak gibi bir yükümlülüğünün bulunmamasıdır. Bu nedenle hatır senetlerinin yaygın hale gelmesi, tahsil edilememeleri tehlikesi de düşünüldüğünde hem ticaret hayatı için hem de genel anlamda ekonomik refahın sağlanması için büyük bir tehlike arz etmektedir. Bunun nedeni hatır senedinde lehtarın ekonomik durumunu olağan durumundan daha iyi göstermek suretiyle işlem yaptığı kişi veya işletmeler üzerinde kendisine güven tesis etmeye çalışmasıdır. Bu bağlamda, hatır senetleri vasıtasıyla kredi temin eden tacirler, kredi kuruluşları nezdinde itibarlarını yeniden kazanacak fakat bu uygulamanın sıkılaştırılması ile birlikte kredi enflasyonu da kaçınılmaz olacaktır.⁸

Hatır borçlusunu, hatır senedine dahil olurken bir nevi ticari itibarını alacaklıya kiralamaktadır.⁹ Hatır borçlusunun fiktif de olsa üstlendiği hatır borcunun karşılığında senet vadesi süresince bir anapara faizine hak kazanmayacağını fakat uygun bir komisyon bedeli talep edebileceğinin kabulü gerekir. Bu durumda, hatır borçlusunu cari faiz oranından düşük bir komisyon bedeli talep etmişse, hatır alacaklısı için efektif bir borçlanma imkânı da sağlanmış olacaktır.¹⁰

⁷ İNAN (n 3) s. 64. Ayrıca belirtilmesi gerekir ki, hatır bonusu ile gösterilen güçlü mali durum -aynı zamanda-bilançonun gerçekliği ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Ahmet TÜRK, ‘Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler’ (2002) 4 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173, s. 183

⁸ İNAN (n 3) s. 5-7. LESCOT and ROBLOT (n 5) s. 458. STRANZL (n 5) s. 130

⁹ İNAN (n 3) s. 8

¹⁰ İNAN (n 3) s. 10

2. Hatır Senetlerinin Hukuki Niteliği

Kıymetli evrakta mücerretlik ilkesi gereği, doğacak olan alacak hakları, hakkın doğumuna neden olan temel borç ilişkisinden aridir. Diğer bir ifade ile, senet ile hakkın bütünleşmesi sonucunda, senette mündemiç olan alacağın dayandığı borcu doğuran bir ilişki hiç var olmamış da olabilir.¹¹ Hatır senetlerinin kıymetli evrak olarak nitelendirilmesi de bu hususa dayandırılır. Ancak Domaniç, kıymetli evrakın yalnızca kendinden önce ortaya çıkmış olan bir alacağın senede bağlanması suretiyle ortaya çıkabileceğinden bahisle kıymetli evrakın kurucu nitelikte olmadığını ileri sürmektedir. Bu nedenle hatır senetlerinde borçlu borcunu zaten kabul ettiğinden hatır senetlerinin kurucu değil açıklayıcı yönünün daha baskın olduğunu ileri sürmektedir.¹²

Adından anlaşılacağı üzere, hatır senetlerinin tanziminde amaç senet taraflarından birinin hatıra binaen karşı tarafa borçlu gibi görünerek onun kredibilitesini (bankalar nezdinde veya ticari hayattaki güvenilirliğini) artırmaktır. Bu bağlamda hatır senedini elinde bulunduran kişi, eğer bu senet ile kredili bir işlem yapacaksa senet, tedavül gayeli hatır senedine dönüşecektir. Ancak senet yalnızca mali durumun iyi olduğunu belirtmek için kullanılmakta ise, burada senedin tedavül gayesi olmadığı açıktır.¹³ Tedavül gayeli olmayan hatır senetlerinin de mücerretliği nedeniyle muvazaalı evrak olarak nitelendirilmemesi oldukça tartışmalıdır.¹⁴ Ancak İnan'ın da belirttiği üzere "tedavül gayeli hatır senetleri muvazaalı değil fakat inançlı bir muamele" olarak nitelendirilmelidir.¹⁵

Hatır senetleri çeşitli amaçlarla düzenlenebilmektedir. Bunlardan ilki, taraflar arasındaki inançlı (güvene dayalı) işlemin bir sonucu olarak senedin tedavül etmesi için düzenlenmesidir. Bu bağlamda, senedin keşidecisi (inanan), senedi lehine düzenlemiş olduğu kişiye bir teminat sağlamak amacıyla belirli bir miktar mevduat sağlarken, bu işlemin amacı gerçekleştiğinde senedin inananına geri verilmesi beklenir. Hatır senetlerinde

¹¹ İNAN (n 3) s. 3

¹² Hayri DOMANIÇ, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması*, TTK Şerhi-IV (1.Baskı, Eskin Matbaası 1990) s. 12

¹³ İNAN (n 3) s. 4

¹⁴ "Ticari senetlerin mücerretliği prensibi tedavül gayesi olmayan hatır senetlerinin mücerretlik sebebiyle muteber olmasını gerektirmez. Çünkü muvazaa tarafların iradeleri ile beyanları arasındaki zıtlığa dayanan bir hükümsüzlük sebebidir. Taraflar arasındaki ilişki yönünden ise fark, muvazaalı olmayan hatır senetlerinde, hatır borçlusunun dava yolu ile senedi geri alma hakkının mevcut olmayışında toplanır." İNAN (n 3) s. 117-118

¹⁵ İNAN (n 3) s. 162-163

lehtar, keşideci ile iç ilişkisi bakımından senedi tedavüle çıkarmamayı tekeffül eder.¹⁶ Bu hususta inançlı ve muvazaalı işlemlerin birbiriyle karıştırılmaması gerekir. Hatır senetleri tedavül edilmesi amaçlanarak değil, yalnızca senedin lehtarının ticari kredibilitesini sağlama amacıyla düzenlendiğinde muvazaa amaçlı olduğu iddia edilebilir.¹⁷ Bunun sebebi lehtarın ilgili senedi ticari bir işleme konu etmemesi kaydıyla senedin düzenlenmiş olmasıdır. Bu durum da senedi muvazaalı hale getirir. Ancak senet tedavül amaçlı düzenlenmişse, ticari bir işleme konu olsa dahi taraflar görünürdeki işlemin geçerli olmadığı hususunda bir inanç anlaşması yapmış olurlar. Bu nedenle bu bağlamda bir inançlı işlem den söz edilebilir.¹⁸

Hatır senetleri, kendine özgü nitelikleri dolayısıyla diğer senet türlerinden ayrılır. Örneğin, kambiyo senetleri teminat amaçlı düzenlenebilse de hatır senetleri ile teminat senetleri arasında temel farklılıklar bulunmaktadır. Teminat, kambiyo senedi üzerine teminat kaydı konularak veya ayrı bir sözleşmede kambiyo senedinin teminat amaçlı verildiğinin belirtilmesi suretiyle verilebilir.¹⁹ Bu nedenle, kambiyo senedinin teminat senedi olarak verildiğine ilişkin iddiaların muhakkak yazılı delillerle ispatlanabilir olması gereklidir.²⁰ Ancak senet üzerinde başkaca bir sözleşmeye atıf yapmak suretiyle belirtilmesi halinde, ilgili senet belirlilik unsurundan yoksun olacak şekilde şarta bağlanmış olduğundan düzenlenen bono/poliçe kambiyo senedinin mücerret borç ikrarı anlamına gelmediği Yargıtay kararlarıyla sabittir.²¹ Ayrıca belirtmek gerekir ki, hatır senedi

¹⁶ Lerzan YILMAZ, *Kambiyo Senetlerinde Def'iler* (2.baskı, Aristo Yayınevi 2017) s. 476. Burak ADIGÜZEL, 'Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket' (2018) 4 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 129, s. 138

¹⁷ Süleyman YILMAZ and Hamdi PINAR, 'İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme' (2020) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 959, s. 959-998. ADIGÜZEL (n 18) s. 138

¹⁸ İNAN (n 3) s. 116. TÜRK (n 9) s. 373

¹⁹ Merve SARIKAYA, *Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı* (1.baskı, Vedat Kitapçılık 2018) s. 15 vd. Ayşe ODMAN BOZTOSUN, 'Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı' [2007] Legal Hukuk Dergisi 1487, s. 149. Yargıtay kararlarında senet metninde yer alan salt "bedeli teminattır" veya "teminat içindir" ibarelerinin senedin kambiyo senedi vasfını etkilemeyeceği benimsenmektedir. Kararlar; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2001/12-233, K. 2001/257, 14.03.2001; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/12-496, K. 2001/534, 20.06.2001; Yargıtay 12. HD, E. 14797, K. 28548, 02.12.2010

²⁰ Yargıtay 11. HD, E. 2020/4815, K. 2021/438, 26.1.2021; Yargıtay 11. HD, E. 2020/2506, K. 2020/4007, 12.10.2020; Yargıtay 11. HD, E. 2020/3250, K. 2020/4254, 20.10.2020; Yargıtay 19. HD, E. 2019/2602, K. 2019/4278, 11.9.2019; Yargıtay 11. HD, E. 2020/2554, K. 2020/4326, 21.10.2020

²¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/12-330, K. 2017/1088, 7.6.2017

karşılıksız senetten de farklıdır. Hatır senetlerinde keşideci ile alacaklı arasında gerçekte bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Görünürde alacaklı olan kişi, keşidecinin ticari saygınlığından yararlanmak suretiyle kredibilitesini artırmayı amaçlar.²² Bu sayede senet alacaklısının maddi durumu daha iyi görünür ve gerektiğinde senet bankaya iskonto ettirilerek senet karşılığı avans kredisi kullanabilme imkânı ortaya çıkar. Ancak hatır senedinde, keşideci ve alacaklı arasında bir borç ilişkisi mevcuttur ancak borcun konusu olan para ya da eşyanın teslim edilmemesi sebebiyle senet bedelsiz hale gelmiştir.²³ Netice itibarıyla, hatır senetleri gerçek bir borç-alacak ilişkisi olmaksızın tanzim edilen senetlerdir.²⁴

II. HATIR DEF'İ

Hatır def'i, yasal bir tanımı mevcut olmamasına rağmen, uygulamada en sık karşılaşılan şahsi def'ilerden biridir. Hatır senedi, keşidecinin borcu olmadığı halde lehtar ile arasındaki hatır ilişkisine dayanılarak düzenlenen bedelsiz senetlerdendir. Bunun haricinde ciro ve aval de hatır amaçlı yapılabilir. Ülkemiz tatbikatında tarafların hatır senetlerini birbirlerine karşılıklı olarak vermeleri suretiyle bankaları ve diğer kredi sağlayan kuruluşları aldatmak amacıyla mali güçlerini olağan durumlarının ötesinde gösterebilmektedirler.²⁵ Literatürde kartopu bonusu veya çapraz bono olarak adlandırılan karşılıklı hatır bonoları temellerinde yer alan ahlaka aykırı durum sebebiyle Alman ve İsviçre hukuklarında geçersiz sayılmaktadır.²⁶ Çamoğlu'na göre bu amaçla tarafların birbirlerine sağladıkları hatır senetleri Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27 uyarınca kamu düzenine aykırılık teşkil ettiklerinden kesin hükümsüz olarak nitelendirilmelidir.²⁷ Fransız hukukunda da benzer şekilde hatır senetlerine ilişkin ileri sürülen çeşitli görüşler

²² Ahmet TÜRK, 'Kambiyo Senedi Borçlusuna Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler' (2005) 7 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307, s. 373.

²³ Mehmet ALTIN and Tahir ÖĞÜTÇÜ, *Ticari Senetler (Police, Bono, Çek) ve Özel Takip Yolları* (Ulucan Matbaası 1980) s. 205

²⁴ İNAN (n 3) s. 3

²⁵ Alman hukuk sisteminde de benzer şekilde hatır senetleri taraflar arasında bir borç ilişkisi içermemesine rağmen kredi ve finansman amacıyla düzenlenebilmektedir.

²⁶ Ersin ÇAMOĞLU, 'Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)' (2019) 35 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5, s. 22-23. Nurkut İNAN, 'Kıymetli Evrak Hukukuna Ait Bazı Yargıtay Kararları (Bonolarda Hatır İddiasının Dermeyanı)' (1968) 4 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 704, s. 705

²⁷ ÇAMOĞLU (n 28) s. 22-23

neticesinde hatır senetlerinin hem kamu düzenine hem de genel ahlaka aykırılık teşkil etmesi nedeniyle hükümsüz olduğu yönünde bir ortak kanı hasıl olmuştur.²⁸ Ancak çalışmanın konusunu teşkil eden tedavül gayesiyle verilen senetler için bu yaklaşımın geçerli olduğu söylenemeyecektir. Çünkü bu halde hatır borçlusu senedin üçüncü kişilere ciro edilmesine rıza göstermektedir ve bu sebeple iyi niyetli üçüncü kişilere karşı hatır def'ini ileri süremeyecektir.²⁹ Başka bir ifadeyle tedavül amacı gütmeyen hatır senetlerinde ortaya çıkan muvazaa hali nispi bir def'i olup, iyi niyetli hamile karşı ileri sürülemezdir.

İcra İflas Kanunu m. 60 uyarınca ödeme emrini tebliğ alan borçlunun itirazını icra dairesine bildirmesi için yedi gün süresi mevcuttur. Bu nedenle, ileri sürülüş şekli bakımından imzaya itiraz dışında yapacağı tüm itirazlar borca itiraz olarak değerlendirilir. Kambiyo senedinin bir hatır senedi olduğunun ileri sürülmesi borca itirazdır.³⁰ Bununla birlikte hatır def'i, hatır alacaklısının hatır borçlusundan ödeme talebinde bulunması halinde ileri sürebileceği ödemeden kaçınma itirazıdır. Hatır def'i, kaynağını taraflar arasındaki hatır sözleşmesinden alır. Bu sözleşmenin ispatı ise genel hükümlere göre mümkündür, yani yazılı senette belirtilenin aksine ileri sürülecek hatır def'inin de yazılı kaynaklara dayandırılması gerekmektedir.³¹ Bu bağlamda İİK m. 169/a uyarınca yapılacak borca itiraz için hakim, borcun olmadığını veya itfa veya ihmal edildiğinin resmi veya imzası ikrar edilmiş bir belge ile ispatı halinde itirazı kabul edecektir. Zaten hatır defini diğer şahsi defilerden ayıran husus, şeklen geçerli olan hatır bonosunun, poliçesinin ya da çekinin hatır senedi olduğunu belirten yazılı bir hatır anlaşmasının varlığı ile kanıtlanması gerekliliğidir.³² Özellikle tedavül amacından yoksun olarak keşide edilen hatır senetlerinde,

²⁸ İNAN (n 3) s. 163. LESCOT and ROBLOT (n 5) s. 490-491. Jean DENİS, 'Les Effets de Complaisance (Etude de Jurisprudence)' *Les Presses Modernes* (1937) s. 121

²⁹ TÜRK (n 24) s. 341

³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/748, K. 282, 10.3.2020.

³¹ "... dava çeklerle ilgili menfi tespit davası olduğundan, bu çeklerin hatır çeki olduğunun ispatının davacıya ait olduğu, bu konuda yazılı delillerini sunmak zorunda olduğu.." Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2015/3529/2015, K. 2015/16902, 15.12.2015. Aynı zamanda bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2022/6680, K. 2023/4189, 06.07.2023; Yargıtay 9. HD, E. 2022/8693, K. 2022/11102, 04.10.2022; Yargıtay 11. HD, E. 2020/7803, K. 2022/4559, 07.06.2022.

³² Mehmet HELVACI, 'Kambiyo Senetlerinde Defiler' (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1985) s. 71. Örneğin çek bir ödeme aracıdır ve aksi sözleşmeyle sabit olmadıkça bir borcun tasfiyesine yönelik olarak verildiği kabul edilmelidir. Yargıtay 19. HD, E. 6728, K. 6749, 17.10.2002; Yargıtay 19. HD, E. 1511, K. 5786, 4.6.2007. Yargıtay 19. HD 2017 yılında vermiş olduğu bir kararda "taraflar

hatır anlaşmasının varlığı ve tedavül amacının yokluğu ispat edilebildiği takdirde keşidecinin lehtara karşı şahsi bir def'i ileri sürebilecektir. Ancak elbette ki, senedin muvazaa nedeniyle hükümsüzlüğüne ilişkin def'i iyiniyetli senet hamillerine karşı öne sürülemeyecektir. Hatır def'isinin dayandırılabilceği bir yazılı delil mevcut değilse, taraf yeminine başvurmak da mümkündür. Bununla birlikte hatır ilişkisi ekseriyetle tacirler arasında vuku bulduğu için hatır anlaşmasının ticari defterlerle ispatlanabilmesi de mümkündür. Özellikle, yevmiye defterinde yapılacak açıklamalarda senedin hatır için verilmiş/alınmış olduğu belirtilebilmektedir.³³ Uygulamada borçlu tarafından ilgili defilerin İcra ve İflas Kanunu m.169 uyarınca borca itiraz aşamasında³⁴ veya m. 72 ile güvence altına alınmış olan icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açılması³⁵ marifetiyle ileri sürülebilmesi mümkündür.

Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 659/2'ye göre, *“borçlu ile önceki hamillerden biri arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan defilerin ileri sürülmesi, ancak senedi iktisap ederken hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olması halinde geçerlidir.”* Esasen, kambiyo senetlerinde keşideci ve lehtar arasındaki ilişkiden kaynaklanan şahsi defiler senedi devralan hamile karşı kullanılamaz (TTK m. 687/1). Ancak, senedin bile bile borçlunun zararına olarak devralınması halinde şahsi defiler senedi

arasındaki çek teslim protokolünde, dava konusu çekin hatır çeki olarak verildiği açıkça belirtilmiş olup, söz konusu çekin taraflar arasındaki ticari ilişkinin teminatı olarak verildiği, bu durumda ticari ilişki nedeniyle davacının davalıya herhangi bir borcu bulunup bulunmadığı, çekin teminat fonksiyonunun devam edip etmediği, yine dava konusu çekin iptal edilip edilmediği, kimin elinde olduğu hususlarının araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesinin” gerekli olduğu sonucuna varılmıştır. Davacı, dava konusu çeklerin hatır çeki olduğunu, bu hususun taraflar arasında düzenlenen tutanakla da belirlendiğini ileri sürerek bu çeklerden dolayı borçlu bulunmadığının tespitine karar verilmesini istemiştir. Yargıtay, nihayetinde, dava sonucunda ilk derece mahkemesinin verdiği hükmün “davacı yararına bozulmasına” karar verilmiştir. Yargıtay 19. HD, E. 12481, K. 17317, 20.11.2012; Yargıtay 19. HD, E. 2007/6792, K. 621, 31.1.2008; Yargıtay 19. HD, E. 2016/11916, K. 3506, 8.5.2017

³³ İNAN (n 3) s. 164-165

³⁴ Talih UYAR, ‘Kambiyo Senetlerine İlişkin Haciz Yolu İle Takiplerde Borca İtiraz Nedenleri’ (2014) 88 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 172, s. 172-232. Yargıtay 12. HD, E. 9201/10765, 24.9.1992; Yargıtay 12. HD, E. 10881/5881, 20.4.1989

³⁵ Senedin icra takibinden önce hatır senedi olduğu iddiasının ileri sürülmesinde borçlunun hukuki yararı bulunmaktadır. Yargıtay 19. HD, E. 2015/9845, K. 2016/3216, 26.2.2016. Ali Fuat ÇİÇEKLİ, ‘Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte Menfi Tespit Davasının Nitelikleri’ (2021) 11 Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 839, s. 866

devralan hamile karşı da ileri sürülebilmektedir.³⁶ Benzer kurallar çek, kambiyo senetlerine benzeyen senetler ve diğer emre yazılı senetler için de söz konusudur (TTK m. 818/1(e); 825/2). Hangi unsurların varlığı halinde senedi devralanın bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olacağına ilişkin kesin bir ölçüt belirlemek mümkün olmayıp somut olayın niteliğine göre durum değerlendirmesi yapılmalıdır.³⁷ Ancak her halükârda borçluya zarar verme niyetinin mevcut olması, yani senedin devralınması esnasında borçluyu bilerek ve isteyerek mağdur etme gayesi mevcut olmalıdır.³⁸ Bunun sebebi kıymetli evrakın doğumuna sebep olan hukuki ilişkiye ilişkin istemler senedi devralan hamillere karşı ileri sürülemezdir. Ancak hukuki görüşe itimat ilkesinin istisnasını hamilin senedi iktisap ederken kasten borçlunun zararına hareket etmesi hali oluşturmaktadır. Yargıtay, hamilin senedi devralırken kötü niyetli olmasını başlı başına borçlunun bile bile zararına hareket edildiğini tespit açısından yeterli görmektedir.³⁹ Son tahlilde, kambiyo senetlerinin devralınması anında devralanın iyi niyetli olması yeterlidir; devredenin yetkili olup olmadığı gibi hususlar önem atfetmemektedir. Ancak bile bile borçlunun zararına hareket edilmesi halinde, kanuna uygun olmayan bir iktisap söz konusu ise devralan iyi niyetli olduğunu ileri süremeyecektir. Bunun doğal sonucu olarak da devralan alacaklı sıfatını haiz

³⁶ ADIGÜZEL (n 18) s. 129. Mahmut BİLGİN, *Uygulamada Kambiyo Senetleri (Poliçe, Bono, Çek) ve 5941 Sayılı Yeni Çek Kanununun Değerlendirilmesi* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2010) s. 304. Sami KARAHAN and others, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3.baskı, Mimoza Yayınları 2015) s. 109. Mehmet ÖZDAMAR and others, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3.baskı, Adalet Yayınevi 2022) s. 68. Abuzer KENDİGELEN and İsmail KIRCA, *Kıymetli Evrak Hukuku* (7.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023) s. 118 vd.

³⁷ Alman hukukunda bile bile borçlunun zararına hareket etmek hile teorisi (kollusionstheorie) ve bilme teorisi (kenntnistheorie) üzerinden tartışılmaktadır. Hile teorisi, borçlunun defilerini ileri sürmesini engellemek amacıyla ciro işlemi ifa etmektir. Bilme teorisi de benzer şekilde borçlunun ileri sürebileceği defileri bilerek, borçlunun zararına hareket etme iradesinin tezahürüdür. Bu bağlamda, kambiyo senedine ilişkin şahsi definin bilinmesi ve senedin vadesi gelene kadar bu durumun bilinmeye devam ediyor olması şartları birlikte aranır. Ayrıntılı bir tartışma için bkz. ADIGÜZEL (n 18) s. 131-132. YILMAZ (n 18) s. 494-495

³⁸ Hasan PULAŞLI, *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları* (9.baskı, Adalet Yayınevi 2021) s. 62. Şirin Mehmet ERDOĞAN, 'Kambiyo Senetlerinde İyiniyetli Hamilin Korunması' (1999) 11 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 364, s. 380. ADIGÜZEL (n 18) s. 132. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1963/78, K. 1963/41, 25.12.1963; Yargıtay 11. HD, E. 1982/5728, K. 1982/5726, 29.02.1982; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/12-1948, K. 2015/1247, 22.4.2015; Yargıtay 19. HD, E. 2016/2545, K. 2015/1062, 25.3.2015; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/19-2238, K. 2015/1062, 25.3.2015

³⁹ ADIGÜZEL (n 18) s. 133

olamayacaktır.⁴⁰ Başka bir ifade ile, hatır senetleri iyi niyetli üçüncü kişiler açısından mücerrettir; yani kendilerine karşı hatır def'ileri sürülemez.⁴¹

Örneklendirmek gerekirse faktoring şirketlerine devredilen kambiyo senetlerinin bir kısmı hatır senedi olabilir.⁴² Hatır amacıyla verilen bu senetler, ödenmesi için ibraz edildiğinde şahsi bir def'i olarak kambiyo senedinin bedelsizliği öne sürülmektedir.⁴³ Faktoring şirketleri kambiyo senetlerini iktisap ettikleri anda senedin bir hatır senedi olduğundan habersizlerse (senet iktisap edilirken bilerek borçlu zararına hareket edilmemişse) düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasındaki ilişkilere dayanan def'iler kendilerine karşı ileri sürülemeyecektir.⁴⁴ Hamilin bile bile borçlu zararına hareket ettiği durumlara verilebilecek en yaygın örneklerden birisi faktoring şirketlerine devredilmeye çalışan hatır senetleridir. Bu bağlamda bir şahsi def'i olarak senedin ihdasına sebep olan temel alacağın yokluğuna ilişkin bedelsizlik def'i sunulmaktadır. Senedin bedelsiz olması, senet konusu alacağın hiç ortaya çıkmamış olması, senedin geçersizliği ya da alacağın sona erme sebeplerinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁵ Bedelsizlik

⁴⁰ Kemal OĞUZMAN and Nami BARLAS, *Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar* (27.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) s. 249-252

⁴¹ Alman öğretisinde bu uygulamanın kaynağını kambiyo senetlerinin mücerretliğinden değil, kamu itimatına mazhar senetlerden olmasından aldığı düşüncesi hakimdir. İNAN (n 3) s. 162

⁴² Faktoring işleminin tarafları alacaklı, alacağı devralan ve borçludur. Alacağı devralması karşılığında finansman sağlayan faktoring şirketi aslında vadesi gelmemiş alacağı iskontolu olarak alacaklıdan satın almaktadır. 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Sözleşmeleri Kanunu m. 9/3 uyarınca kambiyo senedinin ciro ile devredilmesi durumunda şahsi def'ilerin faktoring şirketine karşı ileri sürülemeyeceği düzenlenmiş olsa da maddenin devamında “meğerki, faktoring şirketi kambiyo senedini iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun” ibaresi yer almaktadır. Zaten aslında hatır senetlerini faktoring şirketinin devralmasında da kanunen sakatlık bulunmaktadır. Anılan maddenin ikinci fıkrasında açıkça faktoring şirketinin kambiyo senetlerine dayalı olsa bile, bir mal veya hizmet satışından doğmuş fatura ile tevsik edilemeyen alacakları devir alamayacağı veya tahsilini üstlenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Necat AZARKAN, ‘Faktoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Giro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyeye Karşı Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi’ (2017) 22 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89, s. 36 vd. Remzi DEMİR, ‘Faktoring Sözleşmesi’ (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 877, s. 881. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında somut olayda davalı şirketin faktoring şirketine devrettiği çeki davacı ile karşılıklı olarak finans açıklarını kapatmak için kırdırmak ve teminat amaçlı kullanmak üzere verdiğini kabul ettiğini, bu nedenle bahse konu çekin ve faktoring şirketine verilen faturanın gerçek bir mal alışverişine dayalı olmadığından hareketle 6361 sayılı yasanın m. 9/3 hükmü uyarınca faktoring şirketinin bile bile borçlu zararına hareket ettiğini kabul etmiştir. Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2022/3183, K. 2023/2946, 15.05.2023

⁴³ ADIGÜZEL (n 18) s. 134

⁴⁴ 6361 Sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu Madde 9/3; Yargıtay 11. HD, E. 2020/3927, K. 2021/3336, 6.4.2021

⁴⁵ İNAN (n 3) s. 16. ADIGÜZEL (n 18) s. 134. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, E. 2020/4643, K. 2020/5620, 2.12.2020

dolayısıyla açılan menfi tespit davalarının büyük bir çoğunluğu da ilgili senedin hatır senedi olduğu iddiasına dayandırılmaktadır.⁴⁶

III. HATIR SENETLERİNİN BEDELSİZLİĞİ HUSUSU

Hatır senedi, kambiyo senetlerinin herhangi bir maddi karşılık olmadan (hatır karşılığında) düzenlendiği, lehine kambiyo senedi keşide edilen kimsenin mali durumunu daha iyi göstermek için düzenlenmektedir.⁴⁷ Bir kredi temin aracı olarak kullanılan hatır senetleri, asıl borç münasebetinin var olmadığı bedelsiz ticari senetler olarak tanımlanmaktadır.

Kambiyo senetlerinde mündemiç olan hak, kıymetli evrakın mücerretliği ilkesinin bir sonucu olarak temel borç ilişkisinden bağımsız bir şekilde varlığını sürdürmektedir. Diğer bir deyişle, kıymetli evrakın mücerretliğinin bir sonucu olarak kambiyo senedi düzenlenip lehtara verildiğinde temel borç ilişkisinden arı ikinci bir borç ilişkisi de doğmuş olur.⁴⁸ Kambiyo taahhütleri ekseriyetle sinallagmatik bir ilişkiye dayanır; fakat taahhüt altında borçlandırıcı bir işlem bulunmadığı hallerde ilgili senet hatır senedi olarak değerlendirilir.

Senette bedelsizlik ise kambiyo senedinin kurulmasına sebep olan temel bir alacağın bulunmamasıdır. Borçlu, senedin hatır için bedelsiz olarak verilmesi dolayısıyla temel borç ilişkisindeki sakatlıktan ötürü herhangi bir sorumluluğu doğmayacağına yönelik menfi tespit davası açabilir.⁴⁹ Bu dava ile maddi hukuk kapsamında borcun mevcudiyeti tespit edilerek, ispatlanabilmesi halinde borçlunun genel hükümler bağlamında herhangi bir

⁴⁶ TÜRK (n 9) s. 172

⁴⁷ İNAN (n 3) s. 59. İNAN (n 3) s. 307-381. ADIGÜZEL (n 18) s. 137

⁴⁸ Burada kambiyo senedi ifa yerine değil ifa uğruna lehtara verildiğinden ötürü -tarafar yenileme iradelerini açıkça beyan etmedikçe- kambiyo senetleri sonucunda borç yenilenmiş olmaz.

⁴⁹ Menfi tespit davası, asılsız bir borç dolayısıyla hakkında icra takibi başlatılan borçlunun gerçek anlamda bir borcu olmadığını ispat etmek için açtığı davadır. İcra ve İflas Kanunu m. 72/1 uyarınca, “borçlu, icra takibinden önce veya takip sırasında borçlu bulunmadığını ispat için menfi tespit davası açabilir.” Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/969, K. 2021/866, 29.06.2021. Borçlu menfi tespit davasına konu senedin teminat, hatır senedi olduğunu veya alacaklı ya avans olarak verildiği iddiasıyla menfi tespit davası açabilir. Bu şekilde açılacak menfi tespit davasında, kanıt yükü borçluda olacaktır. Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/969, K. 2021/866, 29.06.2021

sorumluluğu olmadığı tespit edilmiş olur. Bedelsizlik iddiası TTK m. 687 uyarınca şahsi defilerdendir, bu nedenle hamilin senedi bile bile zararına devraldığı ispatlanmadıkça ancak senet lehtarına karşı ileri sürülebilir. Bedelsizlik iddiasının hukuki zemininde sebepsiz zenginleşme hükümleri yer almaktadır. Kambiyo senetleri düzenlendikten sonra mücerret hale geldiğinden, senedi oluşturan temel ilişkideki sakatlık halleri kambiyo senetlerini kendiliğinden hükümsüz hale getirmeyecek olduğundan borçlunun (keşidecinin) alacaklıya karşı ileri sürebileceği en temel itiraz sebepsiz zenginleşme defidir.⁵⁰

Hatır senedinin lehtarı herhangi bir borç ilişkisine mahsup olmayan ilgili hatır senedi için keşideciden bedel talep ettiğinde ortaya bir uyuşmazlık çıkacağı muhakkaktır. Senette bedelsizlik savı şahsi bir def'idir ve ancak senedin ilk lehtarına karşı ileri sürülebilir. Ancak senet ciro edildikten sonra hamilin bile bile borçlunun zararına hareket ettiği hallerde de hatır def'i, yani senedin bedelsizliği iddiası, ileri sürülebilecektir.⁵¹ Senedin bedelsizliğine ilişkin iddia borçlu tarafından ancak senetle ispat edilebilir.⁵² Bu hususta Yargıtay 11. Hukuk Dairesince verilen bir kararda aşağıdaki belirtilen şekilde bir hüküm kurulmuştur:

“Mahkemece, malen kaydını taşıyan 562.800 liralık bono hakkındaki menfi tespit/istirdat davası kabul edilmişse de, davacı her iki senet için, bu senetleri davalıya kredi alması için hatır senedi olarak ve miktar hanesi açık şekilde verdiğini iddia etmiştir. Senetlerde ihdas sebebi olarak malen ve diğerlerinde nakden ibareleri bulunduğuna göre, bu ihdas sebeplerinin dışında bir iddia ileri süren davacının öncelikle bu iddiasını ispat etmesi gerekir. Malen kaydını taşıyan senet yönünden davalının talil ettiği düşüncesiyle, ispat külfetinin bu senet yönünden davalıya yüklenmesi doğru değildir. Davacı iddiasını yazılı ispat etmediğinden, malen kaydını ihtiva eden 562.800 liralık senet yönünde yemin teklifi hakkının

⁵⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2021/(19)11-659, K. 82, 8.2.2022

⁵¹ Aynı şekilde, cirantalar da senedin bedelsizliği hususunda kendisinden sonra gelen ve temel ilişki içerisinde olduğu cirantalara karşı bedelsizlik iddiasını ileri sürebilir.

⁵² “Davaya konu bonoların bedelsiz kaldığının ispat yükü davacıya ait olup bu iddianın 6100 sayılı HMK m. 201 uyarınca beyanlarla değil mutlaka yazılı delillerle ispatı gerekmektedir.” Aynı zamanda bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2012/15090, K. 3236, 20.2.2013; Yargıtay 19. HD, E. 2016/10166, K. 5511, 3.7.2017; Yargıtay 19. HD, E. 2016/9353, K. 2017/2526, 29.3.2017; Yargıtay 19. HD, E. 2018/3885, K. 2020/928, 10.6.2020; Yargıtay 11. HD, E. 2016/12136, K. 2017/3661, 13.6.2017; Yargıtay 11. HD, E. 2020/2919, K. 2020/5748, 8.12.2020

bulunduğu kendisine hatırlatılmak ve sonucuna göre bu senet yönünden bir karar verilmesi gerekirken bu hakkının kullandırılmaması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.”⁵³

Hatır senetlerinin bedelsiz olması keşideci ve senet lehine düzenlenen kişi arasında yer alan hatır anlaşmasına dayanmaktadır.⁵⁴ Hatır anlaşması iki tarafa borç yükleyen rızai ve ivazsız bir akitir.⁵⁵ Senet lehine düzenlenen kişiler keşideciye ödeme talebinde bulunmamayı taahhüt etmekte iken (senet iskonto/ciro ettirilmemek üzere tanzim edilmişse);⁵⁶ keşidecinin (hatır borçlusu) senedi imza ve teslim borcu bulunmaktadır. Keşideci bu işlemi bir bedel karşılığı ya da karşılıksız olarak yapabileceğinden ‘bedel’ hatır anlaşmasının esaslı bir unsuru değildir.⁵⁷

Sonuç olarak, hatır senetleri taraflar arasındaki temelde bir alacak ilişkisinin olmaması sebebiyle bedelsiz fakat geçerli senetlerdir.⁵⁸ Bilhassa tedavül amaçlı hatır senetlerinde görünürde işlem geçersiz olsa da inançlı bir işlem yapıldığı kabulü dolayısıyla senedin bedelsiz olduğu söylenebilecektir.⁵⁹ Tedavül amaçlı olmayan hatır senetleri hususunda ise keşideci lehtara karşı senedin geçersizliği defini bir kişisel defa olarak ileri sürebileceğinden senedin bir bedel ihtiva edip etmemesi önem taşımamaktadır.⁶⁰

IV. HATIR SENETLERİNDE NAKDEN/MALEN KAYDININ ÖNEMİ

Esasen kambiyo senetleri, bilhassa ödeme vaadi niteliğini haiz ve bağımsız borç ikrarını içeren bonolar, keşideci ve lehtar arasındaki hususi ilişkiye dayanan borcun ifası için tanzim edilmektedirler. Kambiyo senetlerine dayanan alacaklar, temelde mücerret

⁵³ Yargıtay 11. HD, E. 949, K. 5109, 19.9.1988

⁵⁴ Anglo-Sakson öğretisinde hatır münasebeti kefalet sözleşmesi ekseninde değerlendirilirken, Alman öğretisinde hatır anlaşmaları iş görme akitleri ekseninde kategorize edilmekte olup vekalet hükümlerine tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda, İnan da hatır anlaşmalarına vekalet hükümlerinin tatbikinin icap edeceği kanaatindedir. Bkz. İNAN (n 3) s. 78

⁵⁵ Hatır anlaşmalarının esasen tarafların karşılıklı rızalar ile oluşan “eksik” iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu yönündeki görüş için bkz. HELVACI (n 34) s. 69

⁵⁶ Ünal TEKİNALP and Reha POROY, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (24.bası, Vedat Kitapçılık 2021)

⁵⁷ İNAN (n 3) s. 76-77

⁵⁸ Hatır senetlerinin bedelsiz olarak değerlendirildiği an ise hatır alacaklısının vadesi içinde bedeli hatır borçlusundan sağlayamadığı andır. Bkz. İNAN (n 3) s. 49-50. Ebru TÜZEMEN ATİK, *Açık Kambiyo Senetleri* (2.baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) s. 136

⁵⁹ TÜRK (n 24) s. 333

⁶⁰ İNAN (n 3) s. 50

alacaklar olup, illi bir bağa dayanır.⁶¹ Senedin keşidecisi ve hamilleri, borcu doğuran temel ilişkiden ve bununla ilgili taraflar arasında sağlanan mutabakattan bütünüyle bağımsızdır.⁶² Ancak, bazen de taraflar arasında bir temel ilişki bulunmamasına rağmen keşideci kıymetli evrak tanzim ederek lehtara vermiş olabilir. Bu durumda, eğer ki lehtar ilgili senedi kırdırır veya ciro ederse, keşideci bedeli ödemek zorunda kalacaktır. Ödemiş olduğu bedeli lehtardan isteyebilmesi için ise senedin hatır senedi olduğuna ilişkin iddiasını yalnızca yazılı delille (ya da son çare olarak yemin yoluna başvurarak) ispatlayabilir.⁶³ Diğer bir ifadeyle, temel borç ilişkisinin yokluğuna dayanmak suretiyle hatır def'ini ileri sürebilmek yalnızca kambiyo senedinin keşidecisi ve onunla doğrudan doğruya ilişki içerisinde olan lehtar arasında mümkündür, senedin ciro ile üçüncü kişiye devri halinde temel borç ilişkisine dayalı savunmalar karşılık bulamayacaktır. Bunun sebebi (alacağın temlikindeki durumun aksine) ciro ile temel borç ilişkisinin aktarılmamasıdır.⁶⁴

Kambiyo senetlerinde bedel kaydı, keşideci ve lehtar arasındaki iç ilişki bakımından önem arz eder. Öyle ki, bedel kayıtları keşidecinin (borçlunun), senedin lehtarından (alacaklısından) karşı edayı aldığı ispatı yarayan ihtiyari kayıtlardandır. Bedel kaydı, bilhassa şahsi def'i nedeninin oluştuğuna karine teşkil ederek ispat hukuku açısından bağlayıcılık fonksiyonunu haizdir.⁶⁵ “Bedeli nakden / malen alınmıştır (ahzolunmuştur)” kaydı, senedin hatır senedi olmadığını, aksine düzenleyenin lehtardan para veya mal aldığını belirtir. Yani, ilişkinin temelindeki borç ilişkisini gösterir.⁶⁶ Ancak böyle bir kayıtla bonodaki temel borç ilişkisinin senede yansıtılması, düzenleyenin bu hususun aksini iddia edemeyeceği anlamına gelmemektedir.⁶⁷ 6102 sayılı TTK, kambiyo senetlerinin geçerli olabilmesi için bulunması gereken zorunlu ve ihtiyari unsurları belirtmiştir. Bedel kaydı

⁶¹ Kambiyo senedine ilişkin talepler kambiyo hukuku; temel talepler ise ilgili talebin ait olduğu hukuk kuralları ile çözüme kavuşturulur. Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2003/19-781, K. 2003/768, 17.12.2003; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/19-473, K. 2011/607, 12.10.2011; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/19-89, K. 2013/1645, 4.12.2013; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/19-1155, K. 2014/660, 14.05.2014

⁶² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2003/19-781, K. 2003/768, 17.12.2003; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/19-473, K. 2011/607, 12.10.2011; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/19-89, K. 2013/1645, 4.12.2013; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/19-1155, K. 2014/660, 14.05.2014

⁶³ Nazif KAÇAK, *Tüm Yönleriyle Bono-Poliçe-Çek* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2006) s. 1157

⁶⁴ PULAŞLI (n 40) s. 158-159

⁶⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/2402, K. 2015/1532, 10.6.2015

⁶⁶ ÜLGEN and others (n 7) s. 139

⁶⁷ PULAŞLI (n 40) s. 258

senetlerde bulunması gereken zorunlu unsurlardan birisi olmayıp, ilgili senedin teslimi gerçekleşmiş bir mal veya halihazırda verilmiş bir borç paraya karşılık olarak düzenlenmiş olduğunu gösterir. Keşideci, malen ya da nakden kaydını eklemek suretiyle senedi teslim ettiğinde, malı teslim aldığını ya da belirli bir borç para aldığını ikrar etmiş olur. Bononun lehtar, ‘bedel kaydı’ içeren senedin ‘kayıtsız şartsız borç ikrarı’ anlamına gelebileceği yönündeki mücerretlik (soyutluk) ilkesini ileri süremeyecektir. Bu bağlamda, senette yer alan bedelin nakden ya da malen ahz olunmuş olduğuna dair kayıt, aksi iddianın yalnızca senet, yemin, kesin hüküm veya karşı tarafın açık onayı doğrultusunda tanık ile kanıtlanabilecek bir karine yaratmaktadır.⁶⁸

Nakden / malen kaydı ispat soyutluğuna hanel getirmez. Öyle ki, düzenleyen her zaman senedin hatır senedi olduğunu ileri sürebilir ve kanıtlayabilir. Ancak bu iddia bir senede karşı yapıldığından ötürü, HMK m. 201/1 uyarınca, ‘senede karşı senetle ispat’ zorunluluğu doğacaktır.⁶⁹ Senetteki kaydın aksinin ispatının tanıkla yapılması ancak belirli şartlar altında mümkündür. HMK m. 201’e göre, “*senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler (2024 yılı için) 23.450 TL’den az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.*” Tüm bu hususlar dahilinde, malen/nakden ibaresi bulunan kıymetli evrakta borçlu malı ya da malın bedelini teslim aldığını ikrar etmiş olur. Alacaklı ilgili kayıt düşüldükten sonra malı teslim ettiğini ispatlama yükümlülüğünden kurtulur. Senet metninde yazılı kaydın aksini iddia eden taraf (keşideci) bu hususu ispatla yükümlü olacaktır.⁷⁰ Başka bir ifade ile “senedi talil eden, savını kanıtlamak yükümlülüğü” altına girecektir.⁷¹

⁶⁸ 1933 tarihli ve 30/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca, “*borç ikrarı içeren beyine aleyhine delil ileri sürülebilir, ancak ikrarda borcun sebebi açıklanmış ise, davalı bu sebebin gerçekleşmediğini kanıtlayabilir. Eğer borcun sebebi belirlenmemiş ise, davalı önce ikrarın belli bir sebebi bulunduğunu, sonra bu sebebin gerçekleşmediğini kanıtlamak hakkına sahiptir.*” Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 30/6 Sayılı, 12.04.1933

⁶⁹ Yargıtay 19. HD, 2002/459-2026, 1.3.2003; Yargıtay 19. HD, E. 2002/6178-3691, 7.4.2003; Yargıtay 19. HD, E. 2016/8917, K. 2018/696, 15.02.2018

⁷⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2003/19-781, K. 2003/768, 17.12.2003

⁷¹ Sözlük anlamı itibarıyla “sebebe gösterme” anlamına gelen talil, tarafların senette belirtilen düzenlenme sebebinin değiştirilmesi sonucunu doğuracak birtakım olayları ileri sürmesidir. Bir başka ifadeyle talil, senet

V. HATIR SENETLERİNİN TEDAVÜLÜ VE TAHSİLİ

Senette ciro zincirinin sonlanması ile birlikte senedin hamili tarafından bedelin ödenmesi için düzenleyene başvuru yapılır. Bu noktada, senedi hatır için verdiği lehtara durumu bildirmek suretiyle senet bedelinin ödenmesini talep eder. Lehtar, bedeli ödediği sürece herhangi bir sorun teşkil etmeyecek bu durum, lehtar tarafından ödeme yapılmaması halinde senet bedelinin düzenleyen tarafından ödenmesini gerektirmekte ve bu durum muvacehesinde birçok hukuki ihtilaf ortaya çıkmaktadır.

Tedavül gayesi olmadan düzenlenen hatır senetlerinde alacaklı, borçlu hatır senedini alacaklıya kullanması üzerine teslim etmek, alacaklı ise bu senedi üçüncü kişilere devretmemek üzere bir hatır anlaşması yaparlar. Hatır senetlerinde ileri sürülen hatır defileri şahsi defilerden olup yalnızca keşidecisine karşı ileri serdedebilir. Bu bağlamda keşidecinin senedi devralan kişiye karşı bir hatır def'ini ileri sürebilmesi için senedin tedavül amaçlı düzenlenmemiş olması gerekir. Tedavül amacıyla düzenlenen senetlerde ise esas olan senedin iskonto edilmesi olduğundan, senedin ibrazı ve ödenmesi talebi senedin düzenlenme amacına uygun düşer. Benzer şekilde, Yargıtay tarafından benimsenen görüşe göre de temel alacaktan yoksun bırakılan ve tedavüle çıkarılan hatır senedinin hamiline karşı hatır defi ileri sürülebilmesi hususunda senedin tedavül gayeli kabul edilmesi gerekmektedir.⁷²

Bu kapsamda, öğretideki bir görüşe göre, üçüncü kişi tarafından ilgili senedin hatır senedi olduğunun bilinmesi dahi bile bile borçlunun zararına yapılmış bir eylem

metninde açıklanan düzenleme nedenine aykırı beyanda bulunulmasıdır. Yargıtay kararlarıyla literatürde yer edinen talil kavramı ispat yükünün değişmesi sonucunu doğurur. Detaylı bilgi için bkz. Hayri BOZGEYİK and Süleyman Burak GÜNDOĞDU, 'Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bononda Düzenleme Sebebinin Değiştirilmesine Yönelik Beyanların İspat Yüküne Etkisi' (2021) 7 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 257, s. 261 vd. Mahmut COŞKUN, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8.baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) s. 566 vd. Gülşah YILMAZ, 'Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili' (2021) 78 Ankara Barosu Dergisi 1, s. 12 vd. Yargıtay 11. HD, E. 1984/2517-2601, 4.5.1984; Yargıtay 19. HD, E. 2016/12079, K. 2017/5872, 14.09.2017. Çift taraflı talilin söz konusu olduğu bir durumda ispat külfetinin yer değiştirmeyeceği hakkındaki kararlar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/19-821, K. 2019/58, 05.02.2019; Yargıtay 19. HD, E. 2015/10754, K. 2016/3680, 02.03.2016

⁷² "Binaenaleyh böyle bir bononun ciro suretiyle üçüncü şahsa temlik ancak maksadı tanzimine uygun olan bir istimal şeklidir. Üçüncü şahsın bunu bilmesi hileli itilafa esas olamaz. Aksi halde ciro suretiyle tedavül eden bütün hatır bonolarında hileli itilaf def'inin dermeyanı mümkün olur ki böyle bir neticenin kabulüne ne mezkur bonoların maksadı tesisleri, ne teamül ve ne de kanun hükümleri müsait değildir." Bkz. Yargıtay Ticaret Dairesi, E. 525, K. 5897, 26.11.1951

sayılmamalıdır.⁷³ Ancak, katıldığımız diğer görüşe göre, hatır def'i senedin tedavül amaçlı düzenlenip düzenlenmediğinden bağımsız olarak, senedi devralan, senedin hatır senedi olduğunu biliyorsa kendisine karşı hatır def'i ileri sürülebilir.⁷⁴ Bununla birlikte önemle üzerinde durulması gerekir ki, taraflar arasında senedin keşide edilmesine konu teşkil eden temel ilişkinin geçersizliği iddiasını yalnızca kendi aralarında ileri sürebilir; senet ilk cirosu sonrasında mücerretlik kazanacak ve bu andan itibaren şahsi defiler yalnızca borçlunun bile bile zararına hareket edilmesi halinde söz konusu olabilecektir. Diğer bir ifadeyle, hatır def'inin ileri sürülmesi (i) lehtarın senedi ciro etmeksizin vadesinde keşideciye ödeme talebi ile ibraz etmesi ya da (ii) senedin ciro edilmiş olması halinde senet hamilinin senedin devri anında bile bile borçlunun zararına hareket etmesi hallerinde mümkündür.⁷⁵

VI. HATIR SENETLERİNİN YARGI KARARLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çalışmanın muhtelif başlıklarında yer verilen Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay dairelerinin kararları kronolojik olarak ele alındığında hatır def'i, taraflar arasındaki iç ilişkiye yönelik addedilmekte ve icra iflas hukuku bağlamında "borca itiraz" olarak değerlendirilmektedir. Hatır alacaklısının hatır borçlusundan ödeme talebinde bulunması halinde ileri sürebileceği hatır def'i, Yargıtay uygulamasında senede karşı ileri sürülen bir iddia olduğundan hareketle yazılı delille ispatlanması gereken bir olgu olarak kabul edilmektedir. Yüksek mahkeme uygulamasında taraflar arasında şahsi def'i olarak kabul edilen senedin hatır için düzenlenmesi olgusu, TTK m. 659/2 düzenlemesinden hareketle ancak borçluya zarar verme niyetinin mevcut olduğu, senedin devralınması esnasında borçlunun bilerek ve istenerek mağdur edilme amacının hedeflendiği bir durumda üçüncü kişi için anlam ifade edecektir.

Hatır senetlerine ilişkin yargı kararları irdelendiğinde Yargıtayın konuyu usuli bakımdan yeknesaklık kazanmış içtihatlarıyla çözüme kavuşturduğu görülmektedir. Yüksek

⁷³ İNAN (n 3) s. 58

⁷⁴ ADIGÜZEL (n 18) s. 138. YILMAZ (n 18) s. 476. TEKİNALP and POROY (n 58) s. 261-262

⁷⁵ ÇAMOĞLU (n 28) s. 22

mahkeme, kambiyo senetlerinin sıkı şekil koşullarını haiz olduğundan hareketle hatır def'ine yönelik taraf savunmalarını ispat hukukunun genel ilkeleri uyarınca değerlendirmektedir. Bu doğrultuda hatır senetlerine ilişkin verilen kararların önemli bir çoğunluğunda senede karşı ancak yazılı delille ispatın mümkün olduğu ilkesinden hareketle uyuşmazlıklar çözümlenmektedir. Gerçekten de kambiyo senetleri iktisadi fonksiyonu gereği piyasada tedavül eden senetlerdir. Sıkı şekil şartlarının hakim olduğu bu senetlerde bir kimsenin haklılığı tayin edilirken ispat hukukunun genel kaideleri geçerli olacaktır.

SONUÇ

Hatır senetleri uygulamada oldukça sık kullanılsa da teorik açıdan yeterince incelenmemiştir. Hatır senetlerine ilişkin yargıya taşınmayan uyuşmazlıkların tespitin zorluğu ve bu nedenle hatır senetlerinin nitelik ve niceliksel çalışmalara uygun olmaması, bu hususta yapılan çalışmaların sürekli teorik kalmasının başat nedenlerindedir.

Hatır senetleri, borçlu tarafından hatır için kabul edilmekte ve bir karşılık ilişkisi ihtiva etmemekte olsalar da tedavül kabiliyetine sahiptir. Bu sebeple, tedavül gayeli düzenlenip düzenlenmediklerinden ari olarak keşideci açısından oldukça riskli senetlerdir. Bunun sebebi senedin bir hatır senedi olduğu iddiasının iyiniyetli hamillere karşı ileri sürülememesidir. Hatta, hatır alacaklısı aleyhine açılacak menfi tespit davasında ispat külfetinin de davacı, yani senedin keşidecisi üzerinde olması ve ispatın yalnızca yazılı belge ile yapılabilmesi hatır borçlusunun durumunu oldukça zorlaştırmaktadır.

Hatır senetleri esasen bedelsiz senetler olduğundan, bu senetlerin lehtar tarafından bedel talep edilmesi halinde hukuki ihtilaflar gündeme gelmektedir. Senette bedelsizlik iddiası şahsı bir def'idir ve senedin ilk lehtarına karşı ileri sürülebilir; fakat senet ciro edildikten sonra hamilin bile bile borçlunun zararına hareket ettiği hallerde de senedin bedelsiz olduğu iddia edilebilir ve buna yönelik menfi tespit davası açılabilir. Bir başka ifade ile, hatır bonosunun hamili (lehtar), düzenleyenden bonoya dayanarak ödeme talebinde bulunduğu anda, düzenleyen bu talebe karşı hatır/bedelsizlik def'i ileri sürebilir ve ödemekten kaçınır. Ancak senet, zilyetliğin devri ile üçüncü kişilere ciro edilmişse, düzenleyen hatır def'ini ileri süremeyecektir. İstisna olarak, borçlunun zararına bilerek hareket edilmesi halinde hatır def'inin ileri sürülmesi

mümkündür (TTK m. 687/1; 778/1(a); 852/2; TBK m. 19/2). Yani senedin hamili, bilerek senet borçlusunun zararına hareket ettiğinde hukuk hatır borçlusunun mağduriyetine cevaz vermeyecektir.

Hatır senetleri lehtar tarafından ciro edildiğinde keşideci senedin hatır senedi olduğunu yazılı delille ispatlayamadığı sürece bedeli ödemek zorunda kalacaktır. Nitekim yargı kararları da bu istikrardadır. İhtiyari olarak kambiyo senetlerine iliştirilecek bedel (nakden/malen) kaydı ise keşideci ve lehtar arasındaki iç ilişkinin ispatı bakımından önemli olsa da senedin ciro edildiği üçüncü kişiye karşı herhangi bir etki doğurmayacaktır. Bedel kaydı, ilgili senedin hatır senedi olmadığını ve temelinde bir borç ilişkisi bulunduğunu gösterse de keşideci bu durumun aksini her zaman iddia ve ispat edebilir.

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL B, 'Yargıtay Kararları Işığında Kambiyo Senetlerinde Bile Bile Borçlu Zararına Hareket' (2018) 4 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 129-148.

ALTIN M and ÖĞÜTÇÜ T, *Ticari Senetler (Poliçe, Bono, Çek) ve Özel Takip Yolları* (Ulucan Matbaası 1980).

ATİK ET, *Açık Kambiyo Senetleri* (2.baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).

AZARKAN N, 'Factoring İşlemi Çerçevesinde Çeki Ciro İle Temlik Alan Üçüncü Kişiyeye Karşı Şahsi Def'ilerin İleri Sürülmesi' (2017) 22 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-107.

BİLGİN M, *Uygulamada Kambiyo Senetleri (Poliçe, Bono, Çek) ve 5941 Sayılı Yeni Çek Kanununun Değerlendirilmesi* (1.baskı, Adalet Yayınevi 2010).

BİLGİLİ F and Ertan DEMİRKAPI, *Kıymetli Evrak Hukuku* (4.baskı, Dora Yayınevi 2014).

BOZER A and GÖLE C, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8.baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2018).

BOZGEYİK H and GÜNDOĞDU SB, ‘Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bononda Düzenleme Sebebinin Değiştirilmesine Yönelik Beyanların İspat Yüküne Etkisi’ (2021) 7 Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 257-269.

BOZTOSUN AO, ‘Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı’ [2007] Legal Hukuk Dergisi 1487-1499.

ÇAMOĞLU E, ‘Kambiyo Senetlerinde Borçlunun Defileri (Savunmaları)’ (2019) 35 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5-35.

ÇİÇEKLİ AF, ‘Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yoluyla Takipte Menfi Tespit Davasının Nitelikleri’ (2021) 11 Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 839-901.

COŞKUN M, *Kıymetli Evrak Hukuku* (8.baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).

DEMİR R, ‘Faktoring Sözleşmesi’ (2013) 8 Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 877-902.

DENİS J, ‘Les Effets de Complaisance (Etude de Jurisprudence)’ *Les Presses Modernes* (1937).

DOMANIÇ H, *Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi-IV* (1.Baskı, Eskin Matbaası 1990).

ERDOĞAN ŞM, ‘Kambiyo Senetlerinde İyiniyetli Hamilin Korunması’ (1999) 11 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 364-394.

HELVACI M, ‘Kambiyo Senetlerinde Defiler’ (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1985).

İNAN N, ‘Kıymetli Evrak Hukukuna Ait Bazı Yargıtay Kararları (Bonolarda Hatır İddiasının Dermeyanı)’ (1968) 4 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 704-713.

İNAN N, *Hatır Senetleri ve Özellikle Hatır Bonoları* (1.baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1969).

KAÇAK N, *Tüm Yönleriyle Bono-Poliçe-Çek* (1.baskı, Seçkin Yayıncılık 2006).

KARAHAN S and others, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3.baskı, Mimoza Yayınları 2015).

KAYAR İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (7.baskı, Seçkin Yayıncılık 2013).

KAYIHAN Ş, *Kıymetli Evrak Hukuku* (9.baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).

KENDİGELEN A and KIRCA İ, *Kıymetli Evrak Hukuku* (7.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023).

LESCOT P and ROBLLOT R, 'Les Effets de Commerce: 1 Lettre de Change, Billets a Ordre et Au Porteur, Warrants' [1953] Rousseau et Cie.

OĞUZMAN K and BARLAS N, *Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar* (27.baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).

ÖZDAMAR M and others, *Kıymetli Evrak Hukuku* (3.baskı, Adalet Yayınevi 2022).

ÖZTAN F, *Kıymetli Evrak Hukuku* (23.bası, Yetkin Yayınları 2019).

PULAŞLI H, *Kıymetli Evrak Hukukununun Esasları* (9.baskı, Adalet Yayınevi 2021).

SARIKAYA M, *Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı* (1.baskı, Vedat Kitapçılık 2018).

STRANZL G, 'Wechsel-, Scheck- Und Sonstiges Wertpapiererecht'.

TEKİNALP Ü and POROY R, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları* (24.bası, Vedat Kitapçılık 2021).

TÜRK A, 'Anonim Ortaklıkta Gizli Yedek Akçeler' (2002) 4 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 173-233.

TÜRK A, 'Kambiyo Senedi Borçlusunu Tarafından Açılan Bedelsizliğe ve Hükümsüzlüğe Dayalı Menfi Tespit Davalarının Gösterdiği Özellikler' (2005) 7 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 307-382.

ÜLGEN H and others, *Kıymetli Evrak Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2013).

UYAR T, 'Kambiyo Senetlerine İlişkin Haciz Yolu İle Takiplerde Borca İtiraz Nedenleri' (2014) 88 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 172-232.

YILMAZ G, 'Yargıtay Kararları Işığında Bononun Ta'lili' (2021) 78 Ankara Barosu Dergisi 1-36.

YILMAZ L, *Kambiyo Senetlerinde Def'iler* (2.baskı, Aristo Yayınevi 2017).

YILMAZ S and PINAR H, 'İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerine Bir Değerlendirme' (2020) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 959-998.

Yargı Kararları

Yargıtay 9. HD, E. 2022/8693, K. 2022/11102, 04.10.2022.

Yargıtay 11. HD, E. 1982/5728, K. 1982/5726, 29.02.1982.

Yargıtay 11. HD, E. 1984/2517-2601, 4.5.1984.

Yargıtay 11. HD, E. 949, K. 5109, 19.9.1988.

Yargıtay 11. HD, E. 1988/4483, K. 1989/1412, 7.3.1989.

Yargıtay 11. HD, E. 2016/12136, K. 2017/3661, 13.6.2017.

Yargıtay 11. HD, E. 2020/2506, K. 2020/4007, 12.10.2020.

Yargıtay 11. HD, E. 2020/3250 K. 2020/4254, 20.10.2020.

Yargıtay 11. HD, E. 2020/2554, K. 2020/4326, 21.10.2020.

Yargıtay 11. HD, E. 2020/2919, K. 2020/5748, 8.12.2020.

Yargıtay 11. HD, E. 2020/4643, K. 2020/5620, 2.12.2020.

Yargıtay 11. HD, E. 2020/4815, K. 2021/438, 26.1.2021.

Yargıtay 11. HD, E. 2020/3927, K. 2021/3336, 6.4.2021.

Yargıtay 11. HD, E. 2020/7803, K. 2022/4559, 07.06.2022.

Yargıtay 11. HD, E. 2022/3183, K. 2023/2946, 15.05.2023.

Yargıtay 11. HD, E. 2022/6680, K. 2023/4189, 06.07.2023

Yargıtay 12. HD, E. 10881/5881, 20.4.1989.

Yargıtay 12. HD, E. 9201/10765, 24.9.1992.

Yargıtay 19. HD, E. 6728, K. 6749, 17.10.2002.

Yargıtay 19. HD, E. 2002/459-2026, 1.3.2003.

Yargıtay 19. HD, E. 2002/6178-3691, 7.4.2003.

Yargıtay 19. HD, E. 1511, K. 5786, 4.6.2007.

- Yargıtay 19. HD, E. 2007/6792, K. 621, 31.1.2008.
- Yargıtay 19. HD, E. 12481, K. 17317, 20.11.2012.
- Yargıtay 19. HD, E. 2012/15090, K. 3236, 20.2.2013.
- Yargıtay 19. HD E. 2015/3529/2015, K. 2015/16902, 15.12.2015.
- Yargıtay 19. HD, E. 2016/2545, K. 2015/1062, 25.3.2015.
- Yargıtay 19. HD, E. 2015/10754, K. 2016/3680, 02.03.2016.
- Yargıtay 19. HD, E. 2016/9353, K. 2017/2526, 29.3.2017.
- Yargıtay 19. HD, E. 2016/10166, K. 5511, 3.7.2017.
- Yargıtay 19. HD, E. 2016/11916, K. 3506, 8.5.2017.
- Yargıtay 19. HD, E. 2016/12079, K. 2017/5872, 14.09.2017.
- Yargıtay 19. HD, E. 2016/8917, K. 2018/696, 15.02.2018.
- Yargıtay 19. HD, E. 2019/2602, K. 2019/4278, 11.9.2019.
- Yargıtay 19. HD, E. 2018/3885, K. 2020/928, 10.6.2020.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1963/78, K. 1963/41, 25.12.1963.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2003/19-781, K. 2003/768, 17.12.2003
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2011/19-473, K. 2011/607, 12.10.2011.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/19-89, K. 2013/1645, 4.12.2013.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/19-1155, K. 2014/660, 14.05.2014.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/12-1948, K. 2015/1247, 22.4.2015.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/2402, K. 2015/1532, 10.6.2015.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2013/19-2238, K. 2015/1062, 25.3.2015.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/12-330, K. 2017/1088, 7.6.2017.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/19-821, K. 2019/58, 05.02.2019
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/748, K. 282, 10.3.2020.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/969, K. 2021/866, 29.06.2021.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2021/(19)11-659, K. 82, 8.2.2022.
- Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 30/6 Sayılı, 12.04.1933.
- Yargıtay Ticaret Dairesi, E. 525, K. 5897, 26.11.1



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

İNSANLIĞA KARŞI SUÇLAR VE SOYKIRIM SUÇUNUN GELİŞİMİ: NÜRNBERG ULUSLARARASI ASKERİ CEZA MAHKEMESİNİN FARKLI ETKİLERİ

*Dr. Öğr. Gör. Yener YILDIRIMKAL **

ÖZ

İkinci Dünya Savaşı yılları, uluslararası suçların geniş ölçekte işlendiği bir dönem olmuştur. Henüz savaş devam ederken, Müttefik Devletler, Mihver Devletleri adına hareket ederek suç işleyen kişileri cezalandırma iradelerini açıklamış, savaşın sona ermesiyle birlikte bu yöndeki ortak irade hayata geçirilmiştir. Savaşta işlenen bazı suçlar, Müttefik Devletlerin ulusal askeri ceza mahkemelerinde kovuşturulmuş olmakla birlikte, ‘büyük savaş suçlusı’ kabul edilen kişilerin yargılanması için, biri Tokyo diğeri Nürnberg’de olmak üzere iki ayrı uluslararası ceza mahkemesi kurulmuştur. Avrupa Mihver Devletleri adına hareket eden kişileri yargılamak üzere kurulan Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi’nin statüsünde (m.6/c), insanlığa karşı suçlar tarihte ilk defa tanımlanmıştır. Statü, bu yönüyle uluslararası ceza hukukunun gelişiminde önemli bir adım teşkil etmektedir. Soykırım suçu bakımından ise durum farklıdır. Mahkeme’nin madde bakımından yetkisini düzenleyen Statü m. 6’da soykırım suçuna yer verilmediği gibi, hükümde de bu suçtan bahsedilmemiştir. İddianameye bakıldığında, soykırımın bağımsız bir suçlama olarak sanıklara yüklenmediği, işgal edilen bölgelerdeki sivil halka karşı işlenen bir savaş suçu olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bu makalede, Londra Konferansı hazırlık çalışmalarından başlayarak, hükmün tefhimine kadar devam eden Nürnberg sürecinde, inceleme konusu suçların maddi ceza hukuku bakımından nasıl ele alındığı, bu ‘yeni’ suçlarla uluslararası örf ve adette yer alan ‘klasik’ savaş suçları arasındaki ilişkinin nasıl yorumlandığı açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Nürnberg, Uluslararası Ceza Hukuku, İnsanlığa Karşı Suçlar, Savaş Suçları, Soykırım Suçu

* Doğuş Üniversitesi Meslek Yüksekokulu Adalet Programı Öğretim Görevlisi Dr., yyildirimkal@dogus.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9197-0819



THE DEVELOPMENT OF CRIMES AGAINST HUMANITY AND THE CRIME OF GENOCIDE: DIFFERENT EFFECTS OF THE NUREMBERG INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL

*Dr. Yener YILDIRIMKAL***

ABSTRACT

The Second World War and the years leading up to it were a period of large-scale international crimes. While the war was still ongoing, the Allied States declared their will to punish those who committed crimes while acting on behalf of the Axis States, and this common will was put into practice with the end of the war. Although some crimes committed during the war were prosecuted in the national military tribunals of the Allied States, two separate international criminal tribunals, one in Tokyo and one in Nuremberg, were established for the prosecution of persons deemed to be 'major war criminals'. The statute of the Nuremberg International Military Tribunal, which was established to prosecute persons acting on behalf of the European Axis Powers, defined crimes against humanity for the first time in history (Art. 6/c). In this respect, the Statute constitutes an important step in the development of international criminal law. The case is different with regard to the crime of genocide. Article 6 of the Statute, which regulates the Court's material jurisdiction, does not include the crime of genocide, nor is this crime mentioned in the judgment. When the indictment is examined, it is seen that genocide is not charged as an independent crime, but is considered as a type of war crime committed against the civilian population in the occupied territories. In this article it has been tried to explain how the crimes under discussion were handled in terms of substantive criminal law and to put forward how the relationship between these 'new' crimes and the 'classic' war crimes was interpreted at Nuremberg, starting from the preparatory work of the London Conference until the pronouncement of the judgment.

Anahtar Kelimeler: Nuremberg, International Criminal Law, Crimes Against Humanity, War Crimes, Crime of Genocide.

* Lecturer PhD at Doğuş University Vocational School, Justice Programme, yildirimkal@dogus.edu.tr,
ORCID ID: 0000-0001-9197-0819

This article is derived from the author's doctoral dissertation titled "The Crime of Genocide in International Law and Turkish Criminal Law", which was accepted on 08.05.2024 at Marmara University Institute of Social Sciences, Department of Public Law.

Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı bünyesinde, 08.05.2024 tarihinde kabul edilen, "Uluslararası Hukukta ve Türk Ceza Hukukunda Soykırım Suçu" başlıklı doktora tezinden üretilmiştir.

Extended Summary

War crimes were the first category of crimes to emerge in international law, followed by crimes against humanity and the crime of genocide. By the beginning of the twentieth century, crimes against humanity and the crime of genocide had not yet been introduced in international law. As of this period, the conventional law regulating the acts that could be considered within the scope of international criminal law consisted of the Hauge Conventions of 1899 and 1907. In other words, these conventions constituted the legal basis of the category of war crimes in international positive law. In the Hauge Conventions, which largely reflect customary international law, the protected persons are belligerents and inhabitants of occupied territory. Thus, 1899 and 1907 Hauge Conventions do not contain any provisions regulating the treatment of a state's own nationals in its own territory.

In the preamble of both conventions, the following phrase referred to as “*Martens Clause*” is included: “*Until a more complete code of the laws of war is issued, the High Contracting Parties think it right to declare that in cases not included in the Regulations adopted by them, populations and belligerents remain under the protection and empire of the principles of international law, as they result from the usages established between civilized nations, from the laws of humanity and the requirements of the public conscience.*”

It has been argued that this phrase may be interpreted broad enough to include acts committed by a state against its own nationals in its own territory. In the 1919 report of the Paris War Crimes Commission (Commission on the Responsibilities of the Authors of the War...) which was established to prosecute the crimes committed during the First World War, the accusations against German and Turkish officials were based on this provision, but this position met with objections in the doctrine. Furthermore, the U.S. delegates stated that the expression “*laws of humanity*” had no place in international positive law and defended the view that acts could not be subject to prosecution on the basis of this expression. The U.S. delegation to the Conference lodged a dissenting opinion to the report in this respect. In 1948, when the issue came to the fore in the national prosecutions at Nuremberg pursuant to Control Council Law No. 10, the American Military Tribunal No. III, demonstrated that the Martens Clause, “*...refers specifically to belligerently occupied country*” (see The Krupp Case).

Since this situation posed a critical problem in prosecuting the crimes committed by the Nazis against Jews who were German citizens in the German sovereign territory, it became necessary to regulate crimes against humanity as a new and broader category of crimes in the statute of the Tribunal. With the adoption of the IMT Statute annexed to the 1945 Treaty of London, crimes against humanity were officially recognised for the first time in history (see Article 6/c). In this respect, the Statute constitutes an important step in the development of international criminal law.

When it comes to the indictment and the trial phase, it is seen that there was a very cautious, even “timid” attitude towards the separation of crimes against humanity from war crimes in terms of substantive criminal law. Just like the Prosecution, the IMT also refrained from making a clear distinction between the elements of these crimes. The main reason of this attitude was the will to avoid criticism based on the legality principle by bringing crimes against humanity -which were charged to the accused with retroactive effect- as close as possible to the well accepted category of war crimes. Even when the accused were charged only with crimes against humanity (and not with war crimes), the position of IMT did not change. A careful reading of the parts of the judgment regarding *Streicher* and *von Schirach* shows that even in this case IMT refrained from making a clear distinction between the two categories of crimes. Therefore, we can say that the conditions under which acts of persecution are punishable as crimes against humanity can only be revealed through interpretation within the judgment of IMT.

Looking at the Nuremberg process, starting from the preparatory work of the 1945 Treaty of London until the pronouncement of the judgment, it is observed that the word “genocide” was first used during the London Conference in a draft proposed by the U.S. delegation, and later in the indictment under the count of war crimes, finally in some oral statements of the prosecutors during the trial. However, the crime of genocide is not mentioned in the basic legal texts of IMT, namely the Statute and the judgment. In the Nuremberg process, genocide was used as an abstract concept that was still in its developmental stage, not as a crime charged to the defendants. Thus, we conclude that the IMT did not make a direct contribution to the development of the crime of genocide in the sense of substantive criminal law.

However, when the Nuremberg process is taken as a whole, it provided an important support in introducing the concept of genocide to the world at large and securing the international support necessary for the adoption of the Genocide Convention.

Shortly after pronouncement of the IMT judgment (30 September – 1 October 1946), preparatory work for the UN Genocide Convention began with the joint proposal of Cuba, India and Panama dated November 2, 1946. As a result of these efforts, the Genocide Convention was adopted by General Assembly Resolution 260 (III) of 9 December 1948.

GİRİŞ

Yirminci yüzyılın başlarına gelindiğinde, uluslararası ceza hukuku kapsamında ele alınabilecek fiilleri düzenleyen konvansiyonel hukuk 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmelerinden ibaretti¹. “La Haye Hukuku” olarak da adlandırılan bu alan, ilki 18 Mayıs 1899’da, ikincisi ise 15 Haziran 1907’de Hollanda’nın La Haye şehrinde başlayan, barışın korunması ve silahsızlanma konulu konferanslar dizisi ile bu konferansların sonunda imzalanan muhtelif sözleşmeler ve eklerinden oluşmaktadır². Bu sözleşmelerle³ koruma altına alınan kişiler, muharipler (belligerents) ve düşman tarafından işgal edilen bölgelerde yerleşik sivil halk (inhabitants of occupied territory) olup⁴, sözleşmelerde uluslararası bir silahlı çatışma sırasında savaşan tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir⁵. Çalışmamızın devamında yeri geldikçe değineceğimiz önemli bir husus olarak; 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmeleri’nde, devletin kendi ülkesinde, kendi vatandaşlarına muamelesini düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, Nazilerin Alman egemenlik bölgesinde, Alman vatandaşı olan Yahudilere karşı işlediği suçlar bakımından kritik bir sorun teşkil etmekteydi.

¹ Durmuş Tezcan, Mustafa R. Erdem and R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku* (Revised 7th edn, Seçkin Yayıncılık 2023) 321

² R. Murat Önok, *Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi* (Turhan Kitabevi 2003) 26-29; Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş* (Beta Basım Yayım 2006) 3-7

³ Konumuzla ilgili bulunan Lahey sözleşmelerinden ilki, ‘29 Temmuz 1899 Tarih, (II) No. lu Kara Savaşının Kanunları ile Örf ve Adet Kurallarına İlişkin Sözleşme’, diğeri de yine aynı konuda yapılan ve önceki sözleşmenin yerine geçen, ‘18 Ekim 1907 Tarih, (IV) No. lu Kara Savaşının Kanunları ile Örf ve Adet Kurallarına İlişkin Sözleşme’dir.

⁴ 1907 tarih (IV) No.lu La Haye Sözleşmesi’nin ‘Düşman Devlet Bölgesi Üzerinde Askeri Yetki’ başlıklı 3. Bölümü’nde yer alan 42-45. maddelerde kullanılan ifadeler aynen alınmıştır.

⁵ Tütüncü (n 2) 4

Her iki sözleşmenin dibacesinde yer alan Martens kaydı ise kanunilik ilkesiyle ilgili tartışmalara sebep olmuştur⁶. Burada kullanılan ‘*insanlık kanunları*’ (laws of humanity) ifadesinin sözleşmelerin kapsamını ne ölçüde genişletebileceği, devletin kendi ülkesinde, kendi vatandaşlarına karşı işlediği fiillerin, bu kayıt üzerinden uluslararası hukuka dahil edilemeyeceği meselesi ihtilafli kalmıştır.

Başlı başına bir araştırma konusu teşkil eden bu meseleyi ayrıntılı şekilde ele almamız mümkün olmayacaktır. Ancak belirtmek isteriz ki; 1899-1907 Lahey Sözleşmeleri’nin devletin kendi ülkesinde, kendi vatandaşlarına karşı işlediği fiilleri kapsamadığı içtihat⁷ ve öğretilerde⁸ tespit edilmiş, Martens kaydının da tartışma konusuyla doğrudan ilgisi bulunmayan başka bir hukuki meselenin çözümü amacıyla dibaceye eklendiği ifade edilmiştir⁹.

Kanımızca, Martens kaydında yer alan “inhabitants” (*yerleşik halk*) sözcüğü, aşağıda alıntı yaptığımız *Krupp* davasında belirtildiği üzere, (*işgal edilen bölgede yerleşik halk*) olarak anlaşılmalıdır. Zira, Sözleşme’de sivil halka yönelik yasak fiilleri düzenleyen 42-56 arası maddelere bakıldığında, bunların tümünde işgal durumu, işgal ordusu ve işgal bölgesi dikkate alınmıştır¹⁰. İşgal edilen bölge dışındaki sivillerden bahseden hüküm bulunmamaktadır. Bir

⁶ 29 Temmuz 1899 tarih, (II) No. lu Sözleşmenin dibacesinde ilk defa yer alan, 1907 tarih (IV) No. lu Sözleşmede de benzer şekilde tekrar edilen “Martens Kaydı” (Martens Clause), 1907 Tarih, (IV) No. lu Sözleşme’de şu şekilde yer almıştır: “Savaş kurallarının tekemmülünü sağlayacak yeni bir metnin kabulüne kadar, yüksek akit taraflar, kendileri tarafından kabul edilmiş yönetmeliklerde düzenlenmiş olmayan durumlarda, [işgal bölgesinde] yerleşik halklar ve muhariplerin, medeni toplumlar tarafından kabul görmüş uygulamalar, insanlık kanunları ve kamu vicdanından kaynak bulmuş olan milletlerarası hukuk ilkelerinin koruması ve hükmü altında bulunacaklarını beyan etmeyi uygun görürler.”

⁷ “... La Haye düzenlemelerini ortaya çıkaran 1899 La Haye Barış Konferansı kayıtları, katılımcıların düşman tarafından işgal edilen bölgelerin korunmasına vurgu yaptığını göstermektedir... Martens kaydının... sadece sözcük kullanımı değil (‘yerleşik halklar’ ifadesi, özellikle ‘muharipler’ ifadesinden önce yazılmıştır) o zamanda yaşanan tartışmalar da, düzenlemenin spesifik olarak “savaş yoluyla işgal edilmiş ülkeye” yönelik olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.” U.S. Military Tribunal Nuremberg, The Krupp Case, Judgment of 31 July 1948. Bkz. Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, Volume IX (U.S. Government Printing Office 1950) 1341

⁸ William A. Schabas, Genocide in International Law The Crime of Crimes (2nd edn, CUP 2009) 22; Egon Schwelb, ‘Crimes against Humanity’ (1946) 23 British Year Book of International Law 189; Gideon Boas, James L. Bischoff and Natalie L. Reid, International Criminal Law Practitioner Library Volume II, Elements of Crimes Under International Law (CUP 2009) 20; Jonathan Hafetz, Punishing Atrocities Through a Fair Trial International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism (CUP 2018) 10

⁹ La Haye Konferansı tutanaklarına bakıldığında, “...yönetmeliklerde düzenlenmiş olmayan durumlar” ifadesinin “işgal edilen bölgede yaşayan” ve “işgal eden düşman ordusuna karşı” meşru savunma amacıyla silahlanmış durumunda bulunan bölge halkını (lawful combatants) kapsama almak amacıyla ortaya konulduğu anlaşılmaktadır. 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinin kabulüne kadar uluslararası hukukta geçerliliğini koruyan örf ve adet kuralları, işgal bölgelerinde yaşayan sivillere düşman ordusuna karşı silahlı direniş hakkı tanımadığından, müzakereler sırasında söz konusu grubun koruma altına alınması önemli bir tartışma konusu olmuş, bu konuda büyük devletler ve diğerleri arasında yaşanan anlaşmazlık, Martens Kaydındaki muğlak ifadeyle geçici olarak çözüme kavuşturulmuştur. Daha fazla açıklama için bkz. Antonio Cassese, ‘The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?’ (2000) 11 (1) European Journal of International Law 197, 198

¹⁰ Bu maddelerde yasak fiilleri işleyebilecek taraf, aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir; m. 44’te, “muharip” (belligerent); m. 45’te, “düşman kuvveti” (hostile power); m. 48 ve 49’da, “işgal eden” (occupant); m. 52 ve 53’te “işgal eden ordu” (army of occupation); m. 55’te “işgal eden devlet” (occupying state). Bundan başka, koruma

sözleşmenin dibacesinin, aynı sözcüğe sözleşme hükümlerinden farklı bir anlam yüklediğini kabul etmek ise mümkün değildir. Böylece, Martens kaydının Lahey Sözleşmelerini, yer bakımından devletin kendi ülkesini ve kişi bakımından kendi vatandaşlarını kapsayacak şekilde genişletme iradesi barındırmadığı ortaya çıkmaktadır, kanaatindeyiz.

Birinci Dünya Savaşı sırasında işlenen suçları kovuşturmak amacıyla kurulmuş olan 1919 Paris Soruşturma Komisyonu'nun raporunda, Alman ve Türk yetkililere yöneltilen ithamların bu kayda dayandırılması öğretide itirazla karşılaşmıştır¹¹. Ayrıca ABD delegasyonu '*insanlık kanunları*' ifadesinin uluslararası pozitif hukukta yeri bulunmadığını belirterek, bu ifadeye dayalı olarak fiillere suç vasfı verilemeyeceği, yargılamaya konu yapılamayacağı görüşünü savunmuştur¹². ABD ve Japonya delegasyonları söz konusu rapora bu yönden muhalefet şerhi koymuştur¹³.

Dönem itibariyle kapsamı büyük ölçüde Lahey Sözleşmeleri ve uluslararası örfi hukuk tarafından belirlenmiş olan savaş suçları kategorisinin, devletin kendi ülkesinde işlediği fiilleri kapsamaması, daha geniş kapsamlı yeni bir uluslararası suç kategorisi ortaya konulmasını zorunlu hale getirmiştir. Nürnberg sürecinde insanlığa karşı suçlar ilk defa tanımlanırken ortaya çıkan tartışmalara yukarıdaki tespitler ışığında yaklaşılması, tartışma noktalarını daha belirgin hale getirecek, konunun aydınlanması bakımından faydalı olacaktır düşüncesindeyiz.

I. İKİNCİ DÜNYA SAVAŞINDA İŞLENEN SUÇLARIN KOVUŞTURULMASINA GİDEN YOL

A. 1942 SAINT JAMES DEKLARASYONU

Müttefik Devletler, henüz İkinci Dünya Savaşı devam ederken, savaş sırasında işlenen suçların kovuşturulması konusunda ortak iradelerini açıkladılar. 25 Ekim 1941 tarihinde ABD ve İngiltere tarafından devlet başkanı düzeyinde yapılan ortak açıklamaya dayalı olarak, 13 Ocak 1942 tarihinde *Saint James Deklarasyonu* imza altına alındı. Bu metinde imzacı devletler, söz konusu suçları, "*...işleyen, işlenmesinden sorumlu olan, işlenmesini emreden ve bu suçlara iştirak edenlerin...*" kovuşturulması ile "*...yargılamalar sonunda verilecek hükümlerin infazını...*" öncelikli savaş hedefleri arasına aldıklarını dünya kamuoyuna duyurdular¹⁴.

altına alınan kişilerden bahsedilirken, "*işgal edilen bölgede yerleşik halk*" (inhabitants of occupied territory) ifadesi kullanılmıştır (m. 44-45)

¹¹ Boas, Bischoff and Reid (n 6) 21

¹² Schwelb (n 6) 181, 182

¹³ Muhalefet şerhlerinin tam metni için bkz. Violation of the Laws and Customs of War, Carnegie Endowment for International Peace Division of International Law, Pamphlet No. 32, Annex II (The Endowment 1919) 58-80

¹⁴ Tam metin için bkz. 'Saint James Declaration' <<https://www.jewishvirtuallibrary.org/the->

B. SAVAŞ SUÇLARI KOMİSYONU

Müttefikler, Birinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan kovuşturmalarda ortaya çıkmış olan sorunların tekrar yaşanmaması için, savaş sonrasında yapılacak yargılamalara hazırlıklı olmak gerektiğini anlamışlardı¹⁵. 20 Ekim 1943 tarihli konferansta, suçlara ilişkin delilleri toplayarak devletler arasında koordinasyonu sağlamak amacıyla, “*Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu*” oluşturuldu¹⁶. Hükümetler arası nitelik taşıyan bu komisyonun kuruluşunda Rusya yer almamıştır¹⁷.

Komisyon, suç teşkil eden fiiller ve bunları işleyen kişiler hakkında bilgi topluyor, ulaşılan sonuçları klasörler halinde arşivleyerek ilgili devletlere gönderiyordu. Ayrıca, komisyon bünyesinde hukuki meseleler konusunda görüş bildiren bir Hukuk Komitesi bulunmaktaydı. Komisyonun arşivlediği bulgu ve deliller, Nürnberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri tarafından kullanıldığı gibi daha sonraki yıllarda Avrupa ve uzak doğuda yapılan ulusal yargılamalarda da bu çalışmalardan yararlanılmıştır¹⁸.

C. 1943 MOSKOVA DEKLARASYONU

Moskova Konferansında bir araya gelen ABD, İngiltere, Rusya ve Çin, 1 Kasım 1943 tarihinde, dünya tarihi bakımından önem arz eden bir deklarasyon metni imzaladılar¹⁹. Deklarasyonun ilk kısmı dört devlet tarafından ortak olarak imzalanmıştı. Bu kısımda imzacı devletler, 1945’te San Francisco’da varlık kazanacak olan Birleşmiş Milletler örgütünün kuruluşuna yönelik irade açıklamasını²⁰ ortaya koydular.

[declaration-of-st-james-s-palace-on-punishment-for-war-crimes](#)> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024

¹⁵ Narrelle Morris and Aden Knaap, ‘When Institutional Design Is Flawed: Problems of Cooperation at the United Nations War Crimes Commission 1943–1948’ (2017) 28 (2) European Journal of International Law 513

¹⁶ Bu komisyonun adı, “*Birleşmiş Milletler Savaş Suçları Komisyonu*” olsa da, belirtilen tarih itibarıyla Birleşmiş Milletler (BM) örgütü kurulmuş değildi. Burada yer verilen “*Birleşmiş Milletler*”, komisyonu oluşturan devletlerin birlikte hareket etme iradesini yansıtan bir ifadedir.

¹⁷ Konferansa katılan devletler; Avustralya, Belçika, Kanada, Çin, Çekoslovakya, Yunanistan, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Güney Afrika Birliği, İngiltere, ABD ve Yugoslavya’dır. Komisyonun çalışmaları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Lütem, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk* (Güney Matbaacılık 1951) 50-55

¹⁸ Uzak doğuda işlenen suçlarla ilgili çalışmak üzere ayrıca bir alt-komisyon oluşturulmuştur. Bkz. M. Cherif Bassiouni ve William A. Schabas, *The Legislative History of the International Criminal Court Volume 1* (Second Revised and Expanded Edition, Brill Nijhoff 2016) 26, 27

¹⁹ Deklarasyonun imza tarihi 30 Ekim 1943’tür. Metin için bkz. ‘The Moscow Conference’ <<https://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024

²⁰ Deklarasyonda imzacı devletler, “...*Uluslararası barış ve güvenliğin sağlanması amacıyla, mümkün olan en yakın tarihte, tüm barışsever devletlerin egemen eşitliği ilkesine dayanan, küçük ya da büyük tüm barışsever devletlerin üyeliğine açık, genel bir uluslararası örgüt*

Deklarasyonun sonraki kısımlarında Çin yer almamış, ABD, İngiltere ve Rusya üçlüsü ortak açıklamalarında, Avusturya'nın Alman işgalinden kurtararak özgürlüğüne kavuşturulması ve İtalya'daki faşist rejimin tasfiye edilmesi konularına yer vermiştir. İnceleme konumuzu doğrudan ilgilendiren, “*Vahşet Fiillerine İlişkin Bildiri*” başlıklı son kısımda ise; ateşkes elde edilmesinin ardından, savaş sırasında suç işleyen ya da bu suçlara isteyerek katılan Almanların yargılanacağı ve cezalandırılacağı beyan edilmiştir. Öğretide bu beyan, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nin (NUACM) kurulması için atılmış ilk resmi adım olarak nitelendirilmektedir²¹. ABD, İngiltere ve Rusya üçlüsü son kısımda yer alan bu açıklamaları 32 birleşmiş millet adına yaptıklarını bildirmiştir.

Maddi ceza hukuku açısından yaklaşıldığında; deklarasyonda, kovuşturulacak suç tiplerine dair açıklık olmadığı görülmektedir. Milli, dini, ırksal ya da etnik bir gruba karşı işlenmiş fiillerden de bahsedilmiş değildir. Naziler tarafından işlenmiş, “...zulümler, katliamlar ve soğukkanlı toplu infazlar...”²² gibi soyut ifadeler kullanılmış, fiillere ilişkin hukuki bir nitelendirme yapılmamıştır. Bununla birlikte deklarasyon, yapılması plânlanan yargılamalara ilişkin bazı ipuçları vermektedir.

Deklarasyonda, faillerin topraklarında suç işledikleri devletlere teslim edileceği ve bu ülkelerde milli hukuka göre yargılanacakları belirtilmiştir²³. Dolayısıyla, suçların kovuşturulmasında kural olarak mülkilik prensibine işaret edildiği söylenebilir. Ancak, son cümlede yer alan, “*Yukarıdaki deklarasyon, suçlarının belirli bir coğrafi konumu olmayan ve Müttefiklerin ortak kararıyla cezalandırılacak olan Alman suçluların durumuna halel getirmez*”²⁴ açıklaması, daha sonraki tarihlerde “*büyük savaş suçluları*” (major war criminals) olarak nitelendirilecek önde gelen Nazi yöneticilerinin, farklı bir hukuki rejime tabi tutulacağını ortaya koymaktadır²⁵. Dikkat çekici bir özellik olarak; diğer savaş suçluları için ulusal yargılama işaret edilirken, büyük savaş suçluları için sadece ortak kararla cezalandırmadan bahsedildiği görülmektedir. Zira, bu kişilerin cezalandırılmadan önce yargılanıp

kurmanın gerekliliğini” kararlaştırmışlardır.

²¹ Bassiouni and Schabas (n 15) 28

²² The Moscow Conference, Statement on Atrocities (n 16) para. 1

²³ The Moscow Conference, Statement on Atrocities (n 16) para. 3

²⁴ The Moscow Conference, Statement on Atrocities (n 16) para. 6

²⁵ Robert Cryer, Darryl Robinson and Sergey Vasiliev, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (4th edn, CUP 2014) 116

yargılanmayacağı, eğer yargılama yapılacaksa nasıl bir yöntem izleneceği henüz açıklık kazanmamıştır²⁶.

D. 1945 LONDRA ANTLAŞMASI: NÜRNBERG STATÜSÜ İÇİN HAZIRLIK ÇALIŞMALARI

1. Yargılama Konusunda Ortaya Çıkan Farklı Devlet Görüşleri

Müttefikler, savaşın devamı sırasında yaptıkları deklarasyonlarla ortaya koydukları yol haritasını takip ettiler. Savaşın sonunda Almanya, koşulsuz teslimiyet belgesini imzalayarak müttefiklere teslim oldu²⁷.

Artık zaferi elde etmiş bulunan müttefiklerin önünde, savaş suçlularına yapılacak muamele bakımından üç seçenek bulunuyordu: cezalandırmaktan vazgeçmek, failleri yargılama yapmadan idam etmek veya failleri yargılamak²⁸. İlk görüş taraftar bulmamıştı. İngiltere Başbakanı *Churchill*, ikinci görüşü savunarak, Nazi liderlerinin hukuki işlemlerle zaman kaybedilmeden tutuklanması ve idam edilmesinin yeterli olacağını, diğer faillerin kurulacak özel mahkemelerde yargılanması gerekeceğini belirtmişti²⁹.

ABD, hükümet içinde yaşanan tartışmalar sonrasında üçüncü görüşü benimsemiştir³⁰. ABD ve Fransa diğer bazı argümanlara ek olarak, işlenen suçların taşıdığı korkunç özelliklerin, mahkeme kayıtlarına geçirilmek suretiyle dünya tarihinde yer alması ve gelecek nesillere aktarılması gerektiğini ısrarla savundular³¹. Sonuç olarak, Londra Konferansında büyük savaş suçlularını yargılamak için uluslararası bir ceza mahkemesi kurulması karar altına alındı³².

²⁶ Gary J. Bass, *Stay the Hand of Vengeance The Politics of War Crimes Tribunals* (3rd Printing, Princeton 2002) 148

²⁷ Belge 8 Mayıs 1945 tarihini taşımakla birlikte, bir kopyası 7 Mayıs'ta Reims'te, diğer bir kopyası ise 8 Mayıs'ta Berlin'de imzalanmıştır. Orijinal belge metni için bkz. 'German Instrument of Surrender May 7,1945' <<https://iowaculture.gov/history/education/educator-resources/primary-source-sets/world-war-ii/german-instrument-surrender>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024

²⁸ Lütem (n 14) 56

²⁹ Antonio Cassese and Paola Gaeta, *Cassese's International Criminal Law* (3rd edn, OUP 2011) 256

³⁰ ABD hükümeti dahilinde, Nazi liderlerinin doğrudan idam edilmesi veya yargılanması noktasında yapılan tartışmalar için bkz. Bass (n 23) 150-163

³¹ M. Cherif Bassiouni, 'From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court' (1997) 10 *Harvard Human Rights Journal* 24

³² Cassese and Gaeta (n 26) 86

Fransa'nın da önemli katkıları olmakla birlikte gerek Londra Konferansında gerekse takip eden yargılama sürecinde ABD'nin liderlik rolünü üstlendiği belirtmek yanlış olmaz³³.

Bu noktada, ABD'nin Birinci Dünya Savaşını takiben, uluslararası ceza mahkemesi kurulması konusunda izlemiş olduğu muhalif politikanın, İkinci Dünya Savaşı sonrasında değiştiğini belirtmeliyiz³⁴. ABD'nin izlediği bu yeni politikanın, Londra Konferansı ve NUACM Savcılığında ABD heyetine başkanlık eden Yüksek Mahkeme yargıç *Robert Jackson*'ın, rapor ve açıklamaları üzerinden takip edilmesi mümkündür³⁵.

2. Yargılama İçin Çizilen Yol Haritası: Jackson Raporu

Jackson, ABD Başkanına sunmak üzere hazırladığı 06 Haziran 1945 tarihli raporda³⁶ bir yandan Avrupa devletleriyle yaptığı görüşmeleri değerlendirmiş, diğer yandan yapılması plânlanan yargılamalara ve faillere isnat edilecek suçlara ilişkin yol haritasını ortaya koymuştur. *Jackson*'un ileri sürdüğü bu görüşlerin, Londra Konferansı'nda alınan kararları önemli ölçüde şekillendirdiği anlaşılmaktadır³⁷. Bu sebeple raporu, ana hatlarıyla incelemeyi faydalı buluyoruz.

Jackson, öncelikle büyük savaş suçluları için yapılacak “*asıl yargılama*” ile diğer yargılamaları, Moskova Deklarasyonu'nda işaret edildiği şekilde birbirinden ayırmış, daha sonra “*diğer yargılamaları*” da üç sınıfta ele almıştır:

Birinci sınıfta yer alan yargılamalar, ABD askerlerine karşı işlenen suçlara ilişkin davalardan oluşacaktır. *Jackson*'a göre, daha önce örnekleri bulunan bu tür davalar, delil toplama konusunda diğer müttefiklerden alınacak destekle birlikte, ABD askeri mahkemeleri tarafından gecikme olmaksızın sonuçlandırılacaktır³⁸.

İkinci sınıftaki yargılamalar, Almanya tarafından işgal edilen bölgelerde, sivillere ve mal varlığına karşı işlenen suçlara ilişkin olacaktır. Moskova Deklarasyonu'nda belirtildiği

³³ Leila N. Sadat, ‘The Nuremberg Paradox’ (2010) 58 (1) American Journal of Criminal Law 152

³⁴ Shlomo Aronson, ‘Preparations for the Nuremberg Trial: The O.S.S., Charles Dwork and the Holocaust’ (1998) 12 (2) Holocaust and Genocide Studies 258

³⁵ Cassese and Gaeta, (n 26) 256; Quincy Wright, ‘The Law of the Nuremberg Trial’ (1947) 41 (1) American Journal of International Law 39

³⁶ ‘Report to the President from Justice Robert H. Jackson, Chief of Counsel for the United States in the Prosecution of Axis War Criminals’ (1945) 39 (3) American Journal of International Law 178-190. Raporun yayınlanma tarihi 07.06.1945'tir.

³⁷ Sadat (n 30) 152; Roger S. Clark, ‘History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity From the Charter of Nuremberg to the Statute of Rome’ in Leila N. Sadat (ed) Forging a Convention for Crimes Against Humanity (Cambridge 2011) 10; Lütem (n 14) 62

³⁸ Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 179

şekilde, bu suçların failleri, suçu topraklarında işledikleri devlete iade edilecek, bu davalar asıl davadan bağımsız şekilde yürütülecektir. ABD'nin bu kovuşturmalardaki rolü, elinde bulundurduğu failerin kimliklerini tespit ederek, talep eden devletlere sevk etmekle sınırlı olacaktır³⁹.

Üçüncü sınıf yargılamalar ise; devletlerin, kendi vatandaşı durumda olan Nazi işbirlikçilerini, kendi milli hukuklarına göre yargılayacağı davalardan oluşacaktır⁴⁰.

Jackson Raporunda, büyük savaş suçluları davasında sanıkların itham edileceği suçlardan da bahsedilmiştir. Ancak raporda yer alan düzenlemede suçların tüm unsurlarıyla ortaya konularak açıkça tarif edildiğini söylemek mümkün değildir. Kanımızca, rapor kapsamında büyük savaş suçlularına yöneltilecek ithamlar, daha ziyade ortak özellikleri çerçevesinde suçların gruplandırıldığı genel suç kategorileri olarak değerlendirilebilir.

İlk suç kategorisi, “kişilere ya da malvarlığına karşı işlenen ve uluslararası hukukun ihlâlini teşkil eden vahşet fiilleri ve suçlar”⁴¹’dan oluşmaktadır. Kara ve deniz savaşının kanunları ile örf ve adet kurallarını ihlâl eden; savunmasız yerleşim yerlerine saldırı, yaralıların öldürülmesi, yağma, su kaynaklarının zehirlenmesi gibi suçlar, bu kapsamda sanıklara isnat edilecektir. Burada, uluslararası örf ve adette yer aldığı şekliyle savaş suçu kategorisine işaret edildiği görülmektedir.

Raporda yer verilen *ikinci suç kategorisi* ise, “1933 yılından itibaren ırksal ve dinsel sebeplerle işlenmiş olanlar da dahil olmak üzere vahşet ve zulmetme suçları”⁴² olmuştur. *Jackson* tarafından henüz bir isimlendirme yapılmış olmasa da, burada bahsedilen suç, daha sonra Statü'nün 6/c maddesinde yer alacak olan “insanlığa karşı suçlar” ’düzenlemesinin taslağını ortaya koymaktadır⁴³.

³⁹ Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 179, 180

⁴⁰ Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 180. Takip eden süreçte aşağıda ele alınacak olup, yargılamaların gerçekten Jackson Raporunda öngörüldüğü şekilde gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Büyük savaş suçluları davası, NUACM’de görülmüş, bundan sonra yine Nürnberg’de Amerikan Askeri Mahkemeleri, Kontrol Konseyi Kanun No:10’a göre yargılama yapmış, diğer bir kısım davalar ise ilgili devletlerin ulusal mahkemelerinde görülmüştür.

⁴¹ “a) Atrocities and offenses against persons or property constituting violations of International Law”, Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 186

⁴² “b) Atrocities and offenses, including atrocities and persecutions on racial or religious grounds, committed since 1933”, United States: Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 186

⁴³ Schwelb (n 6) 187

Jackson 'un suç tarifinde “1933 yılından itibaren işlenen fiillerden” bahsetmesi de önem arz etmektedir. 1933 yılı, Nasyonal Sosyalist Alman İşçi Partisi' nin iktidara geldiği ve Yahudilere karşı ayrımcılık kanunlarının yürürlüğe sokulmaya başladığı yıldır. Dolayısıyla, Yahudilerin topyekûn imhasıyla ulaşılması plânlanan “*nihai çözüm*” politikasının başlangıcını teşkil etmektedir⁴⁴.

Kanımızca *Jackson*, insanlığa karşı suç teşkil eden fiilleri, Nazilerin izlediği “*nihai çözüm*” ve saldırgan savaş politikasına sıkı sıkıya bağlayarak, aslında çok önemli bir hukuki sorunu çözmeye gayret etmektedir. Bu sorun, 1919 Paris Soruşturma Komisyonu'nun örtülü şekilde Martens kaydına atıf yaparak çözmeye çalıştığı, devletin kendi ülkesinde, kendi vatandaşlarına karşı işlediği fiillerin uluslararası yargılamaya konu yapılıp yapılamayacağı meselesidir⁴⁵. Zira, Nazilerin Yahudilere karşı işlediği fiillerin birçoğu bu kapsamdaydı.

Hukuk Komitesi, Mayıs 1944'te “*en önemli ve hayati*” gördüğü bu konuyla ilgili olarak bünyesinde görev yaptığı Savaş Suçları Komisyonunu uyararak; “...*hangi ülkenin vatandaşı olduğuna bakılmaksızın, vatansızlar da dahil olmak üzere, kişilere karşı ırk, milliyet, din ve siyasi görüşleri sebebiyle işlenen tüm suçların, nerede işlenmiş olursa olsun cezalandırılmasını*” sağlayacak geniş bir düzenleme yapılmasını teklif etmişti⁴⁶.

Büyük savaş suçlarının Almanya sınırları içerisinde, Alman vatandaşı olan Yahudilere karşı işlediği suçların, kurulması plânlanan uluslararası mahkemede yargılanabilmesi için nasıl bir hukuki gerekçe ortaya konulmalıydı? *Jackson*, ABD Başkanı'na yazdığı raporda bu konuya açık bir şekilde değinmemiş, tek bir paragrafta kullandığı genel ifadelerle, 1907 La Haye Sözleşmeleri ile Martens Kaydına atıf yapmakla yetinmişti⁴⁷.

Yaklaşık bir ay sonra, Londra Konferansı'nda yaptığı (23 Temmuz 1945 tarihli) konuşmada ise farklı bir hukuki çözüm ortaya koymuştur:

“...*Almanların Yahudilere nasıl muamele ettiği ya da başka devletlerin kendi vatandaşlarına nasıl muamele ettiği bizi ilgilendirmez. Yahudilerin imhası programı ya da azınlık haklarının yok edilmesinin uluslararası bir mesele haline gelmesinin sebebi, gayri meşru bir savaşı başlatma plânının parçası olmasıdır. İşlenen vahşet fiillerine temasımızı*

⁴⁴ Muhammet Emin Ruhi, Adolf Hitler ve Nazizm Alman Faşizmi ve Yahudi Soykırımı (1st edn, On iki Levha Yayıncılık 2017) 192, 193

⁴⁵ 1919 Paris Soruşturma Komisyonu Raporu ve Martens kaydına ilişkin açıklamalar için çalışmamızın giriş kısmına bakılabilir.

⁴⁶ UNWCC Doc. C.76, 8 February 1945, NAC RG-25, Vol. 3033, 4060-40C, 4. Bölüm 7, nakleden Schabas, Genocide in International Law (n 6) 38

⁴⁷ Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 186

mümkün kılan bir savaş bağlantısı olmasaydı, bu fiillerle ilgilenmek için hiçbir dayanağımız olmayacağını düşünürdüm.”⁴⁸

Buna göre; Nazilerin, Almanya sınırları içinde, Alman vatandaşlarına karşı işlediği “vahşet fiilleri”, müttefiklere karşı girişecekleri saldırgan savaşın hazırlığı niteliğindedir. Müttefiklerin tamamı bu savaştan zarar görmüştü. Dolayısıyla, savaşla bağlantılı olmak kaydıyla, bu fiillerin müttefiklerin kuracağı uluslararası bir mahkemede kovuşturulması mümkün olacaktı. Kanımızca bu açıklamanın en dikkat çekici kısmı, yargılama yetkisi için ortaya konulan hukuki dayanaktır. *Jackson*’un, bu konuda ABD Başkanı’na sunduğu raporda yer verdiği (Martens kaydına atıf yapılan) görüşten ayrıldığı görülmektedir.

Jackson, Londra Konferansı’ndaki beyanıyla, yargılama yetkisini Martens kaydı gibi soyut ve tartışmalı bir zemine⁴⁹ dayandırmak yerine, yargılamayı yapacak müttefik devletlerin bu suçlardan zarar görmüş olmalarını esas almıştır. Bu düşüncede, Almanya’da işlenen suçlar ile müttefiklerin gördüğü zarar arasındaki illiyet bağı, savaş üzerinden sağlandığından, suçların mutlaka savaşla bağlantılı olması aranmıştır⁵⁰.

Fransa, görüşmeler sırasında, savaşla kurulan bu zorunlu bağlantıyı suç kapsamını daraltıcı nitelikte bularak eleştirse de, genel olarak söz konusu düşüncenin konferansa katılan devletler nezdinde kabul gördüğü söylenebilir⁵¹. Zira, ABD dahil tüm müttefik devletlerin kendi ülkelerindeki azınlıklara karşı muameleleriyle ilgili olarak suçlanma endişeleri vardı⁵². Bu sebeple, savaşla bağlantı kurulamadığı sürece, kendi vatandaşlarına karşı suç işlemekle itham edilemeyecek olmaları, tüm müttefiklerin siyasi çıkarına uygun bir çözümdü.

Konferansın son günlerine doğru, (31 Temmuz 1945’te) ABD, *Jackson*’un açıklamaları doğrultusunda yeniden düzenlemiş bir taslak teklifi verdi. Taslağın 6. maddesinde, “(c)

⁴⁸ Tutanak metni için bkz. ‘Minutes of Conference, Session of July 23, 1945’ in Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials (Department of State 1949) 331

⁴⁹ Tartışmanın konusu için çalışmamızın giriş kısmına bakılabilir.

⁵⁰ Aşağıda ele alacağımız NUACM hükmüne bakıldığında, Mahkeme’nin kendi yargı yetkisini benzer şekilde gerekçelendirdiği görülmektedir. Mahkeme’ye göre, Müttefik Devletlerden her birinin tek başına yapabileceği bir yargılama, kolektif şekilde NUACM dahilinde yapılmıştır.

⁵¹ Schabas, *Genocide in International Law* (n 6) 41, 42

⁵² ABD’nin, Amerikan yerlilerine, Fransa ve İngiltere’nin sömürgelerinde yaşayan halklara ve Rusya’nın, Bolşevik Devriminden sonra siyasi muhaliflerine karşı işlediği iddia edilen fiiller sebebiyle konuyla ilgili endişeleri bulunmaktaydı. Bu endişelerin kaynağına ilişkin açıklamalar için bkz. Alexander Gillespie, *A History of the Laws of War: Volume 1, The Customs and Laws of War with Regards to Combatants and Captives* (Hart Publishing 2010) 53-70; Sefa M. Yürükel, *The History of Genocide, Volume I* (New East Publishing 2004) 28, 106

İnsanlığa Karşı Suçlar” alt-başlığı altında yer alan düzenleme, (tek bir ifade farkıyla) NUACM Statüsü m.6/c olarak kabul edilmiştir⁵³.

Jackson Raporunda bahsedilen *üçüncü suç kategorisi* ise, “*Uluslararası hukuka ve sözleşmelere aykırı şekilde ülkeleri işgal etmek ve saldırı savaşları başlatmak*”⁵⁴ başlığında düzenlenmiştir.

O güne kadar saldırı savaşı, uluslararası hukukta açık bir şekilde suç olarak düzenlenmiş değildi ve bu suça ilişkin herhangi bir yargılama yapılmamıştı. *Jackson*, Almanya’nın da taraf olduğu, 1928 Briand-Kellogg Antlaşmasını⁵⁵, izledikleri suç politikasının “*köşe taşı*” olarak kabul ettiğini, bu antlaşmayla, savaşın uyuşmazlıklar için meşru bir çözüm yolu olmaktan çıktığını, devletler için uyuşmazlıkları barışçıl yollarla çözenin hukuki bir yükümlülük haline geldiğini belirtmiştir⁵⁶.

Jackson’a göre bu yükümlülüğün ihlâli, uluslararası topluma karşı işlenmiş bir suç olarak kabul edilmeli ve cezasız bırakılmamalıydı. Belirtmeliyiz ki; bu düşünce bilhassa kanunilik ilkesi bakımından eleştiriye açıktır. Zira, devletler bakımından söz konusu olan bir yasaklamanın hangi şartlar altında şahsi ceza sorumluluğu doğuracağına ilişkin bir açıklama içermemektedir.

⁵³ ABD’nin revize edilmiş taslak metni için bkz. ‘Revision of Definition of Crimes Submitted by American Delegation, July 31, 1945’ in Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials (n 45) 395. Bu taslak ile nihai olarak kabul edilen m.6/c metni arasındaki tek farkın; “... *Mahkemenin yetkisi dahilindeki suçlardan herhangi birini sürdürmek için* ...” (in furtherance of) ifadesi olduğu anlaşılıyor. Nihai metinde, “... *herhangi birinin icrası sırasında* ...” (in execution of) ifadesi kullanılmıştır. NUACM Statüsü m.6/c metni için çalışmamızın NUACM’nin madde bakımından yetkisine ilişkin kısmına bakılabilir.

⁵⁴“c) *Invasions of other countries and initiation of wars of aggression in violation of International Law or treaties*”, Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 186

⁵⁵ 27 Ağustos 1928 tarihinde Paris’te imzalanan, ‘*Milli Siyasetin bir Aracı Olarak Savaşın Terkedilmesine İlişkin Genel Antlaşma*’ ile taraf devletler, uluslararası anlaşmazlıkların çözümünde savaşa başvurmayacaklarını taahhüt etmiştir. II. Dünya Savaşı öncesinde antlaşmaya taraf olan devlet sayısı 63 olduğundan, antlaşma geniş katılımlı olarak nitelendirilebilir. Ancak, savaşı tamamen yasaklamadığı gibi etkili bir önleme mekanizması da içermeyen bu antlaşma savaş öncesi vuku bulan saldırıları ve dünya savaşının başlamasını engelleyememiştir. Bkz. Olgun Değirmenci and Ali Mavuş, *Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2016) 33, 34; Yücel Acer, *Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu* (1st edn, Roma Yayınları 2004) 55-56

⁵⁶ Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 188

3. Katılma Yoluyla Taraf Olan Devletler Bakımından Öngörülen Kısıtlama

Yargılamaya ve suç kategorilerine ilişkin bu temel prensipler, 8 Ağustos 1945 tarihli Londra Antlaşması'nın⁵⁷ ekinde bulunan NUACM Statüsü'nün⁵⁸ maddeleri olarak kabul edildi. Antlaşma dört müttefik devlet tarafından imzalanmış olmakla birlikte sonradan 19 devlet daha antlaşmaya katıldı. Katılma yoluyla Antlaşma'ya taraf olan devletlerin, yapılacak yargılamaya iştirak etme hakkı bulunmuyordu⁵⁹. Belirtmeliyiz ki; Mahkeme yargıçlarının tamamının müttefik devletlere mensup olması, NUACM'nin uluslararası niteliğinin sorgulanmasına sebep olmuştur.

II. NÜRNBERG ULUSLARARASI ASKERİ CEZA MAHKEMESİ

A. GENEL OLARAK

NUACM, İkinci Dünya Savaşı sırasında veya savaşla bağlantılı olarak işlenmiş olup, Statü'ye göre barışa karşı suç, savaş suçu ve insanlığa karşı suç teşkil eden fiilleri kovuşturmuştur⁶⁰. Mahkemenin yargı yetkisinin kişi bakımından da sınırlandırılmış olduğundan, sadece Avrupa Mihver Devletleri yararına hareket eden kişileri yargılaması mümkündü. Buna rağmen, NUACM yargılaması ve bu süreç sonunda uluslararası ceza hukukuna yerleşen ilkelerin, cezasızlığa karşı çare arayışına bir yanıt teşkil ettiği, öğretilerde ifade edilmektedir⁶¹.

Londra Antlaşması'nın hazırlık çalışmalarından başlayıp hükmün tefhimine kadar devam eden Nürnberg sürecine bakıldığında, ABD'nin teklif ettiği bir statü taslağında, iddianamede savaş suçları başlığı altında ve duruşma savcılarının bazı sözlü beyanlarında, soykırım sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir. Ancak, aşağıda izah etmeye çalışacağımız üzere; Nürnberg sürecinde soykırım, sanıklara yüklenen bir suç tipi olarak değil, gelişme aşamasında bulunan bir kavram olarak kullanılmıştır.

⁵⁷ 'London Agreement of 8 August 1945' in Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946, Volume I (The International Military Tribunal 1947) 8,9

⁵⁸ 'Charter of The International Military Tribunal' in Trial of the Major War Criminals (n 54) 10-16

⁵⁹ Cryer, Robinson and Vasiliev (n 22) 117

⁶⁰ Durmuş Tezcan, 'Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine' in Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi 1997) 488

⁶¹ Brianne McGonigle Leyh, 'Nuremberg's Legacy Within Transitional Justice: Prosecutions Are Here to Stay' (2016) 15 (4) Washington University Global Studies Law Review 559

B. NÜRNBERG YARGILAMASININ TEMEL ÖZELLİKLERİ

NUACM'nin, uluslararası sözleşmeye dayalı olarak kurulmuş, özel yargılama yetkisine sahip bir mahkeme olduğu anlaşılmaktadır. Öğretide “*ad hoc*” mahkeme nitelendirmesi, genellikle BM tarafından kurulan EYUCM ve RUCM için kullanılmakla birlikte, yargılama yetkisinin taşıdığı özellikler dikkate alındığında, NUACM'nin de *ad hoc* bir mahkeme olduğu söylenmelidir⁶². BMHK 1950 Yıllık Raporunda, NUACM 'ye yöneltilen başlıca eleştirilerden birinin, mahkemenin “*ad hoc nitelik taşıması*” olduğu ifade edilmiştir⁶³.

Bu özelliği gereği, NUACM'nin yargılama yetkisi Londra Antlaşması'na ekli Statüde belirtilen suçlar ve kişilerle sınırlıdır. Mahkemenin yargı yetkisi Statünün, “*Yargı Yetkisi ve Genel İlkeler*” başlığını taşıyan ikinci bölümünde düzenlenmiştir.

1. Mahkemenin Kişi Bakımından Yetkisi ve Yargıdan Bağışıklık Meselesi

Statüde, Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisi ayrı bir alt başlık altında düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte, Statünün incelenmesiyle mahkemenin kişi bakımından yetkisinin kısıtlı olduğu anlaşılmaktadır.

Henüz 1. maddede, Londra Antlaşması'na atıf yapılarak, mahkemenin, “*Avrupa Mihver Devletlerinin büyük savaş suçlularının adil ve seri bir şekilde yargılanması ve cezalandırılması için kurulduğu*” belirtilmektedir.

Statü madde 6/1'e göre; “*Birinci maddede belirtilen Antlaşmayla, Avrupa Mihver Devletleri'nin büyük savaş suçlularını yargılamak ve cezalandırmak için kurulmuş olan Mahkeme, bu devletlerin çıkarına hareket ederek aşağıda düzenlenen suçlardan herhangi birini, tek başına yahut örgüt üyesi sıfatıyla işleyen kişileri yargılama yetkisini haiz olacaktır.*”

Bu düzenlemelere göre, öncelikle Avrupa Mihver Devletleri çıkarına suç işleyenlerin tümü NUACM tarafından yargılanamayacak, sanığın “*büyük savaş suçlusu*” olması aranacaktır. Statüde, büyük savaş suçlusu sayılmanın şartları açıkça belirtilmiş değildir. Londra Antlaşması'nın 2. maddesinde, ekli statünün Antlaşma'nın ayrılmaz bir parçası olduğu hükmü

⁶² Tezcan, ‘Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol’ (n 57) 481, 485; Ayrıca Mahkeme yargılayacağı fiillerden sonra kurulmuş (ex post facto) olduğu için olağanüstü mahkeme niteliği taşımaktadır. Bkz. Önok, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı (n 2) 41

⁶³ “... Nürnberg Mahkemesi sürekli olmayan bir kuruluştur ve önemli bazı eleştirilere maruz kalmıştı. Başlıca eleştiriler aşağıda yer almaktadır: 1. Ad hoc bir mahkeme olması ...” UN Yearbook of the International Law Commission, Volume II (UN 1950) para. 39 7

bulduğundan, bu atıf üzerinden büyük savaş suçlusunun Londra Antlaşması 1. maddede yazılı olan tanımını dikkate alınmalıdır⁶⁴.

Avrupalı olmayan Mihver Devleti (Japonya) adına veya O'nun çıkarına hareket ederek söz konusu suçları işleyen kişiler, NUACM'nin yargı yetkisi dışındadır⁶⁵. Ayrıca, Müttefik Devletlerin yöneticileri, askeri yetkilileri veya onların yararına hareket eden diğer kişiler statüde düzenlenen suçları işlemiş olsa bile, NUACM'de yargılanmaları mümkün olmayacaktır. Düzenlemeden çıkan bu ikinci sonuç, “*galiplerin adaleti*” eleştirisini gündeme getirmiştir⁶⁶.

Statü m. 7'de, devlet başkanları ve diğer resmi devlet yetkililerinin ceza sorumluluğundan bağımsık olmadığı düzenlenmiştir. Konuyla bağlantılı başka bir düzenleme Statü m. 8'de yer almaktadır. Buna göre, sanığın üzerine atılı suçu bir hükümetten ya da amirinden aldığı emir üzerine işlemiş olması onu ceza sorumluluğundan kurtarmayacaktır⁶⁷.

Bu düzenlemeler, muhakeme hukuku bakımından söz konusu kişilerin Mahkeme'nin yargı yetkisinden bağımsık olmayacağı anlamına da gelmektedir. NUACM'den önce, devlet egemenliği ilkesinin bir sonucu olarak, devlet başkanları ve resmi devlet görevlilerinin, devlet adına işledikleri fiillerden dolayı ceza sorumluluğu taşımadığı⁶⁸, dolayısıyla uluslararası bir mahkeme önünde yargılanamayacağı, hakim görüş olarak kabul görmekteydi. NUACM, bu görüşleri reddetmek suretiyle, devleti temsilen hareket eden kişileri tarihte ilk defa olmak üzere yargılamış ve cezalandırmıştır⁶⁹.

⁶⁴ Londra Antlaşması m.1'de büyük savaş suçluları, “... *tek başına veya bir örgüt ya da grubun mensubu sıfatıyla, yahut her iki sıfatla birden kendilerine suç isnat edilen, işledikleri suçlar için coğrafi olarak belirli bir yer tespit edilemeyen ...*” kişiler olarak tarif edilmiştir.

⁶⁵ Bu kişileri yargılamak için 19 Ocak 1946 tarihli ABD Bildirisi ile Uzak Doğu (Tokyo) Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkemeye ilgili ayrıntılı bilgi ve NUACM ile mukayesesi için bkz. Robert Cryer, and Neil Boister, *The Tokyo International Military Tribunal* (OUP 2007). Mahkeme'nin Statüsü, verdiği hüküm ve diğer dokümanlar için ayrıca bkz. Neil Boister and Robert Cryer, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal Charter Indictment and Judgments* (OUP 2008)

⁶⁶ William A. Schabas, ‘Victor’s Justice: Selecting Situations at the International Criminal Court’ (2010) 43 (3) *Marshall Law Review* 535, 536.

⁶⁷ Aşağıda değineceğimiz üzere, bu durum cezada indirim sebebi teşkil edebilecektir.

⁶⁸ NUACM hükmünde bu görüşe karşı çıkılarak, uluslararası hukukun hem devletlere hem de bireylere yükümlülük yükleyebileceği hususunun uzun zamandır kabul edilen bir gerçek olduğunu savunmuştur. Mahkeme, ABD Federal Temyiz Mahkemesi'nin *Parte Quirin* (1942, 317 US 1) kararını ve Versailles Antlaşması'nın 228. maddesindeki ceza hükmünü görüşüne dayanak olarak göstermiştir. Bkz. *Trial of the Major War Criminals* (n 54) 223

⁶⁹ Henri Donnedieu de Vabres, ‘The Nuremberg Trial and the Modern Principles of International Criminal Law’ in Guénaél Mettraux (ed), *Perspectives on the Nuremberg Trial* (OUP 2008) 214

NUACM Statüsünde yer alan düzenleme ve bunun hükümde uygulanışı, uluslararası ceza hukukunun gelişimine engel teşkil eden bağımsızlıkları ortadan kaldırma konusunda önemli bir adım olmuştur. Bu düzenlemeler, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun (BMGK), 21.11.1947 tarih, 177 (II) sayılı kararıyla görevlendirilen Birleşmiş Milletler Hukuk Komisyonu (BMHK) tarafından 29.07.1950 tarihinde kabul edilen, “*Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve Hükümünde Belirlenen Uluslararası Hukuk İlkeleri*” başlıklı metinde 3 ve 4 no.lu ilkeler olarak yer almış ve uluslararası hukuka yerleşmiştir⁷⁰.

Yapılan yargılamaya baktığımızda, NUACM sanıkları arasında bir devlet başkanı yer almış değildir. Ancak sanıklar, ya Alman resmi devlet görevlisi, ya da üzerlerine atılı suçları Alman hükümeti yararına işlemiş kişiler durumundaydı. NUACM'nin, sanıkların söz konusu fiilleri devlet görevlisi sıfatıyla ya da aldıkları emir üzerine işledikleri yönündeki savunmalarına itibar etmediği görülmektedir. Hükümde; sanıkların, Hitler'in emirlerini yerine getirdiklerine dair savunmalarını değerlendiren Mahkeme; öldürme, işkence etme gibi “*vahşice işlenmiş fiillerin*”, bu fiilleri işleyenler için uluslararası hukuk nezdinde geçerli bir savunma teşkil etmeyeceğini belirtmiştir⁷¹.

NUACM, uluslararası hukukun devlet temsilcilerine bazı şartlar dahilinde sağladığı korumanın, uluslararası hukukta “*suç olarak kabul edilen*” fiillere uygulanması noktasında, devlet temsilcisinin işlediği fiil ile adına hareket ettiği devletin hukuksal yetki sınırı arasında bağlantı kurmuş, “*Devletin uluslararası hukukta kendisine tanınan yetkiyi aşması halinde, devlet yetkilendirmesine dayanarak savaş hukukunu ihlâl eden kişi, bağımsızlıktan yararlanamaz*” şeklinde bir kural ortaya koymuştur⁷².

Bu hususun, Statü madde 8 gereğince cezada indirim sebebi olarak kabul edilebilmesi bakımından da bir ölçüt belirleyen NUACM, somut olayda failin hükümet ya da amir tarafından verilen emri yerine getirip getirmeme konusunda, “*ahlaki bir tercih yapma imkânının bulunmadığı durumlarda*”, cezada indirim yapılabileceğine hükmetmiştir⁷³.

2. Mahkemenin Madde Bakımından Yetkisi

⁷⁰ Yusuf Aksar, ‘Uluslararası Adalet Divanı’nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku’ (2003) 52 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137

⁷¹ Trial of the Major War Criminals (n 54) 224

⁷² Trial of the Major War Criminals (n 54) 223

⁷³ Trial of the Major War Criminals (n 54) 224. Statü madde 8, bu konuda mahkemeye geniş takdir yetkisi tanıyarak, “*...Mahkemenin, adaletin gereği olarak kabul ettiği hallerde*” hükümet ya da amir emriyle hareket eden sanığa ceza indirimi yapılabileceğini düzenlemiştir. Mahkeme, bu yorumuyla Statü’ye göre daha somut bir ölçüt ortaya koymuştur.

a. Barışa Karşı Suçlar (Statü m. 6/a)

Günümüzde saldırı suçu, saldırgan savaş, tecavüz suçu gibi farklı adlarla anılan suç, NUACM Statüsü m. 6/a'da, “*barışa karşı suç*” başlığı altında düzenlenmiştir⁷⁴. Çalışmamızın kapsamı dışında kalan saldırı suçunu, unsurları bakımından incelemeyeceğiz.

Bununla birlikte, insanlığa karşı suçların, mahkemenin yargı yetkisine dahil olan diğer suçlardan biriyle bağlantılı olarak işlenmesi şartıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmış olduğundan, bu bağlantıyla sınırlı olarak, yeri geldikçe saldırı suçuna değinmeye çalışacağız⁷⁵.

b. Savaş Suçları (Statü m. 6/b)

Savaş suçları, Statü m. 6/b'de ⁷⁶ belirtildiği üzere, “*Savaşın kuralları ile örf ve adet hukukunu ...*” ihlâl eden fiillerle işlenir. Statü'de düzenlenen suçlar arasında, unsurlarıyla ilgili en az tartışma bulunanı savaş suçlarıdır⁷⁷. Zira, uluslararası hukukta yerleşmiş olan örf ve adet kuralları ile kara savaşının kurallarını düzenleyen 1899 ve 1097 Lahey Sözleşmeleri birlikte ele alındığında, savaş suçu teşkil eden fiiller ortaya çıkmaktadır⁷⁸.

Aşağıda metni bulunan Statü m. 6/b'de, bu fiiller geniş şekilde listelendikten sonra, “*...ancak bunlarla sınırlı olmayacaktır*” ibaresi eklenerek, bu maddede yer alan fiiller listesinin sınırlandırıcı olmadığı vurgulanmıştır. Statü'de açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, “*Savaşın kuralları ile örf ve adet hukuku ...*” ifadesiyle atıf yapılan Lahey Sözleşmelerine ve uluslararası

⁷⁴ Statü m. 6/a: “*Saldırı savaşını veya uluslararası sözleşme, mutabakat veya güvenceleri ihlâl edici nitelikte olan bir savaş plânlamak, hazırlamak, başlatmak veya yürütmek yahut bunları gerçekleştirmek üzere yapılmış bir plân veya komploya iştirak etmek.*”

⁷⁵ Suçun tarihsel gelişimi ve NUACM'de ele alınışı için bkz. Durmuş Tezcan, ‘Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku’ (1994) 49 (1-2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan 357-362; Tezcan, Erdem and Önok (n 1) 653-670; Lütem (n 14) 18, 160; Önok, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı (n 2) 191-194; Acer (n 52) 127-132; Değirmenci and Mavuş (n 52) 64-84.

⁷⁶ Statü m. 6/b: “*Savaşın kuralları ile örf ve adet hukukuna yönelik ihlâller. Bu ihlâller; öldürme ya da işgal edilen bölgede mukim ya da orada mevcut bulunan sivil toplulukların, köle olarak çalıştırma yahut başka bir amaçla sınır dışı edilmesi, savaş esirlerinin ya da denizlerde bulunan kişilerin öldürülmesi veya kötü muameleye tabi tutulması, rehinenin öldürülmesi, kamuya ya da özel kişilere ait malların yağmalanması, şehir, kasaba ve köylerin sebepsiz olarak tahrip edilmesi ya da askeri gereklilikle açıklanamayacak şekilde yıkıma uğratılmasını kapsayacak, ancak bunlarla sınırlı olmayacaktır.*”

⁷⁷ Bassiouni, ‘From Versailles to Rwanda’ (n 28) 26

⁷⁸ ibid. Kanunilik ilkesinin uluslararası ceza hukukunda ele alınış biçimi, ulusal hukuktan farklıdır. Örf ve adet hukuku, uluslararası ceza hukukunda –gerekli şartları taşıması halinde– kaynak olarak kabul edilmektedir. Uluslararası hukukta örf ve âdetin kaynak olarak kabul edilmesi konusunda bkz. Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap (14th edn, Turhan Kitabevi 2017) 245-257

hukukta kabul görmüş uygulamalara göre, fiillerin savaş suçu olarak kabul edilmesi için uluslararası nitelik taşıması⁷⁹, başka bir deyişle yabancı ülke topraklarında ya da uluslararası nitelik taşıyan bir silahlı çatışma esnasında işlenmiş olması gerekmektedir⁸⁰.

Bu itibarla, İkinci Dünya Savaşı'nın başlamasından önce işlenmiş fiiller savaş suçu olarak kovuşturulamıyordu. Aynı şekilde, savaş sırasında Almanya adına hareket eden sanıklar tarafından Alman egemenlik alanında, bu devletin vatandaşı olan mağdurlara⁸¹ karşı işlenen fiiller de savaş suçu kategorisine dahil edilemiyordu⁸². Söz konusu fiilleri işleyen Nazilerin cezalandırılmaması fikrini Müttefiklerin kabul etmesi mümkün değildi. Bu sebeple, Statüde söz konusu fiilleri kapsayacak şekilde genişletilmiş yeni bir suça yer verilmesi zorunlu olmuştur⁸³.

c. İnsanlığa Karşı Suçlar (Statü m. 6/c)

İnsanlığa karşı suçlar, Statü m. 6/c'de, savaş suçlarından ayrı bir suç kategorisi olarak düzenlenmiştir. Birinci Dünya Savaşı'nı takip eden sürece bakıldığında; 1919 Paris Soruşturma Raporu'nda, "*insanlık kanunlarına karşı işlenen suçlar*" ve 1920 Sevr Antlaşması'nda, (m. 230/I) "*savaşın devamı sırasında işlenen katliamlar*"dan bahsedildiği görülmektedir. Öğretide bir görüş, bu metinlerde kullanılan ifadelerin Statü m. 6/c düzenlemesine örnek teşkil ettiğini savunmaktadır⁸⁴. Ancak, bu metinlerde insanlığa karşı suçların maddi hukuk içeriğini ortaya koyan bir suç tanımı yer almadığını önemle belirtmek gerekir. Kanımızca bu metinler, uluslararası suçları kodifiye etmek ve ceza adaletini sağlamak yerine, devletler arasındaki savaş sonrası hesaplaşmayı formüle eden siyasi belgelerdir. Eğer öyle olmasaydı, kovuşturulması plânlanan suçlar için (suçun unsurlarını içeren) hukuki bir tanım ortaya koymaları gerekirdi.

Öğretide, NUACM Statüsü'nün, insanlığa karşı suçların tanımlandığı ilk ceza hukuku metni olduğu, haklı olarak ifade edilmektedir⁸⁵. Statü m. 6/c'de insanlığa karşı suçlar şöyle tarif edilmiştir:

⁷⁹ De Vabres (n 66) 229, 230

⁸⁰ Schwelb (n 6) 207, 208. Belirtmeliyiz ki; NUACM döneminden farklı olarak günümüz hukukunda, uluslararası nitelik taşımayan silahlı çatışmalarda işlenebilen türde savaş suçları da bulunmaktadır. EYUCM ve RUCM içtihadı bu yönde olduğu gibi, Roma Statüsü düzenlemesi de bu şekilde yapılmıştır. Bkz. Bozbayındır, Ali Emrah, Turkey and the International Criminal Court: A Substantive Criminal Law Analysis in the Context of the Principle of Complementarity (1st edn, Nomos 2013) 97, 98

⁸¹ Bilhassa sayıları milyonu aşan Alman vatandaşı Yahudilere karşı işlenen suçlar savaş suçu kategorisine dahil edilemiyordu.

⁸² Bu konudaki tartışma için çalışmamızın giriş kısmına bakılabilir.

⁸³ Schwelb (n 6) 208; Bassiouni, 'From Versailles to Rwanda' (n 28) 26

⁸⁴ Schwelb (n 6) 181

⁸⁵ Tilman Rodenhäuser, Organizing Rebellion: Non-State Armed Groups under International

“ ... savaştan önce yahut savaşın devamı süresince, herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen öldürme, toplu imha, köleleştirme, sınır dışı etme fiilleri ile diğer insanlık dışı fiiller veya politik, ırksal ya da dini saiklerle mahkemenin yargı yetkisi dâhilindeki suçlardan birinin icrası sırasında yahut bu suçlardan biriyle bağlantılı olarak işlenip, işlendiği ülkenin milli hukukunu ihlâl eden yahut etmeyen zulmetme fiilleri”⁸⁶

Düzenlemede, yasak fiillerin iki farklı tip/sınıf olarak ele alındığı görülmektedir. Öğretide, “... öldürme, toplu imha, köleleştirme, sınır dışı etme fiilleri ile diğer insanlık dışı fiiller” için öldürme tipi (murder type), ikinci kısımda yer alan, “... politik, ırksal veya dini saiklerle işlenen zulmetme fiilleri” için ise zulmetme tipi (persecution type) fiiller terimi kullanılmaktadır⁸⁷. İkinci tip olarak düzenlenen fiiller, ileride 1948 Soykırım Sözleşmesi’nde yapılacak olan soykırım suçu düzenlemesiyle daha yakın ilişkidir⁸⁸.

Statü’nün Londra Antlaşması’nın eki olarak kabul edilen ilk halinde, Rusça metin ile İngilizce ve Fransızca metinler arasında savaşla bağlantı unsuruyla ilgili uyumsuzluk bulunmaktaydı. Rusça metinden farklı olarak İngilizce metinde yer alan suç tarifinde farklı fiil türlerini ortaya koyan ifade (veya) bağlacından önce (-) ayırma işaretiyle bölünmüş durumdaydı. Bu durum, suç tanımının ilk kısmında yer alan, “öldürme tipi” fiillerin, Mahkeme’nin yargı yetkisindeki diğer suçlardan biriyle bağlantılı şekilde işlenmiş olmasa da kovuşturulabileceğine dair hatalı bir izlenim veriyordu. Fransızca metin de bu yönden Rusça metinle çelişiyordu.

Humanitarian Law Human Rights Law and International Criminal Law (OUP 2018) 231; M. Cherif Bassiouni, ‘War Crimes, Crimes Against Humanity and Genocide’ in M. Cherif Bassiouni (ed), International Criminal Law, Volume 1: Sources, Subjects and Contents (3rd edn, Martinus Nijhoff Publishers 2008) 270

⁸⁶ NUACM Statüsü, m. 6/(c). Altı çizili sözcük tarafımızca vurgulanmıştır. Alternatif tercüme için bkz. Nazım Poroy, Nüremberg Davası (Milli Eğitim Basımevi 1948) 14-15; Lütem (n 14) 65, 66; Tefik Odman, ‘Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı’ (1996) 45 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 139; Semin Töner Şen, Uluslararası Hukukta Soykırım Etnik Temizlik ve Saldırı (On iki Levha Yayıncılık 2010) 27. Yazarın, “savaştan önce yahut savaşın devamı süresince” (before or during the war) ifadesini suç tarifine dahil etmediği görülmektedir.

⁸⁷ Tan Yudan, ‘Prosecuting Crimes against Humanity before International Crimes Tribunal in Bangladesh A Nexus with an Armed Conflict’ (2018) 24 Asian Yearbook of International Law 307; Kevin J. Heller, The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law (OUP 2011) 232

⁸⁸ Yudan (n 83) 307; Roger S. Clark, ‘Crimes Against Humanity at Nuremberg’ in George Ginsburgs and Vladimir N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law (Martinus Nijhoff Publishers 1990) 190-192

6 Ekim 1945 tarihli protokol⁸⁹ ile İngilizce ve Fransızca metinlerde değişiklik yapılarak, bu metinler Rusça metinle uyumlu hale getirildi. Zira taraf devletlerin ortak iradesi, her iki gruptaki fiillerin ancak Mahkeme'nin yargı yetkisindeki diğer suçlardan biriyle bağlantılı olarak işlenmiş olması⁹⁰ halinde, insanlığa karşı suç kapsamında cezalandırılabilceğini ortaya koymaktaydı. Böylece, madde 6/c fıkrası, yukarıda tercümesini verdiğimiz son şeklini almış oldu.

Belirtmeliyiz ki; m. 6/c düzenlemesi, insanlığa karşı suçların savaşa bağlantısı bakımından günümüze kadar ulaşan tartışmalara sebep olmuştur. Öğretide m. 6/c düzenlemesinin aslında NUACM Statüsü'nde suçun maddi bir unsuru olarak aranmadığı, sadece NUACM'nin yargı yetkisini sınırlayan bir şart niteliğinde olduğu görüşü savunulmuştur⁹¹. Yaygın olarak savunulan ve uluslararası içtihatla yer bulan diğer görüş ise, savaşa bağlantının NUACM'de suçun zorunlu unsuru olarak arandığını ancak daha sonra bu hususun örf ve adette terkedildiğini, dolayısıyla günümüz itibarıyla suçun unsuru olarak aranmayacağını ileri sürmektedir. Bu konuda önem arz eden metinlere, özet olarak ve kronolojik sırayla değinmek faydalı olacaktır:

NUACM Statüsü'nde savaşa bağlantı ifadesi yer almasına rağmen, bunun suçun oluşması için zorunlu bir unsur mu, yoksa fiili Mahkeme'nin yargı yetkisine dahil eden bir yargısal şart mı olduğu açık değildir⁹².

20 Ekim 1945 Tarihli “*Kontrol Konseyi Kanun No:10*”da, NUACM'den sonra yargılama yapan ulusal askeri ceza mahkemeleri düzenlenirken, savaşa bağlantı unsuruna yer verilmemiştir⁹³.

⁸⁹ Trial of the Major War Criminals (n 54) 17, 18

⁹⁰ Diğer suçlarla bağlantılı olarak işlenme şartıyla ilgili daha geniş bilgi ve alternatif görüşler için bkz. M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity Historical Evolution and Contemporary Application* (1st edn, CUP 2011) 121-124

⁹¹ Clark, ‘History of Efforts’ (n 34) 11; Clark, ‘Crimes Against Humanity at Nuremberg’ (n 84) 195, 196

⁹² Trial of the Major War Criminals (n 54) 254. İlgili paragrafın tercümesi için bu bölümde NUACM hükmüyle ilgili kısma bakılabilir. Paragrafta, “... *Mahkeme, 1939'dan önce işlenmiş fiillerin Statü anlamında insanlığa karşı suç teşkil ettiğine dair genel bir görüş beyan edememektedir*” denilerek, savaşa bağlantılı olmayan fiillerin bu suçu oluşturmayacağı belirtilmiş olsa da, “*Statü anlamında*” ifadesinin kullanılması, bu kısıtlamanın sadece NUACM'nin madde bakımından yargı yetkisiyle ilgili olarak kullanıldığı izlenimini vermektedir.

⁹³ ‘Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity’ tam metin için bkz. Heller (n 83) Appendix C 473-476. Madde 2/(a)'da yer alan suç tanımı şöyledir: “(a) *İnsanlığa karşı suçlar. [Aşağıdaki] vahşet fiillerini ve*

Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Nürnberg ilkelerine ilişkin 1950 tarihli raporunda ise, “*savaştan önce işlenen fiillerin*” ancak barışa karşı suç ya da savaş suçuyla bağlantılı olması halinde insanlığa karşı suç teşkil edebileceği belirtilmiştir⁹⁴.

Bu gelişmelerden sonra, Eski Yugoslavya Bölgesi'nde işlenen suçlar bakımından konu tekrar gündeme geldiğinde; EYUCM İstinaf Dairesi, savaşla bağlantının NUACM Statüsü'nde zorunlu bir unsur olarak düzenlediğini kabul etmekle birlikte, “*...takip eden yıllarda, insanlığa karşı suçlarla ilgili devlet uygulamasında terk edildiğini ...*”⁹⁵ savunmuş, “*İnsanlığa karşı suçların, ...silahlı çatışmayla bağlantı şartını gerektirmediği, günümüz itibariyle uluslararası örf ve adet hukukunda yerleşmiş bir kural olarak kabul edilmektedir*” şeklinde karar vermiştir⁹⁶.

d. Komplo Kurma (Suç İşlemek İçin Anlaşma) Düzenlemesi

Gerek NUACM Statüsünün hazırlık sürecinde⁹⁷, gerekse iddianamede, tüm suçların, sanıklar tarafından hazırlanan bir ana plânın uygulanması çerçevesinde işlendiği fikri benimsenmiştir⁹⁸. Bu kabul, ceza sorumluluğu bakımından iki farklı tartışmayı ortaya çıkarmıştır. Birincisi; suç plânını hazırlayan sanıkların, plân dâhilindeki suçları doğrudan fail olarak işleyen kişilerin tüm fiillerinden sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesidir. İkinci tartışma ise; suç plânını hazırlamış olan sanıklara, işlenen suçların cezasından bağımsız olarak, komplo kurma suçundan ayrıca ceza verilip verilmeyeceği noktasında ortaya çıkmıştır.

Statü madde 6/son fıkrasında yer alan düzenleme⁹⁹, ilk meseleyi tereddüte yer vermeyecek şekilde çözmüş olduğundan, bu konuda Savcılık ve Mahkeme arasında önemli bir

suçları içerecek ancak bunlarla sınırlı olmayacak şekilde; öldürme, toplu imha, köleleştirme, sınır dışı etme, hapsedme, işkence, ırza geçme fiilleri ile herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen diğer insanlık dışı fiiller veya politik, ırksal ya da dini sebeplerle işlenip, işlendiği ülkenin milli hukukunu ihlâl eden yahut etmeyen zulmetme fiilleri”.

⁹⁴ UN Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part III (UN 1950) paras 120-123 377

⁹⁵ *Prosecutor v. Tadic* (Case No. IT-94-1), Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 140

⁹⁶ *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, para. 141

⁹⁷ ‘Planning Memorandum Distributed to Delegations at Beginning of London Conference, June 1945’ in Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials (n 45) 64, 65

⁹⁸ Lütem (n 14) 141

⁹⁹ NUACM Statüsü madde 6/son fıkra: “*Yukarıda belirtilen suçlardan birini işlemek için kurulan plân ya da komplonun hazırlanması ya da icra edilmesinde; lider, örgütleyici, suç işlemeye yönelen ya da tahrik eden yahut komploya katılan sıfatıyla yer alanlar, plânın icrasına iştirak eden tüm kişilerin işlediği tüm fiillerden sorumludur.*”

tartışma ortaya çıkmamıştır. Ancak komplo kurma suçuyla ilgili olarak Savcılığın iddianamede yer alan talebiyle, Mahkeme'nin kabulü farklı olmuştur.

Kaynağını İngiliz hukukundan bulan, suç işlemek için anlaşma / komplo kurma suçunun maddi içeriğine baktığımızda; bir araya gelerek suç işlemeye karar veren ve suçu işlerken izlenecek usul konusunda anlaşan kişilerin, sırf bu anlaşmadan dolayı cezalandırıldığı, dolayısıyla komplo kurmanın bağımsız bir suç olarak ele alındığı görülmektedir¹⁰⁰. Daha sonra plânlanan suçun işlenmemesi, hatta icra hareketlerine hiç başlanmaması, komplo kurma suçunun oluşmasını etkilememektedir¹⁰¹. Komplo dahilinde plânlanan suç işlenirse, failer işlenen suçtan dolayı ayrıca cezalandırılmaktadır¹⁰².

Komplo kurma suçu, Kara Avrupası sistemine dahil olan ülkelerde, ceza sorumluluğunu aşırı şekilde genişleten bir kurum olarak görülmektedir. Bu sebeple ABD dışındaki devletlerin temsilcileri, bu cezai sorumluluk türünün Statü'de yer almasına karşı çıkmıştır¹⁰³.

Tartışmalardan sonra, barışa karşı suçları düzenleyen m. 6/a fıkrasının sonuna, “... *ya da belirtilen suçlardan birini işlemek için kurulan plân ya da komploya katılmak ...*” ibaresi eklenerek, sadece bu suçla sınırlı şekilde komplo kurma sorumluluğu kabul edilmiştir. Mahkeme de hükümde, 6/a ve 6/son'da yer alan komplo hükümlerini oldukça dar şekilde yorumlamıştır¹⁰⁴.

İddianamede yer alan (1) No.lu suçlamada, “... *sanıkların hem barışa karşı suç hem de Statüde yer alan diğer suçlar olan savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işlemek üzere ortak plân veya komplo kurduğu ...*”, dolayısıyla Statü madde 6/son hükmüne göre, hem kendi işledikleri fiillerden hem de bu plân veya komploya katılan diğer kişilerin işlediği tüm fiillerden dolayı sorumlu oldukları belirtilmiştir.

¹⁰⁰ Tezcan, Erdem and Önok (n 1) 539, 540

¹⁰¹ Cassese and Gaeta (n 26) 201

¹⁰² Tezcan, Erdem and Önok (n 1) 540

¹⁰³ Daha geniş bilgi için bkz. R. Murat Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019) 99-103

¹⁰⁴ Önok, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti (n 99) 101; Guénaël Mettraux, International Crimes Law and Practice Volume 1 Genocide (OUP 2019) 295, 296. NUACM'ye göre, parti açıklamalarındaki soyut beyanlar, komplo kurulduğunu ispat için yeterli değildir. Bu suçtan mahkûmiyet için, “...*komplonun ana hatları açıkça belirlenmiş olmalı*” ve komplo kurmanın zamanı, “...*suç kararının verildiği ve icrasına başlandığı tarihten fazla uzak olmamalıdır*” Trial of the Major War Criminals (n 54) 225

Savcılık, 8 Mayıs 1945 tarihinden önce tüm sanıkların, statüde yazılı tüm suçları işlemek üzere ortak bir plân ya da komplo kurmuş oldukları yahut buna katıldıkları, bu sebeple bireysel olarak işledikleri suçlara ek olarak, sanıkların tamamının, “*Ortak Plân ya da Komplo*”¹⁰⁵ başlığı altında ileri sürülen (1) No lu suçlamadan mahkûm edilmesini talep etmiştir. Böylece, Statü’de suçlar üç kategori olarak düzenlenmiş olmasına rağmen iddianamede dört farklı suçlama ortaya çıkmıştır.

Görülüyor ki; Savcılık, komplo kurmaya dayalı cezai sorumluluğun, Statü’de yazılı tüm suçları kapsadığı düşüncesini savunmuş ve (1) No.lu suçlamayı tüm sanıklara yüklemiştir. Ancak yukarıda izah etmeye çalıştığımız üzere, plân yapan sanıkların, plânı icra edenlerin fiillerinden sorumlu tutulmasıyla, komplo kurmanın bağımsız bir suç olarak cezalandırılması aynı şey değildir.

NUACM, bu noktadan hareketle savcılığın görüşünü reddetmiştir. Mahkeme, “ ... Statü, barışa karşı suçla ilgili olarak madde 6 (a)’da yer alan düzenleme dışında, komplo kurmayı ayrı bir suç olarak tanımlamamıştır ...”¹⁰⁶ gerekçesiyle, sadece barışa karşı suç işlemek için komplo kurduğu ya da bu yöndeki komploya katıldığı ispatlanan 8 sanığı bu suçtan mahkum etmiş, diğer sanıkları (1) No. lu suçlamadan beraat ettirmiştir¹⁰⁷. Öğretide, Mahkeme’nin, komplo kurma suçlaması yönünden Anglo-Sakson Hukuku’ndan ayrılarak, suça katılmaya ilişkin Kara Avrupası kurallarına daha yakın bir çözümü benimsediği ifade edilmiştir¹⁰⁸.

Netice olarak; hükme bakıldığında, savaş suçları ve insanlığa karşı suçları işlemek için komplo kurma fiilinin, ayrı bir suç olarak cezalandırılmadığı görülmektedir. Barışa karşı suçu işlemek için komplo kuran yahut buna katılanlar ise, mahkemenin aradığı diğer şartların da mevcut olması halinde, bu suçtan ayrıca cezalandırılmıştır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Trial of the Major War Criminals (n 54) 29

¹⁰⁶ Trial of the Major War Criminals (n 54) 253

¹⁰⁷ İddianame ve hüküm arasındaki yorum farkı için bkz. Lütem (n 14) 141

¹⁰⁸ Tezcan, “Saldırgan Savaş ...”, (n 72) 361

¹⁰⁹ NUACM sanıklarının suçlama/mahkûmiyet/beraat durumlarını gösteren özet liste için bkz. Poroy (n 82) 56; Ayrıntılı bir liste için ayrıca bkz. Guénaël Mettraux (ed), Perspectives on the Nuremberg Trial, Appendix 7 (OUP 2008) 749

3. Yargılamaya İlişkin Hukuki Sorun ve Tartışmalar

NUACM'ye yöneltilen hukuki eleştiriler, devlet egemenliği ve kanunilik ilkelerinin ihlâli noktalarında yoğunlaşmıştır¹¹⁰. Bu ilkeler, gerek uluslararası hukukta gerekse ulusal hukuk sistemlerinde kabul görmüş temel hukuk ilkesi niteliği taşımaktadır.

Aşağıda açıklamaya çalışacağımız üzere, NUACM bu eleştirileri, hükümde ortaya koyduğu karşı görüşlerle bertaraf etmeye çalışmıştır. Ancak, Mahkeme'nin bu kapsamda ileri sürdüğü görüşlerin, hukuki içerik ve derinlik bakımından tatmin edici olduğunu söylemek zordur¹¹¹.

a. Devlet Egemenliği İlkesi

NUACM, Alman vatandaşı olan sanıkları Almanya'da yargılayan uluslararası bir mahkemedir. Yargılama yetkisi Londra Antlaşması'na dayanmakla birlikte, Almanya bu antlaşmaya taraf olmadığından, yargılama yetkisinin antlaşmayla devri söz konusu değildir. O halde devlet egemenliğine bağlı bir yetki olan yargılama yetkisinin, Almanya'dan Müttefik Devletlere geçmesi nasıl mümkün olmuştur?

NUACM hükmü incelendiğinde, ("*Statü'nün Hukuku*" başlığı altında) Mahkeme'nin yargı yetkisine yönelik eleştirilere karşı kademeli bir karşı görüş oluşturduğu görülmektedir.

Mahkeme öncelikle; yargı yetkisini Londra Antlaşması ve ekli Statü'den almakta olduğunu, Statü hükümlerinin Mahkeme için "*kesin ve bağlayıcı*" nitelik taşıdığını açıkça belirtmiştir¹¹². Kanımızca, Mahkeme bu tutumuyla Statü'nün kapsamı dışında kalan teorik tartışmaları önemli görmediğini ortaya koymuş ve doğrudan Statü'nün uluslararası hukuk alanındaki dayanağına ilişkin açıklamalara geçmiştir.

NUACM, Statü'nün uluslararası hukuka uygunluğunu, Almanya'nın imzaladığı koşulsuz teslim belgesine dayandırmıştır¹¹³. Mahkemeye göre, galip devletler bu belgenin imzalanmasıyla birlikte, uluslararası hukukta yerleşik örf ve adet kuralları gereğince işgal bölgesi olan Almanya'da yasama yetkisini ele geçirmişti:

¹¹⁰ Adem Sözüer and Barış Erman, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi' in Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı' (Beta Basım Yayım 2001) 245, 246

¹¹¹ Christian Tomuschat, 'The Legacy of Nuremberg' (2006) 4 Journal of International Criminal Justice 832, 833

¹¹² Trial of the Major War Criminals (n 54) 218

¹¹³ Odman (n 82) 140

“Statü’nün kabulü, egemenlik hakkına dayalı yasama gücünün, Almanya’nın kendilerine koşulsuz olarak teslim olduğu devletler tarafından kullanılması niteliğindedir ve bu devletlerin işgal edilen ülke içinde yasama gücünü kullanma hakları, medeni dünya tarafından tereddüte mahal vermeyecek şekilde tanınmıştır.”¹¹⁴

O halde Müttefik Devletlerden her birinin, Almanya’nın teslim olmasından sonra, bu ülkede kanun yapma yetkisi bulunmaktaydı. Bu yetki, yine “tereddütsüz şekilde”, özel mahkemeler kurarak kanunu uygulama yetkisini de beraberinde getirdiğinden, her bir Müttefik Devlet, elinde bulundurduğu Alman sanıkları yargılama yetkisini haizdi. Müttefik Devletler, Statü’yü kabul edip NUACM’yi kurarak, aslında her birinin tek başına yapmaya yetkili olduğu bir yargılamayı, kolektif olarak gerçekleştiriyorlardı¹¹⁵.

Görüldüğü üzere; Mahkeme’ nin ortaya koyduğu gerekçe, Müttefiklerin işgal eden devlet sıfatıyla, işgal bölgesinde, uluslararası örf ve âdete göre elde ettiği yasama ve yargılama yetkilerini birleştirmekte ve bu yetkileri tüm suç kategorilerini kapsayacak şekilde ele almaktadır.

Kanımızca, Mahkeme’nin bu görüşü eleştiriye açıktır. İşgal eden devletin, uluslararası örf ve adetten kaynaklanan yargılama yetkisinin, kendi vatandaşlarına –bilhassa askerlerine karşı- işlenmiş savaş suçlarını kapsadığı öğretisi ve uygulamada kabul edilmiştir¹¹⁶. Ancak, bu yolla elde edilen yetkinin, “yeni suç” olarak ilk defa Statü’de düzenlenen barışa karşı suç ve insanlığa karşı suçları kapsayıp kapsamayacağı tartışmaya açıktır. Zira, bu suçlar için daha önce yapılmış bir yargılama bulunmadığı gibi, suçların dönem itibariyle örf ve adette yeri olduğunu söylemek de zordur.

Bu tartışmalardan başka; insanlığa karşı suç teşkil eden fiiller, Müttefik Devlet vatandaşlarına karşı işlenmiş değildi ve bu fiillerden birçoğu suçun işlendiği yer (Almanya) hukukunu da ihlâl etmiyordu¹¹⁷. Jackson, Londra Konferansında yaptığı (yukarıda zikredilen) konuşmasında, insanlığa karşı suç teşkil eden fiillerin, Müttefiklere karşı girişilecek saldırgan savaşın hazırlığı niteliğinde olduğunu, Müttefiklerin savaştan zarar gördüğünü belirterek, bu fiillerin doğrudan olmasa da savaş bağlantısı üzerinden Müttefiklere zarar vermiş olduğunu

¹¹⁴ Trial of the Major War Criminals (n 54) 218

¹¹⁵ ibid

¹¹⁶ Hersch Lauterpacht, ‘The Law of Nations and the Punishment of War Crimes’ in Guénaël Mettraux (ed), Perspectives on the Nuremberg Trial (OUP 2008) 17, 20; Wright (n 32) 327

¹¹⁷ Zira, 1933 yılından itibaren Nazi rejimi tarafından yürürlüğe sokulan ayrımcılık kanunları uyarınca, Almanya’daki Yahudilere karşı işlenen bir çok fiil, suç tarihindeki Alman milli hukukuna uygundu.

savunmuş, bu düşünce üzerinden yapılacak yargılamaya dayanak oluşturmuştu.

Gerek Statü'deki düzenlemede, gerekse hükümde, insanlığa karşı suçların savaş suçlarıyla bağlantısına yapılan vurgunun, örf ve adetteki yeri tartışmalı olan yeni suç tipiyle ilgili hukuki sorunu gidermeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır¹¹⁸. Kanımızca bu sorun, maddi hukuk bakımından kanunilik ilkesi ihlâli, muhakeme hukuku bakımından ise yargılama yetkisinin yokluğu riskini ortaya çıkarmıştır. NUACM'nin Fransız üyesi *Henri Donnedieu de Vabres*, NUACM Statüsü'nü hazırlayanların, insanlığa karşı suçları, sadece savaşla ve savaş suçlarıyla bağlantılı olarak işlendiğinde mahkemenin yargı yetkisine dahil etmelerini, 1919 Paris Soruşturma Raporuna yönelen benzer eleştirileri gözetmelerine bağlamakta ve meseleyi şöyle izah etmektedir.

*“Dikkate değer bir husus olarak; ... Statü’yü hazırlayanlar, 1919’da ABD temsilcileri olan Bay Lansing ve Bay Brown Scott’in gösterdiği tarzda bir çekingenlik gösterdiler. Mahkeme’nin insanlığa karşı suçlar üzerindeki yargı yetkisi tamamen bağımsız şekilde düzenlenmemiştir; bu yetki, sadece mahkemenin ‘normal’ yargı yetkisine dahil olan suçlar ve ihlâllerle gerekli bağlantının sağlanması halinde tanınmıştır; ve aslında bu bağlantı cezalandırma için bir şart teşkil eder”*¹¹⁹

Tüm bu hukuki sorunlara rağmen, NUACM yargılama yetkisini, ne egemenlik ne de kanunilik ilkesi bakımından esaslı şekilde tartışma niyeti bulunmadığını, hükümde yer alan şu cümle ile ortaya koymuştur: *“... Sanıkların, Mahkeme’nin kuruluşuyla ilgili olarak ileri sürebileceği yegâne talep, maddi gerçeğe ulaşılması ve hukukun uygulanmasına ilişkin adil bir yargılama istemektir.”*¹²⁰

b. Kanunilik İlkesi

Barışa karşı suç ve insanlığa karşı suçların ilk defa somut bir düzenlemeye kavuşması olumlu karşılanırsa da, burada ortaya konulan suç tariflerinin, Statü'nün kabulünden önce işlenen fiillere uygulanacak olması, beraberinde eleştirileri getirmiştir. Dava sırasında sanık müdafileri, bu durumun, geçmişe yönelik uygulama (ex-post facto) niteliğinde olduğu, dolayısıyla kanunilik ilkesini (nullum crimen sine lege) ihlâl ettiğini ileri sürmüştür. Belirtmeliyiz ki; müdafilerin bu savunmaları, insanlığa karşı suçtan ziyade barışa karşı suç ithamına karşı ileri sürmüştür. Bu sebeple hüküm incelendiğinde, Mahkeme'nin kanunilik ilkesine ilişkin

¹¹⁸ Bassiouni, Crimes Against Humanity (n 86) 143

¹¹⁹ De Vabres (n 66) 237, 238 ve dipnot 63

¹²⁰ Trial of the Major War Criminals (n 54) 218

değerlendirmelerinin, daha çok hükmün barışa karşı suçla ilgili kısımlarında yer aldığı görülmektedir¹²¹.

Öğretide ise, kanunilik ilkesine ilişkin eleştiriler hem barışa karşı suç hem de insanlığa karşı suç kategorileri bakımından ileri sürülmüştür. Aslında, Almanya'nın kendi ülkesinde, kendi vatandaşlarına karşı işlenen fiiller bakımından, insanlığa karşı suçlar, kanunilik ilkesi karşısında barışa karşı suçtan daha zayıf bir durumdaydı. Zira, Londra Antlaşması'na kadar, hiçbir uluslararası antlaşmada bu fiiller suç olarak düzenlenmemiş¹²², uluslararası hukukun kapsamı dışında, egemen devletin iç işi niteliğinde kabul edilmişti¹²³.

Mahkeme, kanunilik ilkesini barışa karşı suç bakımından ele alırken; öncelikle Statü'nün, 6/a maddesinde, "*uluslararası hukuka aykırılık teşkil eden bir savaşı plânlama ya da başlatma*" fiilinin suç olarak düzenlendiğini, dolayısıyla bu fiilin daha önceki tarihlerde suç olarak kabul edilip edilmediği hususunu araştırmanın, "*mutlak bir gereklilik olmadığını*" belirtmiştir¹²⁴.

Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu fiilin Statü'nün kabulünden önceki zamanda, bilhassa İkinci Dünya Savaşının plânladığı ve başladığı tarihlerde, hukuka aykırı nitelik taşıdığı ve kovuşturulması gereken bir uluslararası suç olduğunu ortaya koymak için bazı argümanlar geliştirmiştir.

NUACM'nin, -*Jackson* tarafından ABD Başkanı'na sunulan raporda işaret edildiği şekilde¹²⁵- fiilin uluslararası hukuka aykırılığını ortaya koymak için, 1928 Briand-Kellogg Antlaşmasını, "*köşe taşı*" olarak benimsediği anlaşılmaktadır. Mahkeme, kronolojik bir sıra takip ederek diğer bazı hukuki metinlere de atıf yapmış olsa da¹²⁶, Almanya'nın (kayıt

¹²¹ "Tüm hukuk sistemlerinde -uluslararası ve ulusal- geçerli temel bir ilke olarak, önceden kabul edilmiş bir kanun bulunmaksızın, suçun cezalandırılmayacağı sanıklar adına ısrarla savunuldu. 'Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege.' Geçmişe etkili cezalandırmanın tüm medeni milletlerin hukukuna aykırı olduğu, itham olunan cürmi fiillerin işlendiği zamanda hiçbir egemen gücün saldırgan savaşı suç olarak düzenlemiş olmadığı, hiçbir kanunda saldırgan savaşın tanımlanmadığı, herhangi bir cezanın da öngörülmüş olmadığı ileri sürüldü." Trial of the Major War Criminals (n 54) 219

¹²² Alexander Orakhelashvili, Akehurst's Modern Introduction to International Law (8th revised edn, Routledge 1997) 438; Faruk Erem, İnsanlığa Karşı Cürümler (Génocide) (Güney Matbaacılık 1948) 15. Erem, konuyu şöyle değerlendirmiştir: "*İnsanlığa karşı işlenen cürümlere gelince, diğer iki suç hakkında kolaylıkla bulunan metinler bu çeşit suçlar hakkında mevcut değildir, denilebilir.... fiilleri 'suç' sayan Milletlerarası Kanun mevcut değildir.*"

¹²³ Schabas, Genocide in International Law (n 6) 642

¹²⁴ Trial of the Major War Criminals (n 54) 219

¹²⁵ Report to the President from Justice Robert H. Jackson (n 33) 188

¹²⁶ Mahkeme sırasıyla; 1923 yılında, Milletler Cemiyeti tarafından desteklenen bir karşılıklı

koymaksızın) taraf olduğu Briand-Kellogg Antlaşması'nı, savaşı uyuşmazlıklar için meşru bir çözüm yolu olmaktan çıkaran temel metin olarak kabul etmiştir¹²⁷. Atıf yapılan diğer belgeler ise, Mahkeme'nin yorumunu doğrulayan, tarihsel birer dayanak olarak ele alınmıştır.

Ne var ki; fiillerin uluslararası hukuka aykırı kabul edilmesiyle, uluslararası suç teşkil etmesi aynı anlama gelmiyordu¹²⁸. Söz konusu fiiller, devletler bakımından “yasak fiil” olarak kabul edilse bile, Statü'nün kabulünden önceki tarihlerde bunları açıkça “suç” olarak düzenleyen ve bu fiilleri işleyenler için “ceza” öngören uluslararası bir norm bulunmuyordu. O halde kanunilik ilkesi bakımından, bu fiilleri işleyen kişilerin şahsi ceza sorumluluğu nasıl söz konusu olacaktı?

NUACM'nin, bu sorunu çözmek için Briand-Kellogg Antlaşması ve Lahey Sözleşmeleri'nde yer alan yasaklayıcı hükümleri, ceza sorumluluğuna etkileri bakımından mukayese ettiği görülmektedir. Mahkemenin, hükümde ortaya koyduğu mantıksal çıkarımı şu şekilde özetlemek sanırız yanlış olmaz:

1907 Lahey Sözleşmesi, savaş esirlerine kötü muamele etme, kimyasal silah kullanma gibi bazı savaş fiillerini, devletler için yasaklayan hükümler içermektedir. Ancak, Sözleşmede bu fiilleri işleyen bireylerin ceza sorumluluğundan bahsedilmemiştir. Buna rağmen, 1907 yılından itibaren bu fiiller tartışmasız şekilde savaş suçu olarak kabul edilmiş, birçok askeri ceza mahkemesi bu fiilleri işleyenleri cezalandırmıştır¹²⁹.

1928 Briand-Kellogg Antlaşması da, benzer şekilde saldırı savaşını “*plânlama ya da başlatma*” fiilini yasaklamış, ancak bu fiili işleyen bireyler için ceza sorumluluğu öngörmemiştir. Saldırgan bir savaş başlatmanın sonuçları, münferit olarak savaş suçu işlemekten daha ağır ve daha geniş kapsamlıdır. O halde, 1928 yılından itibaren uluslararası hukukta yasaklanmış olduğu bilinen, “*saldırgan savaş plânlama ya da başlatma*” fiilinin de, suç teşkil ettiğini kabul etmek ve cezalandırmak gerekir¹³⁰.

işbirliği antlaşması taslağında, 1924 Cenevre Protokolü'nün dibacesinde, 24 Eylül 1927 Tarihli Milletler Cemiyeti Genel Kurul toplantısında, 18 Şubat 1928 Tarihli 6. Pan-Amerikan Konferansında yer alan ifadeler atıf yapmıştır. Bkz. Trial of the Major War Criminals (n 54) 221, 222

¹²⁷ ibid 219, 220. Ayrıca bkz. Mary Jean Lopardo, Nuremberg Trials and International Law (1978) 8 (2) University of Baltimore Law Forum 34

¹²⁸ Tomuschat (n 107) 833

¹²⁹ Trial of the Major War Criminals (n 54) 220-221

¹³⁰ ibid 221

İlk bakışta mantık ilkelerine uygun görünen bu çıkarım bazı sorunlar içermektedir. Kanımızca, mukayese edilen suç kategorilerinin (savaş suçu/saldırgan savaş) uluslararası hukuktaki statüleri farklı olduğundan, bu suçlar mukayese edilmeye uygun değildir. Hukuka aykırı bir savaşı “*plânlama ya da başlatma*” fiilinin, Briand-Kellogg Antlaşması’ndan önce, bağlayıcılık taşımayan bazı hukuki metinlerde yer aldığı doğru olsa da, bu durumun söz konusu fiile konvansiyonel bir suç statüsü kazandırdığını söylemek zordur¹³¹.

Versay Antlaşması m. 227’de, Alman İmparatoru II. Wilhelm, Birinci Dünya Savaşının başlamasına sebep olduğu için, “ *...uluslararası ahlâka ve antlaşmaların kutsallığına karşı büyük bir suç işlemekle...*” itham edilmiş olsa da, böyle bir yargılanma gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla, sadece bu hükme dayanılarak, fiilin suç olarak kabul edilmesi ve kovuşturulması doğrultusunda oluşmuş uluslararası bir örf ve adet kuralı bulunduğu da söylenemeyecektir.

Oysa savaş suçu kategorisine dahil olan fiillerin çoğu, La Haye Sözleşmelerinden önce başka hukuki metinlerde (1963 Lieber Kodu, 1868 St. Petersburg Deklarasyonu gibi) düzenlenmekle kalmamış, burada yazılı fiillerin savaş suçu kapsamında cezalandırılması tüm devletler tarafından kabul edilerek, yerleşik uygulama niteliği kazanmıştır¹³².

Başka bir deyişle, Lahey Sözleşmeleri, Martens kaydı gibi kapsamı tartışmalı bazı eklemeler yapmakla birlikte, büyük oranda sözleşme tarihinde mevcut bulunan savaş örf ve âdetini, sözleşmeye dayanan yazılı kurallar haline getirmiştir. Esasen NUACM, bu hususu hükmün ilerleyen kısımlarında kendi cümleleriyle şu şekilde ifade etmiştir:

*“... [Lahey Sözleşmesinde] yer alan kara savaşı kuralları, şüphesiz kabul tarihindeki hukuka nazaran bir ilerlemeyi ortaya koyuyordu. Ancak, aynı metinde Sözleşme’nin ‘savaşın genel kurallarını revize etmek için yapılan bir girişim’ olduğu da açıkça belirtilmişti. Bu ifade, Sözleşme’nin, söz konusu savaş kurallarının o dönemde zaten mevcut olduğu gerçeğini tanıdığını göstermektedir.”*¹³³

¹³¹ Tomuschat (n 107) 832, 833

¹³² William A. Schabas, *The Trial of the Kaiser* (OUP 2018) 306. Bu metinlerden başka, savaş suçları bakımından, 1907 öncesi için, ABD iç savaşı sırasında yapılan yargılamalar ve 1907 sonrası için, Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra yapılan ulusal yargılamalar örnek olarak gösterilebilir.

¹³³ *Trial of the Major War Criminals* (n 54) 254. Mahkeme aynı görüşü hükmün başka kısımlarında da ortaya koyarak vurgulamıştır: ‘... Sözleşme’de yer alan hükümler, tüm medeni milletler tarafından tanınmıştı ve statünün 6 (b) maddesinde belirtilen uluslararası örf ve adet kurallarının deklarasyonu niteliğinde kabul edilmekteydi.’ *Trial of the Major War Criminals*, s. 253-254; ‘Çekoslovakya, 1907 La Haye Sözleşmesi’ ne taraf olmasa da, bu sözleşmede yer alan kara savaşı kuralları, mevcut uluslararası kuralların deklarasyonu niteliğinde olduğundan, uygulanabilir hukuk kuralı niteliğindedir’ *Trial of the Major War Criminals* (n 54) 334

NUACM, fiilin devlet için yasaklanması ve şahsi ceza sorumluluğu doğurması ayrımıyla ilgili olarak, savunduğu görüşü destekleyecek başka bir gerekçe daha ileri sürmüştür. Ancak kanımızca, bu gerekçe hukuki bir çözümlenmeyi ortaya koymaktan ziyade, ceza sorumluluğunun uluslararası hukuktaki fonksiyonuna işaret etmektedir. Mahkeme'ye göre;

*“Uluslararası hukuka karşı suçlar, soyut varlıklar tarafından değil, insanlar tarafından işlenir. Bu sebeple, uluslararası hukuk hükümlerinin yerine getirilmesi, ancak bu suçları işleyenlerin cezalandırılmasıyla mümkün olabilir.”*¹³⁴

Bu kabule göre; eğer bir fiil uluslararası hukuku ihlâl ediyorsa, bu fiili devlet adına işleyen fail, -fiili suç olarak düzenleyen açık bir norm olmasa da- cezai sorumluluk taşıyacaktı¹³⁵. Belirtmeliyiz ki; NUACM'nin bu görüşü, önce konuya ilişkin özel raportör taslağında tekrar edilmiş¹³⁶, daha sonra BMHK tarafından 29.07.1950 tarihinde kabul edilen, *“Nürnberg Mahkemesi Statüsü ve Hükümünde Belirlenen Uluslararası Hukuk İlkeleri”* başlıklı metinde, 1 ve 2 no.lu ilkeler olarak kabul edilerek uluslararası hukuka yerleşmiştir¹³⁷.

Mahkeme, hükmün aynı kısmında, Versay Antlaşması madde 227, 228'de yer alan -savaş hukukunu ihlâl eden kişilerin, askeri mahkemelerde yargılanacağına dair- hükme atıf yapılarak, uluslararası hukuku ihlâl edenlerin şahsi ceza sorumluluğunun önceki tarihlerde de kabul edilmiş olduğunu belirtmiştir¹³⁸.

NUACM'ye göre kanunilik ilkesi, devlet egemenliğini (egemenliğe dayalı yasama yetkisini) kısıtlayıcı nitelik taşımıyordu. Bu ilke, fiili işlediği an itibariyle söz konusu fiilin hukuka aykırı olduğunu ve suç teşkil ettiğini bilmeyen kişileri, hukuki koruma altına alan genel bir hukuk ilkesiydi. Oysa Nazilerin işledikleri saldırgan savaş fiillerinin hukuka aykırılığı o kadar açıktı ki, sanıkların bunu bilmedikleri düşünülemezdi. O halde, sanıkların kanunilik ilkesinin korumasından yararlanması, ilkenin taşıdığı amaç bakımından uygun değildi¹³⁹.

¹³⁴ ibid 223

¹³⁵ Lopardo (n 123) 34

¹³⁶ ‘Formulation of Nurnberg Principles, Document A/CN.4/22, Report by J. Spiropoulos, Spécial Rapporteur, 12 April 1950’ in UN Yearbook of the International Law Commission 1950, Volume II 195

¹³⁷ ‘Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal’ in UN Yearbook of the International Law Commission 1950, Volume II 374

¹³⁸ Trial of the Major War Criminals (n 54) 222.

¹³⁹ ibid 219. Mahkeme'nin, kanunilik ilkesiyle ilgili bu değerlendirmeye, barışa karşı suçlarla ilgili kısımda yer verdiğini belirtmek isteriz.

Aksi düşüncenin kabul edilmesi halinde, dünyanın gözleri önünde milyonlarca masum insanı sistematik olarak katleden Nazilerin, cezadan kurtulmaları söz konusu olacaktır. Bu sonuç ise adalete uygun değildir. Bu mesele Statü'nün hazırlandığı Londra Konferansı'nda gündeme geldiğinde; katılımcılardan Profesör Gros, devletin işlediği savaş başlatma fiilinin, yöneticilere bireysel ceza sorumluluğu olarak yüklenmesini, “...ahlaki ve politik bakımdan arzu edilen, ancak uluslararası hukukta yeri olmayan...” bir yaklaşım olarak değerlendirilmişti¹⁴⁰. Öyle anlaşılıyor ki; NUACM, kendini uluslararası hukuka uygun davranmakla, “adalete” uygun davranmak arasında bir tercih yapmak zorunda hissetmiş ve tercihini ikinci seçenektan yana kullanmıştır.

Belirtmek isteriz ki; hükmün hiçbir yerinde kanunilik ilkesi, insanlığa karşı suçlara münhasır şekilde tartışılmamıştır. “Savaş Suçları ve İnsanlığa Karşı Suçlara Uygulanacak Hukuk” başlığı altında yer alan son paragrafta, insanlığa karşı suçlara kısaca değinilmiş, ancak kanunilik ilkesi ve geriye etkili uygulamayla ilgili tartışmaya girilmemiştir¹⁴¹.

III. SAVAŞ SUÇLARI VE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLARIN MUKAYESESİ

İnsanlığa karşı suçların kovuşturulmasıyla ilgili olarak NUACM'ye yöneltilen eleştiriler, sadece yargılama yetkisi ve kanunilik ilkesi konularıyla sınırlı kalmamıştır. Öğretide, NUACM sürecinde insanlığa karşı suçların bağımsız bir suç kategorisinden ziyade, savaş suçlarının genişletilmiş bir hali olarak ele alındığı ifade edilmiştir¹⁴².

Kanımızca, bu suç kategorilerini mukayese ederken, Statü'de yer alan düzenleme ile Savcılık ve Mahkeme'nin uygulamalarını ayrı ayrı incelemek faydalı olacaktır.

A. STATÜDE ORTAYA KONULAN DÜZENLEME BAKIMINDAN

Statü'yü hazırlayanlar, insanlığa karşı suçları, savaş suçlarından ayrı bir madde başlığı altında, bağımsız bir suç kategorisi olarak düzenlemek suretiyle, bu suçları savaş suçlarından farklı şekilde ele aldıklarını ortaya koymuştur.

Statü madde 6/c'de yer alan düzenlemenin maddi içeriğine bakıldığında; iki suç kategorisi arasındaki ayrımın, fiil unsuru yönünden belirgin olmadığı, ancak suçun

¹⁴⁰ Tutanak metni için bkz. ‘Minutes of Conference Session of July 19, 1945’ in Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials (n 45) 297

¹⁴¹ Trial of the Major War Criminals (n 54) 254, 255

¹⁴² Bassiouni, Crimes Against Humanity (n 86) 136

işlenebileceği yer, zaman ve suçun mağdur unsuru bakımından önemli bazı farkların mevcut olduğu görülmektedir.

Statü’de, insanlığa karşı suç kapsamında yasaklanan fiillerin çoğu, savaş sırasında ve düşman devletin vatandaşlarına karşı işlendiğinde, aynı zamanda savaş suçu teşkil edecek nitelikteydi¹⁴³.

Öldürme, toplu imha ve sınır dışı etme gibi suç tarifinde açıkça yer verilen fiiller, bu duruma örnek teşkil etmektedir. Ayrıca, savaş suçlarına ilişkin madde 6/b’de yer alan, “...*ancak bunlarla [bu fiillerle] sınırlı olmayacaktır...*” ve insanlığa karşı suçlara ilişkin madde 6/c’de yer alan “...*ve diğer insanlık dışı fiiller...*” ibareleri, iki suç kategorisi arasında fiil unsuru yönünden muhtemel bir çakışma alanı daha oluşturmaktaydı¹⁴⁴.

O halde Statüde yer alan düzenlemeye göre; savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar arasındaki ayrımın iki noktada belirgin hale geldiği söylenebilir.

Bunlardan ilki; suçun işlenebileceği zaman bakımından ortaya çıkmaktadır. Statü’nün lafzı dikkate alındığında, insanlığa karşı suçlar kategorisinin -savaş suçlarından farklı olarak- sadece savaş sırasında değil, savaştan önce işlenen fiilleri de kapsadığı görülmektedir. Zira m. 6/c’de, “...*savaştan önce yahut savaşın devamı süresince...*” işlenen fiillerden bahsedilmiştir. Ancak, “... *Mahkeme’nin yargı yetkisi dâhilindeki suçlardan birinin icrası sırasında yahut bu suçlardan biriyle bağlantılı olarak ...*” ifadesi gereği, savaştan önce işlenen fiillerin de savaş suçları veya barışa karşı suçla bağlantılı olması gerekmektedir. Aşağıda ele alacağımız üzere NUACM, sanıkların savaştan önce işlediği fiillerin, diğer suçlara bağlantılı olduğunu kabul etmemiştir.

Statüde yer alan ikinci fark ise, sadece savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar arasındaki esaslı ayrımı ortaya koymakla kalmamış, aynı zamanda uluslararası ceza hukukunda uzun zamandır süregelen önemli bir sorunu çözmeye yönelmiştir. Şöyle ki; savaş suçları, düşman askerlerine ya da işgal edilen bölgedeki sivil halka karşı işlenebilirdi¹⁴⁵. Devletin kendi ülkesinde, kendi vatandaşlarına karşı işlenen fiiller ise uluslararası hukukun kapsamı dışında kalıyordu¹⁴⁶. Statüde madde 6/c’ye dercedilen, “...*herhangi bir sivil nüfusa karşı işlenen...*” ibaresiyle; *mağdur bakımından*, devletin kendi vatandaşlarına karşı, *suç yeri bakımından ise*,

¹⁴³ Bassiouni, Crimes Against Humanity (n 86) 137; Schwelb (n 6) 189

¹⁴⁴ Erem (n 118) 22. Yazar, çakışmayı harp esirlerine karşı işlenen fiiller yönünden ele alarak örneklendirmiştir.

¹⁴⁵ Schabas, The Trial of the Kaiser (n 128) 153

¹⁴⁶ Bassiouni, Crimes Against Humanity (n 86) 148,149

kendi ülkesi dahilinde işlediği fiiller, uluslararası hukuk kapsamına alınmış olmaktadır¹⁴⁷. NUACM, bu kapsamdaki fiilleri insanlığa karşı suç olarak değerlendirirken, aynı türden fiillerin düşmana karşı veya işgal edilen bölgelerde işlenmesi halinde savaş suçu teşkil edeceğine hükmetmiştir¹⁴⁸. Bu sebeple, NUACM'nin, m. 6/c hükmünü, La Haye sözleşmelerinin kapsamı dışında kalan, yani savaş suçu teşkil etmeyen fiillerin cezalandırılabilmesi için “*yedek hüküm*” olarak kullandığı öğretide savunulmuştur¹⁴⁹.

B. İDDİANAMEDE YER ALAN (3) VE (4) NO.LU SUÇLAMALAR BAKIMINDAN

İddianamede, (3) No. lu suçlama savaş suçlarını, (4) No. lu suçlama ise insanlığa karşı suçları içermektedir. (4) No. lu suçlamada kullanılan, “*Savcılık, (3) No. lu suçlamada ileri sürülen vakıalara, aynı zamanda insanlığa karşı suç teşkil eden vakıalar olarak bu bölümde de dayanacaktır*”¹⁵⁰ ifadesiyle, savcılığın fiil unsuru bakımından bu suçları adeta özdeş olarak gördüğü açıkça belirtilmiştir.

Suçların sanıklara yüklenmesi açısından bakıldığında; -*Streicher*¹⁵¹ ile *Von Schirach*¹⁵² haricinde- insanlığa karşı suçlarla itham edilen tüm sanıkların, aynı zamanda savaş suçlarıyla da itham edildiği görülmektedir. Savcılık makamının, insanlığa karşı suç ithamını, savaş suçlarıyla mümkün olduğunca birleştirmek suretiyle hem ayırıcı unsur tartışmalarından uzak durmaya, hem de geriye etkili uygulama eleştirilerini hafifletmeye gayret ettiği anlaşılmaktadır. Kanımızca, savcılığın bu tutumu, kanunilik ilkesi bakımından Mahkeme heyetinin duyduğu endişeyi paylaştığı anlamına gelmektedir.

C. HÜKÜMDE BENİMSENEN GÖRÜŞ BAKIMINDAN

NUACM heyetinin Fransız üyesi *de Vabres*'in, yargılamadan sonra yayınlanan bir çalışmasında belirttiği üzere; NUACM, Statü'de yer alan “*insanlığa karşı suçlar*” terimini hükümde kullanmış, ancak düzenlemenin maddi hukuka yönelik etkisini en alt düzeyde

¹⁴⁷ Kanımızca, sorunun ileriye etkili olarak çözüldüğü söylenebilir. Zira, Nürnberg'de ortaya konulan bu çözüm, daha sonra uluslararası ceza hukuku ilkesi olarak da benimsenmiştir. Ancak, mevcut davada yargılanan sanıklar bakımından, fiil tarihinden sonra konulan bu kuralın geriye etkili uygulanması, yukarıda izah etmeye çalıştığımız üzere tartışmalı kalmıştır.

¹⁴⁸ Wright (n 32) 341

¹⁴⁹ Schwelb (n 6) 206. Statü'deki düzenlemenin esasen bu amaçla yapıldığına dair yorum için bkz. De Vabres (n 66) 237. Bassiouni ise, Mahkeme'nin Statü 6/c hükmünü bu şekilde kullanmasını “doğal bir sonuç” olarak görmektedir. Bkz. Bassiouni, Crimes Against Humanity (n 86) 141

¹⁵⁰ Trial of the Major War Criminals (n 54) 65

¹⁵¹ ibid 77

¹⁵² ibid 76

tutmaya gayret etmiştir. *De Vabres*'e göre, NUACM'nin bu yaklaşımının iki sebebi bulunmaktaydı. İlk sebep şuydu; Mahkeme, insanlığa karşı suçlar konusunda ortaya çıkacak ve düzenlemeyi istenilen düzeye (*de lege ferenda*) taşıyacak yeni düşüncelerin önünü, vereceği içtihat yoluyla kesmeyi istememişti. Diğer sebep ise; bilhassa “...*fiilin, işlendiği ülkenin milli hukukunu ihlâl etmediği*” durumlarda¹⁵³ kanunilik ilkesinin zedeleneceği endişesi olmuştu¹⁵⁴.

Statü-iddianame-hüküm sıralaması takip edilerek, insanlığa karşı suçların Nürnberg'de ele alınışı incelendiğinde; bu suçlar ile savaş suçları arasındaki ayrımın giderek silikleştiği ve neticede, NUACM'nin verdiği hükümde insanlığa karşı suçlar ile savaş suçları arasında maddi hukuk bakımından ayrım yapmaktan kaçınarak, bu iki kategoriyi tamamen birleşik şekilde ele aldığı görülmektedir.

NUACM hükmünde izlenen sistematığe bakıldığında; önce her sanık için bir ana başlık açılarak sanığın Nazi eylemlerindeki konumu ve itham edildiği fiillerle ilgili kronolojik bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Daha sonra, bu sanığa yüklenen her bir suç için ayrı alt başlıklar açılarak, söz konusu suçlamaya ilişkin tartışma ve gerekçeler bu alt başlık altında ortaya konulmaktadır. Sanığa ilişkin ana başlığın sonunda, her bir suç bakımından ayrı ayrı “*suçlu/suçsuz*” şeklinde nihai karar açıklanmıştır¹⁵⁵.

Ancak Mahkeme, sanığın hem savaş suçu hem de insanlığa karşı suçla itham edildiği durumlarda hükmün sistematığından ayrılarak, bu suçlar için ayrı birer alt başlık açmaktan kaçınmış, suçlamaları tek bir alt başlık altında birleştirerek ele almıştır¹⁵⁶. Böylece, NUACM, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar arasında maddi hukuk yönünden açık bir ayrım yapmak zorunda kalmamıştır.

¹⁵³ Bu noktada, Almanya'da Nazi yönetimi tarafından 1933 yılından itibaren çıkarılan ayrımcılık kanunları sebebiyle, Yahudilere karşı işlenen birçok fiilin –bilhassa ayrımcılığa dayalı zulmetme fiillerinin- Alman kanunlarına uygun olduğunu hatırlamak gerekmektedir. Bu kapsam dahilinde, sanıkların Alman egemenlik alanı olarak kabul edilen yerlerde işlediği fiiller, suç yeri hukukunu ihlâl etmiyordu. Nürnberg Kanunları olarak adlandırılan bu metinler hakkında bilgi için bkz. Ruhi (n 41) 125-128

¹⁵⁴ *De Vabres* (n 66) 240, 241. Kanımızca, *de Vabres*'in açıklamasında yer alan son cümle, NUACM'nin kanunilik ilkesi eleştirilerine karşı geliştirdiği –yukarıda özetle aktardığımız- argümanların, mahkeme üyelerini dahi tam olarak tatmin etmediğini ortaya koymaktadır.

¹⁵⁵ Ancak verilen cezalar, gerekçeli kararın en son kısmında tüm sanıklar için toplu olarak açıklanmıştır. Bkz. *Trial of the Major War Criminals* (n 54) 365-367

¹⁵⁶ Örneğin; iddianamedeki tüm suçlarla ayrı ayrı itham edilen *von Neurath* hakkındaki hükümde, barışa karşı suçla ilgili ayrı alt başlık açılmış, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar ise “*Çekoslovakya'daki Suç Faaliyetleri*” şeklinde tek bir alt-başlık altında ele alınmıştır.

İddianamede, savaş suçu işlemekle suçlanmış olmamasına rağmen, insanlığa karşı suçla itham edilen iki sanık, *Streicher* ile *Von Schirach* idi. Dolayısıyla, bu sanıklar bakımından insanlığa karşı suçları ayrı bir alt başlık altında incelemek zorunlu olmuştu¹⁵⁷. Hükümün bu sanıklara ilişkin kısımlarına bakıldığında:

Mahkeme, *Streicher* hakkında verdiği hükümde; sanığın yargılamayı ilgilendiren Yahudi aleyhtarı yayın ve davranışlarını kronolojik olarak inceledikten sonra;

“...Yahudilerin, Doğu’da korkunç şartlar altında katledilmekte olduğu bir zamanda, sanığın işlediği öldürmeye ve toplu imhaya tahrik fiilleri, Statü’deki düzenlemeye göre, politik ve ırksal sebeple ve savaş suçlarıyla bağlantılı olarak işlenen zulmetme fiili niteliğinde olup, bu suretle insanlığa karşı suç teşkil eder...”¹⁵⁸

gereğesiyle sanığı insanlığa karşı suçtan (4 No.lu suçlamadan) mahkûm etmiştir.

Alıntıladığımız paragrafta yer verilen tespit, suçun fiil unsuru bakımından da dikkat çekicidir. Öldürme ve toplu imha fiilleri, insanlığa karşı suç kapsamında cezalandırmış olmakla birlikte, bunların aynı zamanda savaş suçu teşkil ettiği de örtülü olarak kabul edilmek suretiyle iki suç arasındaki bağlantı sağlanmıştır. Şöyle ki;

Statüdeki düzenlemenin lafzına bakıldığında, “politik ve ırksal sebeple zulmetme” fiilinin, savaş suçlarının değil, insanlığa karşı suçların fiil unsurunda yazılı olduğu görülmektedir. Bu noktada (savaş suçlarını düzenleyen) m. 6/b’de yer alan, “...kapsayacak, ancak bunlarla sınırlı olmayacaktır” ifadesi gereğince, savaş suçu teşkil eden fiillerin sınırlandırıcı olarak sayılmadığı hatırlanmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, savaş sırasında, ülkesi işgal edilen devletin vatandaşlarına karşı işlenmesi halinde, “politik ve ırksal sebeple zulmetme” fiili, aynı zamanda savaş suçu da teşkil edecektir¹⁵⁹.

NUACM, yukarıdaki hüküm fıkrasında geçen “...Doğu’da ...” ifadesini, Almanya tarafından işgal edilmiş bulunan Doğu Avrupa ülkeleri için kullanmıştır¹⁶⁰. Sanığın suça tahrik edici davranışları ve bunlar sonucunda işlenen öldürme ve toplu imha suçları, sadece Almanya

¹⁵⁷ De Vabres (n 66) 241

¹⁵⁸ Trial of the Major War Criminals (n 54) 304

¹⁵⁹ Bassiouni, Crimes Against Humanity (n 86) 137; De Vabres (n 66) 237

¹⁶⁰ “Doğu’da...” ifadesiyle işaret edilen coğrafya, hükümün şu kısmında açıkça görülmektedir: “... *Streicher*’in elde ettiği ve okuduğu *Israelitisches Wochenblatt* adlı Yahudi gazetesi, her sayısında Doğu’daki Yahudi vahşetine ilişkin bir bölüm yayınlayarak, sınır dışı edilen ve öldürülen Yahudilere ilişkin sayısal bilgiler vermekteydi... Varşova’da 72,729, Lodz’da 17.542, Hırvatistan’da 18.000, Romanya’da 125.000, Letonya’da 14.000, Yugoslavya’da 85.000, Polonya’da 700.000 ...” Trial of the Major War Criminals (n 54) 303

içinde değil, Almanya tarafından işgal edilen bölgelerde, bu devletlerin vatandaşı olan Yahudilere karşı da işlenmiştir¹⁶¹.

Böylece Mahkeme, sanığın işlenmesini tahrik ettiği öldürme ve toplu imha fiillerinden, Almanya’da işlenenlerin insanlığa karşı suç, işgal edilen ülkelerde işlenenlerin ise savaş suçu teşkil ettiğini örtülü olarak kabul etmiş olmaktadır¹⁶². Sanık, iddianamede savaş suçlarıyla itham edilmediği için insanlığa karşı suçtan cezalandırma yoluna gidilmiş, sanığın tahriki sonucu işgal bölgelerinde işlenen fiiller de (savaş suçu olarak kabul edilerek) insanlığa karşı suçun, savaş suçlarıyla bağlantısını kurmak için kullanılmıştır.

Görüldüğü gibi, sanığın sadece insanlığa karşı suçla itham edilip, savaş suçu işlemekle suçlanmadığı durumda dahi, iki suç kategorisi arasındaki maddi hukuk ayrımı, Mahkeme tarafından açık şekilde ortaya konulmamıştır. Mahkeme’nin benimsediği gerekçe, ancak yorum yoluyla açıklığa kavuşmaktadır.

NUACM, itham yönünden aynı hukuki durumda bulunan¹⁶³ diğer sanık -*Von Schirach*- hakkında verdiği hükümde ise:

Diğer bazı görev ve sıfatlarına ek olarak, Viyana İmparatorluk Valisi sıfatını da taşıyan *Von Schirach*’ın, İçişleri Bakanı’na bağlı olarak bu bölgede en üst düzeyde idari yetki sahibi olduğunu, Yahudilerin zorla çalıştırma amacıyla sınır dışı edilmesi, çalışamayacak durumda olanların, “*özel işlem*”e tabi tutulmak üzere hazırlanması şeklinde işlenen fiillerden haberdar olduğunu, bu fiillerin işlenmesine katkıda bulunduğunu, fiilleri meşru göstermeye yönelik konuşmalar yaptığından bahisle, sanığı insanlığa karşı suçtan mahkûm etmiştir¹⁶⁴.

Mahkeme, sanığın işlediği insanlığa karşı suçların Statü’deki diğer suçlarla bağlantısını ise, -*Streicher* kararından farklı olarak- barışa karşı suç üzerinden kurmuştur¹⁶⁵. Mahkeme kararını şöyle gerekçelendirmiştir:

¹⁶¹ “... 25 yıldır ortaya koyduğu konuşma, yazı ve tavsiyeleriyle *Streicher*, ‘Bir Numaralı Yahudi Avcısı’ olarak tanınıyordu. Söylev ve makaleleriyle, haftadan haftaya, aydan aya Alman aklını anti-Semitizm virüsüyle enfekte etti ve Alman halkını zulüm fiilleri işlemeye tahrik etti Fakat bu sanığın öğretilerini savunduğu tek yer Almanya değildi...” Trial of the Major War Criminals (n 54) 302

¹⁶² De Vabres (n 66) 237

¹⁶³ *Von Schirach* da, (1) ve (4) No. lu suçlamalarla itham edilmiş, (1) No. lu suçlamadan beraat etmiş, , (4) No. lu suçlamadan mahkûm olmuştur.

¹⁶⁴ Trial of the Major War Criminals (n 54) 317-320

¹⁶⁵ Schwelb (n 6) 205

“Von Schirach, Viyana’da savaş suçu işlemekle suçlanmamakta, sadece insanlığa karşı suçla itham edilmektedir. Daha önce görüldüğü üzere; Avusturya, saldırgan savaş konusundaki genel plân kapsamında işgal edilmiştir. Bu sebeple, Avusturya’nın işgal edilmesi, Statü madde 6/c’de belirtildiği şekliyle, ‘mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki suçlardan biri’ olma niteliği taşımaktadır. Bu tespitlerin sonucu olarak; işgal sırasında işlenen, ‘öldürme, toplu imha, köleleştirme, sınır dışı etme ve diğer insanlık dışı fiiller’ ile ‘politik, ırksal ya da dini saiklerle işlenen zulmetme fiilleri’, belirtilen madde kapsamında insanlığa karşı suç teşkil eder.”¹⁶⁶

Bu noktada karışıklığı önlemek için, suçun işlendiği yer bakımından Mahkeme’nin Avusturya’nın hukuki statüsünü, işgal edilen diğer ülkelerden farklı şekilde ele aldığını belirtmeliyiz. Sanık müdafileri, işgal edilen birçok Avrupa ülkesinin tamamıyla zapt edilerek topraklarının Alman İmparatorluğu’na dahil edildiğini¹⁶⁷, bu sebeple söz konusu bölgelerin Alman egemenlik alanına girdiği kabul edilerek, bu ülkelerde işlenen fiillerin, kara savaşı kurallarının kapsamı dışında tutulmasını talep etmiştir¹⁶⁸.

Mahkeme bu görüşü temelde iki gerekçeyle reddetmiştir. Öncelikle, bu ülkelerin zapt edilmesi, suç teşkil eden bir saldırı savaşına dayanmakta olup, uluslararası hukuka aykırıdır. Ayrıca, Mahkeme’ye göre, savaş alanında, işgal edilen ülkeleri gerçek sahiplerine iade etmek için direnen bir ordu bulunduğu sürece, askeri güçle fetih (military conquest) hükümleri uygulama alanı bulmaz¹⁶⁹. Bu sebeplerle, (saldırı savaşının başladığı) 1 Eylül 1939 tarihinden itibaren işgal edilen ülkeler bakımından savunmanın ortaya koyduğu düşünce kabul edilmemiş, bu ülkelerde işlenen fiiller (işgal bölgesinde işlendiğinden) savaş suçu olarak cezalandırılmıştır.

Savaşın başlamasından önce ve askeri güç kullanılmaksızın işgal edilen Avusturya’da işlenen suçlar ise Alman egemenlik alanında işlenmiş olarak kabul edilmiştir. Avusturya, savaşın başlamasından önce, Almanya’nın güç kullanma tehdidi altında yapılan plebisit sonucunda Almanya’ya katılma kararı almış, bunun üzerine Almanya, 1938 tarihinde

¹⁶⁶ Trial of the Major War Criminals (n 54) 318-319

¹⁶⁷ Orijinal metinde, ilhak (annexation) terimi yerine, boyun eğdirme, zapt etme anlamına gelen (subjugation) sözcüğü kullanılmıştır. Kanımızca bu seçim, bazı ülkelerin, toprakları ilhak edilmeksizin, yönetimleri bakımından Alman kontrolüne girmiş olmasından kaynaklanabilir. Yahut Mahkeme, Almanya’nın ilhak kararlarını hukuka uygun görmediği için bu terimi kullanmaktan kaçınmış olabilir. Uluslararası hukukta, tek taraflı işlemlerle ülke kazanılmasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap (11th edn, Turhan Kitabevi 2017) 24 vd.

¹⁶⁸ Trial of the Major War Criminals (n 54) 254

¹⁶⁹ ibid

Avusturya'nın ilhakına karar vermiştir. Mahkeme, ilhak kararını meşru görmediğini açıkça belirtmesine rağmen, Avusturya'da suç işleyen *Von Schirach'a* (ve aynı durumda olan *Seyss-Inquart'a*¹⁷⁰) ilişkin kararlarında, bu ülkede işlenen fiilleri, Alman egemenlik alanında işlenmiş kabul ederek, savaş suçu yerine insanlığa karşı suç kapsamında cezalandırmıştır¹⁷¹.

D. SAVAŞTAN ÖNCE İŞLENEN FİİLLERİN İNSANLIĞA KARŞI SUÇ TEŞKİL EDİP ETMEYECEĞİ SORUNU

Statü m.6/c'ye göre, suçun işlendiği zaman bakımından "...savaştan önce ve savaş sırasında işlenmiş ..." fiillerin, diğer suçlarla bağlantılı olarak işlenmesi halinde insanlığa karşı suç teşkil edebileceği yukarıda belirtilmişti. Ancak NUACM, savaştan önce işlenmiş fiillerin kapsama alınması meselesinde, bağlantı şartının sağlanması konusunda oldukça temkinli davranmış ve neticede bu şartın sağlanmadığına karar vermiştir.

Mahkeme konuyla ilgili değerlendirmesinde; savaştan önce işlenen fiillerin, insanlığa karşı suç teşkil etmesi için, "*Mahkeme'nin yargı yetkisi dahilindeki suçlardan birinin icrası sırasında, yahut bunlardan biriyle bağlantılı olarak işlenmiş olması*" yönündeki şartı vurgulayarak;

"...savaştan önce işlenen fiillerin, mahkemenin yargı yetkisi dahilindeki suçlardan biriyle bağlantılı olarak işlendiği hususu tatmin edici şekilde kanıtlanmış değildir. Bu sebeple Mahkeme, 1939'dan önce işlenmiş fiillerin Statü anlamında insanlığa karşı suç teşkil ettiğine dair genel bir görüş beyan edememektedir."¹⁷²

gerekçesiyle, bu fiillerin "*Statü anlamında*" insanlığa karşı suç teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

Öğretide *Schwelb*, Mahkeme'nin bu genel değerlendirmesi ile insanlığa karşı suç işlemekle itham olunan sanıklara yapılan fiili uygulamanın farklı olduğunu, sanığın içinde bulunduğu durumun diğer suçlarla bağlantı şartını sağladığı hallerde, Mahkeme'nin suçun işlenme zamanını (yani savaştan önce işlenip işlenmediğini) dikkate almaksızın insanlığa karşı suç hükümlerini uyguladığını ifade etmektedir¹⁷³.

Gerçekten de, hükümde m. 6/c fıkrasının sanıklara uygulanmasına bakıldığında, bazı sanıkların, savaştan önce işledikleri fiillerin, tıpkı savaş sırasında işlenenler gibi kronolojiye

¹⁷⁰ *Seyss-Inquart*, aynı tür fiilleri hem Hollanda hem de Avusturya'da işlemiştir. Mahkeme, sanığın Hollanda'da işlediği fiilleri savaş suçu, Avusturya'da işlediği fiilleri ise insanlığa karşı suç olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Trial of the Major War Criminals (n 54) 327-330

¹⁷¹ Bassiouni, Crimes Against Humanity (n 86) 144

¹⁷² Trial of the Major War Criminals (n 54) 254

¹⁷³ Schwelb (n 6) 205

dahil edildiği ve fiilin işlendiği zaman bakımından her hangi bir ayırım yapılmadan sanığın insanlığa karşı suçtan cezalandırıldığı görülmektedir. Mahkemenin *Streicher* hakkında verdiği karar, bu duruma açık bir örnek oluşturmaktadır¹⁷⁴.

Eğer davada, sadece savaştan önce insanlığa karşı suç işlemekle suçlanmış olup, hakkında 1933 sonrası dönem için suç isnadı bulunmayan bir sanık bulunsaydı, mahkeme savaştan önceki fiilleri cezalandırıp cezalandırmama yönünde daha açık bir görüş bildirmek zorunda kalacaktı. Ancak davada böyle bir sanık bulunmuyordu. Sonuç olarak; *Streicher*, sadece insanlığa karşı suçtan (Suçlama 4) mahkûm edildi ve sırf bu suç için idam cezası alan tek sanık oldu¹⁷⁵.

IV. NÜRNBERG SÜRECİNDE SOYKIRIM KAVRAMININ GELİŞİMİ

Soykırım, NUACM Statüsünde bir suç kategorisi olarak düzenlenmemiş, iddianamede bağımsız bir suçlama olarak sanıklara yüklenmemiş ve hükümde soykırım sözcüğüne yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Statü'nün hazırlık çalışmaları sırasında ABD Delegasyonu tarafından sunulan (kabul edilmemiş) bir taslakta, iddianamedeki savaş suçları ithamının içinde ve duruşmada Savcılığın bazı sözlü beyanlarında soykırım sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir.

Hükme bakıldığında ise; NUACM'nin, soykırım suçuna ilişkin bir değerlendirmede bulunmadığı gibi, soykırım sözcüğünü dahi kullanmaktan kaçındığı görülmektedir. Aşağıda izah etmeye çalışacağımız üzere, Nürnberg muhakemesi soykırım suçunun maddi ceza hukukundaki gelişimi bakımından, sadece teorik bir hazırlık süreci olarak ele alınabilecektir. Soykırımın bağımsız bir “uluslararası suç” olarak kabulü ise ancak 1948 Soykırım Sözleşmesi ile mümkün olmuştur. Soykırım Sözleşmesi'nin ortaya çıkması için gereken hukuki (ve siyasi) şartların olgunlaşmasına katkıda bulunan bu süreci, hazırlık görüşmelerinden başlayarak hükme doğru kronolojik bir şekilde özetlemek, incelemeyi kolaylaştıracaktır.

¹⁷⁴ Hükümde, *Streicher* ile ilgili başlığın ilk paragrafında; sanığın 1921-1933 arasında vuku bulan ve 1945'e kadar devam eden faaliyetler sıralanmıştır. Mahkûmiyet gerekçesi ortaya konulurken, bu fiillerin savaştan önce işlenmiş olması sebebiyle insanlığa karşı suç teşkil etmediği yönünde bir açıklama dercedilmemiş, 1933'ten önce ve sonraki fiiller arasında bir ayırım yapılmaksızın sanık insanlığa karşı suçtan mahkûm edilmiştir. Hükümde izlenen bu tutum, kanımızca Schwelb'in tespitini doğrular niteliktedir. Bkz. Trial of the Major War Criminals (n 54) 301-304

¹⁷⁵ Reinhard Merkel, 'The Law of the Nuremberg Trial: Valid, Dubious, Outdated' in Guénaël Mettraux (ed), Perspectives on the Nuremberg Trial (OUP 2008) 570

A. STATÜ HAZIRLIĞI AŞAMASINDA SUNULAN ABD TASLAĞI

Londra Konferansı başlarken, ABD Delegasyonuna başkanlık eden *Robert Jackson*, katılımcılara yol haritası niteliğinde bir plân muhtırası sunarak¹⁷⁶, Nazilerin işlediği suçların iddianamede kategorize edilmesi, ispat meselesi ve izlenecek usule dair tekliflerini açıklamıştır.

Bu metinde suç kategorileri, iddianamede yer verilecek suçlamalara ilişkin bölümde, 1/d fıkrasının 2, 3 ve 4. bentlerinde ortaya konulmuş olup burada soykırım suçundan bahsedilmemiştir¹⁷⁷.

Raporun devamında, ispat meselesine ilişkin kısımda ise, sanıkların ortak suç kararlarını icra etmek için aldığı tedbirler, iç ve dış tedbirler olarak ayrılarak, “*Dış Tedbirler*” başlığı altında, 9/a bendinde bir soykırım tarifi verilmiştir:

“9. Sanıklara yüklenen vahşet fiilleri ve yukarıda bölüm 1/d-4’ te zikredilen diğer suçların ispatı, aşağıdaki hususları kapsayacak ancak bunlarla sınırlı olmayacaktır.

a. Soykırım veya [başka bir deyişle] ırksal azınlıklar ya da zapt edilmiş toplulukların, aşağıda belirtilen ve benzeri araç ve yöntemlerle yok edilmesi; (1) yetersiz beslenme; (2) kısırlaştırma ve hadım etme; (3) giyim, barınma, yakıt, sağlıklı yaşam koşulları, tıbbi yardımdan mahrum bırakma; (4) Sınır dışı etme ve zorla çalıştırma; (5) insanlık dışı koşullarda çalıştırma”¹⁷⁸

Görülüyor ki; taslakta, soykırım fiilleri bağımsız bir suç olarak değil, raporun 1/d-4 kısmında tarif edilen insanlığa karşı suçların icrası için faillerin kullandığı bir yöntem olarak ele alınmıştır.

Kanımızca, muhtıranın sistematikteki yerine bakarak, soykırımın aynı zamanda, Nazilerin nihai hedefi olan, “...dünya egemenliğini ele geçirmek ...” için, “...ortak bir plân ya da suç girişimi hazırladıkları...” iddiasını ispata yarayacak bir vakıa, bir ispat zemini olarak

¹⁷⁶ ‘Planning Memorandum’ (n 97) 64-68

¹⁷⁷ Metinde; 1 no.lu bent; sanıkların 1 Eylül 1939’dan itibaren kademeli olarak, önce Avrupa sonra Dünya egemenliğini ele geçirmek için ortak bir plân ya da suç girişimi hazırladıkları görüşünü ortaya koymakta, 5 no.lu bent ise, bu görüşü tekrarlayarak, 2, 3 ve 4. bentlerde yazılı suçların, bu ortak plân ya da girişime uygun olarak ya da bunun icrası için ve sanıklar tarafından seçilmiş bir yöntem olarak işlendiğini vurgulamaktadır. Suç kategorileri, madde başlığı olarak açıkça isimlendirilmiş olmadığı gibi, sonradan kabul edilecek statü metniyle aynı değildir. Bununla birlikte maddi içerikleri bakımından; 2. bendin barışa karşı suçu, 3. bendin savaş suçlarını, 4. bendin ise insanlığa karşı suç kategorisini ortaya koyduğu anlaşılmaktadır. Bkz. ‘Planning Memorandum’ (n 97) 64-65

¹⁷⁸ ibid 68

fonksiyon gördüğü de söylenebilir. Ancak, *Jackson*'ın, plân muhtırasıyla önerdiği bu soykırım tanımı Statü metnine alınmamış, bir öneri olarak kalmıştır.

B. İDDİANAME

“Soykırım” sözcüğü, Nürnberg Savcıları tarafından iddianamenin savaş suçlarına ilişkin (3) No. lu suçlamasında, “(A) İşgal Edilen Bölgelerin Halklarına Karşı veya Bu Bölgelerde ve Açık Denizlerde İşlenen Öldürme ve Sivil Topluluklara Kötü Muamele Fiilleri” alt başlığı içinde kullanılmıştır: “ ... [Sanıklar] belli işgal bölgelerindeki sivil topluluklara karşı, bunların içinde bulunan muayyen ırk ve sınıfa mensup kişileri ve milli, ırksal ya da dini grupları, özellikle Yahudiler, Polonyalılar, Çingenerler ve diğerlerini yok etmek amacıyla, kasten ve sistematik olarak, ırksal ve milli grupların topluca imhası anlamına gelen soykırımı icra etmişlerdir.”¹⁷⁹

Savcılığın, soykırımı bağımsız bir suçlama olarak sanıklara yüklemesi mümkün değildi. Zira soykırım, fiil (ve iddianame) tarihi itibarıyla, uluslararası hukukta tanınmış ve tarif edilmiş bir suç olmadığı gibi, Statü’de de böyle bir suça yer verilmemişti. Bu durumda Savcılık, soykırım suçlamasını ya savaş suçları ya da insanlığa karşı suçlar kapsamında dolaylı şekilde ileri sürebilirdi.

Statü’deki düzenlemeye bakıldığında, soykırım kavramıyla ilişkilendirilmesi daha muhtemel olan fiillerin, insanlığa karşı suçların maddi unsurunda yazılı olduğu görülmektedir. Zira, iddianamede bahsedilen, “ ...milli, ırksal ya da dini grupları...yok etme amacıyla” icra edilen fiiller, Statü m. 6/c’deki “...politik, ırksal veya dini saiklerle işlenen zulmetme fiilleri...” ile (aynı olmasa da), savaş suçlarına nazaran daha yakın ilişkilidir. Buna rağmen suçlamanın insanlığa karşı suçlar yerine, savaş suçları ithamı kapsamında ileri sürülmüş olması dikkat çekicidir. Savcılık, ne iddianamede ne de duruşma sırasında bu tutumuna açıklık getirmemiştir.

Kanımızca, bunun sebebi insanlığa karşı suçlara ilişkin yukarıda izah etmeye çalıştığımız kanunilik ilkesi tartışmaları olabilir. Zira, insanlığa karşı suç kavramının kendisi dahi kanunilik bakımından tartışma konusuyken, bundan daha yeni bir kavram olan soykırımdan bu suç kategorisine içinde bahsedilmesi, suçlamayı daha da zayıf hale getirebilirdi.

Jackson tarafından ABD’yi temsilen Londra Konferansı’na sunulan taslak metin ile NUACM iddianamesi, içerdikleri soykırım tanımı yönünden mukayese edildiğinde, şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Her iki metinde, soykırım kavramına yer verilerek bu kavramın ifade ettiği anlam ortaya konulmuş, ancak soykırım bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, iki metin arasında maddi hukuk bakımından önemli bir

¹⁷⁹ Trial of the Major War Criminals (n 54) 43, 44

fark bulunduğu dikkat çekmektedir. ABD taslağında soykırım, insanlığa karşı suçlar kapsamında ele alınmış, iddianamede ise savaş suçları kapsamında sanıklara yüklenmiştir.

C. LEMKİN'İN SOYKIRIM TARIFI VE İDDIANAMENİN MUKAYESESİ

Sanıkların belirli grupları “*yok etme amacıyla*” ve “*sistemik olarak*” hareket ettiğini belirten ifadelere yer verilmesi, *Lemkin*'in 1944 tarihli “*İşgal Edilen Avrupa’da Mihver Devletleri İdaresi: İşgalin Hukuku, İdarenin Analizi, Telif İçin Teklifler*” eserinde ileri sürdüğü görüşlerin¹⁸⁰, Savcılık tarafından belli bir oranda gözetildiğini ortaya koymaktadır¹⁸¹.

Ancak suçlamanın, “*...belli işgal bölgelerindeki sivil topluluklara karşı...*” ibaresiyle başlaması, suçun işlendiği yer, zaman ve mağdur unsuru bakımından, Savcılığın soykırım kavramına (*Lemkin*'e nazaran) oldukça daraltıcı bir bakış açısıyla yaklaştığını göstermektedir. Bu bakış açısının benimsenmesiyle Savcılık, savaştan önce işlenen fiiller ile Alman egemenlik alanında, Alman vatandaşlarına karşı işlenen fiilleri, soykırım kavramının dışında tutmuştur. Başka bir ifadeyle, Savcılık soykırım fiillerinin sadece savaş sırasında ve işgal bölgelerindeki gruplara karşı işlenebileceği düşüncesini ortaya koymaktadır. Bu kapsam ise 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleriyle sınırları çizilen, savaş kurallarının ihlali suçlarıyla örtüşmektedir.

Eğer soykırım suçu, bazı yazarların¹⁸² iddia ettiği şekilde II. Dünya Savaşı’ndan önce uluslararası örf ve adette tanınmış olsaydı, Savcılık kendisini Lahey Sözleşmeleri kapsamında sınırlı görmez ve Alman egemenlik alanında, Alman vatandaşlarına karşı işlenen fiilleri de soykırım kapsamında ele alabilirdi. Kanımızca, bunun kabul görmeyeceği öngörüsüyle hareket eden Savcılık, *Lemkin*'in tarifinden çok farklı bir anlayışla, soykırımı savaş suçlarının “*... muayyen ırk ve sınıfa mensup kişileri... yok etme amacıyla...*” işlenen bir türü olarak ele almıştır. Öğretide *Lemkin*'in görüşlerinin Nürnberg Savcılarının düşüncelerine etki ettiği, ancak bu görüşlerin Nürnberg’de pozitif hukuk kuralına dönüşmediği haklı olarak ifade edilmektedir¹⁸³.

¹⁸⁰ Soykırım (genocide) sözcüğü tarihte ilk defa *Lemkin* tarafından bu eserde ortaya konulmuş ve soykırım uluslararası bir suç olarak eserin 9. Bölümünde tarif edilmiştir. Bu yönüyle eser soykırım suçu için bir milat kabul edilmekte, burada ortaya konulan görüşler suçun yorumlanmasında öğretisi ve içtihatla önemli bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe* Laws of Occupation Analysis of Government Proposals for Redress (Carnegie Endowment 1944) 79-107

¹⁸¹ *Lemkin*, 20 Mayıs 1946 tarihinde BM Genel Sekreterine yazdığı bir mektupta, (ABD Savcılığını yöneten) *Jackson*'ın soykırım kavramına iddianamede yer verilmesine yönelik talebini kabul ettiğini belirtmektedir. Bkz. John Cooper, *Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention* (Palgrave Macmillan 2008) 72

¹⁸² Örnek olarak bkz. Alfred de Zayas, *The Genocide Against The Armenians 1915-1923 and the Relevance of the 1948 Genocide Convention* (Haigazian University Press 2010) 87-90

¹⁸³ Hilary Earl, ‘Prosecuting Genocide before the Genocide Convention, Raphael Lemkin and the Nuremberg Trial’ (2013) 15 (3) *Journal of Genocide Research* 319; Benzer yorum için ayrıca bkz. Alexa Stiller, ‘The Mass

Savaş Suçları Komisyonu, soykırım kavramının Nürnberg iddianamesinde fiil unsuru yönünden de daraltıcı bir bakış açısıyla ele alındığını belirtmiştir. Komisyonun tespitine göre; Savcılık, soykırım sözcüğüne, (3) No.lu suçlamanın “(A)...*Öldürme ve Sivil Topluluklara Kötü Muamele Filleri*” alt-başlığında yer vermiş, sanıkların işgal bölgelerindeki halkın milli özelliklerinin yok etmeye yönelik (denasyonalizasyon) fiillerini ise “(J) *Almanlaştırma*” alt-başlığında, ayrı bir suçlama dahilinde ele almıştır. Bu tutum, Savcılığın ikinci gruptaki (asimilasyona yönelik) fiilleri soykırım kavramı dâhilinde görmediği, dolayısıyla kavramı sadece fiziksel ve biyolojik soykırım fiilleriyle sınırlı şekilde ele aldığını göstermektedir¹⁸⁴. Böylece, Savcılığın iddianamede benimsediği görüşle, *Lemkin*'in soykırım tanımı arasında önem arz eden başka bir fark daha ortaya çıkmıştır.

Soykırım suçunun Mahkeme'nin madde bakımından yargı yetkisine dahil olmadığı ve bu suça ilişkin hüküm verilemeyeceği savcılar tarafından elbette biliniyordu. Nazilerin işlediği savaş suçlarının ispatı ise, soykırım kavramından bahsedilmeden de mümkün olabilirdi. Zira, iddianamede yer alan suç kategorileri arasında, üzerinde en az tartışma bulunanı savaş suçlarıydı¹⁸⁵. Buna rağmen, iddianamede soykırımdan bahsedilerek, kavramsal bir tarif ortaya konulmasının amacı ne olabilir?

Mettraux'ya göre, *Jackson* ve diğer Nürnberg savcıları, bu davanın uluslararası ceza hukukunun geleceğini şekillendirmek için “*eşsiz bir normatif fırsat*” olduğunun farkındaydı. Dolayısıyla, iddianamede soykırım kavramına -dolaylı şekilde de olsa- yer verilmesi, “...soykırım kavramının tanıtılması ve geliştirilmesi amacıyla atılmış bilinçli bir adımdı”¹⁸⁶. Savaş Suçları Komisyonu da, Savcılığın bu ithamda bulunarak, uluslararası hukuka “... *yeni bir suç tipini tanıtmayı...*” amaçladığını ifade etmiştir¹⁸⁷.

D. DURUŞMA

“*Büyük Savaş Suçluları Davası*”, 18 Ekim 1945 tarihli açılış oturumuyla başlamıştır¹⁸⁸. NUACM büyük ölçüde Anglo-Sakson muhakeme sistemini benimsenmiş olduğundan, savcılar duruşma evresinde aktif bir konumdaydı. Çapraz sorgu ve kapanış konuşmalarında soykırım

Murder of the European Jews and the Concept of “Genocide” in the Nuremberg Trials: Reassessing Raphaël Lemkin’s Impact’ (2009) 13 (1) Genocide Studies and Prevention: An International Journal 160

¹⁸⁴ ‘United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War’ (UN 1948) 197

¹⁸⁵ Bassiouni, ‘From Versailles to Rwanda’ (n 28) 26

¹⁸⁶ Mettraux, International Crimes (n 99) 6, 7

¹⁸⁷ ‘History of the United Nations War Crimes Commission’ (n 179) 197

¹⁸⁸ Duruşma tutanağı için bkz. ‘Minutes of the Opening Session of the Tribunal at Berlin, 18 October 1945’ in Trial of the Major War Criminals (n 54) 24-26

kavramını gündeme getirmeyi sürdürdüler.

Mahkeme'nin kuruluş aşamasında ön plân da olan *Jackson*, Mahkeme bünyesinde yer alan ABD Savcılığına da başkanlık ediyordu. Savcılık adına yaptığı 21 Kasım 1945 tarihli açılış konuşmasında, Yahudilere karşı işlenen zulmetme fiillerinin, "...devamlılık arz eden ve kasıtlı bir politika" teşkil ettiğini belirtmiş, ancak *Lemkin*'in, bu politikanın soykırım suçunu oluşturacağına dair görüşlerini esas almamıştır. Söz konusu konuşmada ne soykırım kavramından ne de *Lemkin*'den bahsedilmemiştir¹⁸⁹.

İngiliz Savcı *Sir David Maxwell-Fyfe* ise 25 Haziran 1946 tarihli duruşmada, sanıklardan *Von Neurath*'ın çapraz sorgusu sırasında: "... bildiğiniz üzere, iddianamede sizi ve dava arkadaşlarınızı, birçok başka şeyin yanında, soykırımla suçluyoruz. Soykırım, ırksal ve milli grupların topluca imha edilmesi, ya da Profesör *Lemkin*'in tanınmış kitabında belirttiği şekliyle, 'grubu yok etmek amacıyla ve koordineli bir plân dahilinde işlenen değişik fiillerle, grubun varlığı için gerekli olan yaşamsal temellerin yıkılması, bu suretle grubun yok olmasının sağlanmasıdır'¹⁹⁰ ifadelerini kullanarak, *Lemkin*'in soykırım tanımına doğrudan atıf yapmıştır. *Lemkin*'e, *Maxwell-Fyfe* kadar açık şekilde atıf yapmış olmamakla birlikte, soykırımdan bahseden başka savcılar da olmuştur.

İngiliz Savcı *Sir Hartley Shawcross*, 27 Temmuz 1946 tarihli kapanış konuşmasında şu ifadeleri kullanmıştır:

"Soykırım, sadece Yahudi ya da Çingenerin topluca imha edilmesiyle sınırlı değildi. Değişik şekillerde, Yugoslavya'ya, Alsas-Loren'nin Alman kökenli olmayan halkına, Benelüks Ülkelerine ve Norveç'e de uygulanmıştı. Teknikler, milletten millete, halktan halka farklılık gösterse de, nihai hedef her durumda aynıydı."¹⁹¹

Shawcross, konuşmasının devamında, kısırlaştırma, kadın ve erkeklerin ayrılması gibi biyolojik soykırım tekniklerine de değinmiştir¹⁹².

Fransız Savcılığından *Auguste Champetier de Ribes* de, 29 Temmuz 1946 tarihli duruşmada soykırım sözcüğünü şöyle kullanmıştır:

¹⁸⁹ 'Opening Statement before the International Military Tribunal' <<https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024

¹⁹⁰ Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946, Volume XVII (The International Military Tribunal 1948) 61

¹⁹¹ Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946, Volume XIX (The International Military Tribunal 1948) 497

¹⁹² Trial of the Major War Criminals (n 186) 498

“... bilimsel ve sistematik yöntemlerle, milyonlarca insanın, özellikle belirli milli ve dini grupların topluca imha edilmesi... Hristiyanlık tarihinde böyle bir suç, Hitlerizmin doğuşuna kadar hayal bile edilmemişti. Suç o kadar canavarca işlenmişti ki, onu tanımlayabilmek için ‘soykırım’ adlı yeni bir terim üretmek gerekli olmuştur”¹⁹³

De Ribes’in, soykırım teriminin “Hitlerizm” kapsamında –yani II. Dünya Savaşı döneminde- işlenen fiiller sonucunda “üretildiğini” belirterek daha önceki tarihlerde böyle bir suçun “hayal bile edilemediğini” vurgulaması, terimin II. Dünya Savaşı öncesindeki olaylar için kullanılmasının yerinde olmadığını göstermesi bakımından önem arz etmektedir, düşüncesindeyiz.

E. HÜKÜM

İddianame ve duruşmadan farklı olarak, hükmün hiçbir yerinde soykırım sözcüğüne ya da *Lemkin* ismine yer verilmemiştir. Sadece, Nazilerin Doğu Avrupa’da işlediği fiillerinin, klasik anlamdaki savaş suçlarından farklı olarak, “uzun vadede yok etme suretiyle bütün milli topluluklardan kurtulma” amacı taşıdığına dikkat çekilmiştir:

“... Doğu’da, toplu imha ve diğer acımasız fiiller, sadece muhalefeti ya da Alman işgal güçlerine karşı gösterilen direnişi devre dışı bırakmak amacıyla işlenmiş değildir. Rusya ve Polonya’da bu suçlar, vatanından zorla çıkarma ve uzun vadede yok etme suretiyle bütün milli topluluklardan kurtulma plâni dahilinde işlenmiştir. Böylece, bu topluluklara ait bölgeler, Alman kolonileşmesi için kullanılabilirdi.”¹⁹⁴

Bu tespit, *Lemkin*’in, “Axis Rule ...” eserinde ortaya koyduğu iki aşamalı soykırım görüşüyle¹⁹⁵ uyumlu olmasına rağmen, NUACM’nin soykırım kavramına ve *Lemkin*’e atıf yapmadığı görülmektedir.

Kanımızca, kanunilik ilkesine ilişkin kaygılar Mahkeme’nin bu tutumunu açıklayabilir. Zira, yukarıda izah etmeye çalıştığımız üzere, Statü m. 6/c’de açıkça düzenlenmesine rağmen, insanlığa karşı suçlarda dahi kanunilik ilkesi önemli bir sorun teşkil etmekteydi. Mahkeme, Statü’nün bu suçlar bakımından kendisine yargı yetkisi tanıdığını belirtmekle yetinmiş, insanlığa karşı suçların kanunilik ilkesi karşısındaki durumu ve savaş suçlarından ayrımı

¹⁹³ ibid 531

¹⁹⁴ Trial of the Major War Criminals (n 54) 237

¹⁹⁵ “Soykırımın iki safhası vardır. İlki, mağdur grubun milli özelliklerinin yok edilmesi, ikinci safha ise bunun yerine saldırgan grubun milli özelliklerinin dayatılmasıdır. Bu dayatma, bölgede kalmasına izin verilen halk üzerinde uygulanabileceği gibi, topluluğun tamamen uzaklaştırılması durumunda, boşalacak alan üzerinde saldırgan grup mensuplarının kolonileşmesi şeklinde de yapılabilir.” Lemkin (n 179) 79

konularında hukuki tartışmaya girmekten kaçınmıştı. Soykırım kavramı bu şartlar altında ele alındığında, sözcük seçimi Mahkeme için daha da hassas bir tercih haline gelmiştir. Açıkça görülüyor ki; hükümde, o güne kadar hiç bir resmi metinde yer almadığı gibi, örfi hukukta da tanımı ve uygulaması olmayan, uluslararası hukuka yabancı bir kavramdan bahsedilmesi, beraberinde itiraz ve sorunları getirecekti.

SONUÇ

Uluslararası suçların tarihsel gelişimine bakıldığında, önce savaş suçlarının, bunların içinden insanlığa karşı suçların ve son olarak soykırım suçunun hukuk alanına girdiği görülmektedir.

1899-1907 La Haye Sözleşmeleri, başlı başına birer ceza hukuku kodifikasyonu olmasa da, savaşın uluslararası örf ve adette kabul görmüş kurallarını yansıtan, bazı savaş fiillerini devlet yükümlülüğü kapsamında yasaklayan sözleşmelerdir. NUACM, devlet adına hareket ederek savaş hukukuna aykırı fiilleri işleyen kişilerin –bu fiilleri açıkça suç olarak düzenleyen ceza normları bulunmasa bile- bireysel ceza sorumluluğu taşıyacağını hüküm altına almıştır. Bununla birlikte La Haye Sözleşmeleriyle sağlanan korumanın kapsamı, muharipler (belligerents) ve düşman tarafından işgal edilen bölgelerde yerleşik sivil halkla (inhabitants of occupied territory) sınırlıdır. Bu sözleşmelerde uluslararası bir silahlı çatışma sırasında savaşan tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmektedir. Böylece dönem itibarıyla savaş suçları kategorisinin uluslararası pozitif hukuktaki dayanağını oluşturan La Haye Sözleşmeleri'nin, devletin kendi ülkesinde, kendi vatandaşlarına muamelesini düzenleyen herhangi bir hüküm içermediği anlaşılmaktadır. Bu durum, Nazilerin Alman egemenlik bölgesinde, Alman vatandaşı olan Yahudilere karşı işlediği suçlar bakımından kritik bir sorun teşkil ettiğinden, yeni ve daha geniş bir suç kategorisi olarak insanlığa karşı suçların Mahkeme'nin statüsünde düzenlenmesini zorunlu olmuştur.

1945 Londra Antlaşması'na ekli NUACM Statüsü'nün kabul edilmesiyle birlikte, bu Statü'nün 6/c maddesinde insanlığa karşı suçlar ilk defa resmi tanıma kavuşmuştur. Statü bu yönüyle uluslararası ceza hukukunun gelişiminde önemli bir adım teşkil etmektedir. Ancak, buradaki tanımda yer verilen, fiillerin “savaşla bağlantılı olarak” işlenmesi şartı, uluslararası örf ve adette yerleşmemiştir. Günümüz hukukunda, insanlığa karşı suçların oluşması için fiillerin mutlaka savaşla bağlantılı olarak işlenmesi gerekmektedir.

Nürnberg’de muhakeme aşamasına gelindiğinde; insanlığa karşı suçların maddi hukuk yönünden savaş suçlarından ayrılması noktasında oldukça sakınlı şekilde hareket edildiği görülmektedir. Tıpkı Savcılık gibi Mahkeme de bu suçların unsurları arasında açık bir ayırım yapmaktan kaçınmıştır. Kanımızca bu tutumun sebebi; tarihte ilk defa tanımlanmasına rağmen geriye etkili şekilde sanıklara uygulanan insanlığa karşı suçların, savaş suçlarına mümkün olduğu kadar yakınlaştırılarak, kanunilik ilkesine dayalı eleştirilerden kaçınılmak istenmesidir.

Londra Antlaşması’nın hazırlık çalışmalarından başlayıp hükmün tefhimine kadar devam eden Nürnberg sürecine bakıldığında, kabul görmemiş bir statü taslağında (ABD Taslağı), iddianamede savaş suçları başlığında ve duruşma savcılarının bazı sözlü beyanlarında, soykırım (genocide) sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme’nin temel hukuki metinlerinde, yani Statü ve hükümde soykırım suçundan bahsedilmemiştir. Nürnberg sürecinde soykırım, sanıklara yüklenen bir suç değil, henüz gelişme aşamasında bulunan soyut bir hukuki kavram olarak kullanılmıştır. Böylece NUACM’nin soykırım suçunun gelişimine -maddi ceza hukuku anlamında- esaslı bir katkı yapmış olmadığı sonucuna ulaşıyoruz. Ancak, 1944’te *Lemkin* tarafından ilk defa ortaya konulan soykırım kavramının, NUACM sürecinde hukuk dünyasına tanıtılması sayesinde, Soykırım Sözleşmesi’nin hazırlanması için gerekli siyasi zemin ve kamuoyu desteği sağlanmıştır.

NUACM hükmünün tefhiminden (30 Eylül - 1 Ekim 1946) kısa süre sonra Küba, Hindistan ve Panama tarafından verilen 2 Kasım 1946 tarihli ortak teklifle, BM nezdinde Soykırım Sözleşmesi için hazırlık çalışmaları başlamıştır. Bu çalışmalar neticesinde BMGNK 260 A (III) sayı, 9 Aralık 1948 tarihli kararla kabul edilen Soykırım Sözleşmesi, 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. O halde diyebiliriz ki; NUACM’nin soykırım suçunun gelişimine yaptığı önemli katkı, devletleri bu konuda uluslararası bir sözleşme hazırlamaya teşvik etmesi olmuştur.

KAYNAKÇA

Acer Y, Uluslararası Hukukta Saldırı Suçu (1st edn, Roma Yayınları 2004)

Aksar Y, 'Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku' (2003) 52 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 131-146

Aronson S, 'Preparations for the Nuremberg Trial: The O.S.S., Charles Dwork and the Holocaust' (1998) 12 (2) Holocaust and Genocide Studies, 257-281

Bass GJ, Stay the Hand of Vengeance The Politics of War Crimes Tribunals (3rd Printing, Princeton 2002)

Bassiouni MC, 'From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court' (1997) 10 Harvard Human Rights Journal 11-62

Bassiouni MC, 'War Crimes, Crimes Against Humanity and Genocide' in M. Cherif Bassiouni (ed), International Criminal Law, Volume 1: Sources, Subjects and Contents (3rd edn, Martinus Nijhoff Publishers 2008) 267-531

Bassiouni MC and Schabas WA, The Legislative History of the International Criminal Court Volume 1 (Second Revised and Expanded Edition, Brill Nijhoff 2016)

Boas G, Bischoff JL and Reid NL, International Criminal Law Practitioner Library Volume II Elements of Crimes Under International Law (CUP 2009)

Boister N and Cryer R, Documents on the Tokyo International Military Tribunal Charter Indictment and Judgments (OUP 2008)

Bozbayındır AE, Turkey and the International Criminal Court A Substantive Criminal Law Analysis in the Context of the Principle of Complementarity (1st edn, Nomos 2013)

Cassese A, 'The Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?' (2000) 11 (1) European Journal of International Law 187-216

Cassese A and Gaeta P, Cassese's International Criminal Law (3rd edn, OUP 2011)

Clark RS, 'Crimes Against Humanity at Nuremberg' in George Ginsburgs and Vladimir N. Kudriavtsev (eds.), The Nuremberg Trial and International Law (Martinus Nijhoff Publishers 1990) 177-198

Clark RS, ‘History of Efforts to Codify Crimes Against Humanity From the Charter of Nuremberg to the Statute of Rome’ in Leila N. Sadat (ed) Forging a Convention for Crimes Against Humanity (Cambridge 2011) 8-27

Cooper J, Raphael Lemkin and the Struggle for the Genocide Convention (Palgrave Macmillan 2008)

Cryer R and Boister N, The Tokyo International Military Tribunal (OUP 2007)

Cryer R, Robinson D and Sergey V, An Introduction to International Criminal Law and Procedure (4th edn, CUP 2014)

Değirmenci O and Mavuş A, Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2016)

De Vabres HD, ‘The Nuremberg Trial and the Modern Principles of International Criminal Law’ in Guénaël Mettraux (ed), Perspectives on the Nuremberg Trial (OUP 2008) 213-227

De Zayas A, The Genocide Against The Armenians 1915-1923 and the Relevance of the 1948 Genocide Convention (Haigazian University Press 2010)

Erem F, İnsanlığa Karşı Cürümler (Génocide) (Güney Matbaacılık 1948)

‘Formulation of Nurnberg Principles, Document A/CN.4/22, Report by J. Spiropoulos, Spécial Rapporteur, 12 April 1950’ in UN Yearbook of the International Law Commision, Volume II (UN 1950)

‘German Instrument of Surrender May 7, 1945’
<<https://iowaculture.gov/history/education/educator-resources/primary-source-sets/world-war-ii/german-instrument-surrender>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024

Gillespie A, A History of the Laws of War: Volume 1, The Customs and Laws of War with Regards to Combatants and Captives (Hart Publishing 2010)

Guénaël M, International Crimes Law and Practice Volume 1 Genocide (OUP 2019)

Guénaël M, Perspectives on the Nuremberg Trial (OUP 2008)

Hafetz J, Punishing Atrocities Through a Fair Trial International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism (CUP 2018)

Heller KJ, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (OUP 2011)

Lauterpacht H, 'The Law of Nations and the Punishment of War Crimes' in Guénaél Mettraux (ed), *Perspectives on the Nuremberg Trial* (OUP 2008) 13-54

Lemkin R, *Axis Rule in Occupied Europe Laws of Occupation Analysis of Government Proposals for Redress* (Carnegie Endowment 1944)

Leyh BM, 'Nuremberg's Legacy Within Transitional Justice: Prosecutions Are Here to Stay' (2016) 15 (4) *Washington University Global Studies Law Review* 559-574

Lopardo MJ, *Nuremberg Trials and International Law* (1978) 8 (2) *University of Baltimore Law Forum* 34-37

Lütem İ, *Harp Suçları ve Devletlerarası Hukuk* (Güney Matbaacılık 1951)

Merkel R, 'The Law of the Nuremberg Trial: Valid, Dubious, Outdated' in Guénaél Mettraux (ed), *Perspectives on the Nuremberg Trial* (OUP 2008) 555-576

'Minutes of Conference Session of July 19, 1945' in Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials (Department of State 1949) 295-309

'Minutes of Conference, Session of July 23, 1945' in Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials (Department of State 1949) 328-347

Morris N and Knaap A, 'When Institutional Design Is Flawed Problems of Cooperation at the United Nations War Crimes Commission 1943–1948' (2017) 28 (2) *European Journal of International Law* 513-534

Muhammet ER, *Adolf Hitler ve Nazizm Alman Faşizmi ve Yahudi Soykırımını* (1st edn, On iki Levha Yayıncılık 2017)

Odman T, 'Eski Yugoslavya ile İlgili Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu ve Yasal Dayanağı' (1996) 45 (1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 131-151

'Opening Statement before the International Military Tribunal' <<https://www.roberthjackson.org/speech-and-writing/opening-statement-before-the-international-military-tribunal>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024

Orakhelashvili A, Akehurst's Modern Introduction to International Law (8th revised edn, Routledge 1997)

Önok MR, Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi (Turhan Kitabevi 2003)

Önok MR, Yapısal Suçlarda Failin Tespiti: Müşterek Suç Girişimi (Joint Criminal Enterprise) ve Örgütsel Hakimiyete Dayalı Dolaylı Faillik Doktrinleri, (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2019)

Pazarcı H, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap (14th edn, Turhan Kitabevi 2017)

Pazarcı H, Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap (11th edn, Turhan Kitabevi 2017)

'Planning Memorandum Distributed to Delegations at Beginning of London Conference, June 1945' in Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials (Department of State 1949) 64-68

Poroy N, Nüremberg Davası (Milli Eğitim Basımevi 1948)

'Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal' in UN Yearbook of the International Law Commission, Volume II (UN 1950) 374-378

'Report to the President from Justice Robert H. Jackson, Chief of Counsel for the United States in the Prosecution of Axis War Criminals' (1945) 39 (3) American Journal of International Law 178-190

'Revision of Definition of Crimes Submitted by American Delegation, July 31, 1945' in Report of Robert H. Jackson, United States Representative to the International Conference on Military Trials 395

Rodenhäuser T, Organizing Rebellion: Non-State Armed Groups under International Humanitarian Law Human Rights Law and International Criminal Law (OUP 2018)

Sadat LN, 'The Nuremberg Paradox' (2010) 58 (1) American Journal of Criminal Law 151-204

'Saint James Declaration' <<https://www.jewishvirtuallibrary.org/the-declaration-of-st-james-s-palace-on-punishment-for-war-crimes>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024

Schabas WA, Genocide in International Law The Crime of Crimes (2nd edn, CUP 2009)

Schabas WA, The Trial of the Kaiser (OUP 2018)

Schabas WA, 'Victor's Justice: Selecting Situations at the International Criminal Court' (2010) 43 (3) Marshall Law Review 535-552

Schwelb E, 'Crimes against Humanity' (1946) 23 British Year Book of International Law 178-226

Sözüer A and Erman B, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi' in Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, (Beta Basım Yayım 2001) 243-291

Tan Y, 'Prosecuting Crimes against Humanity before International Crimes Tribunal in Bangladesh A Nexus with an Armed Conflict' (2018) 24 Asian Yearbook of International Law 294-321

Tezcan D, 'Saldırgan Savaş ve Devletlerarası Ceza Hukuku' (1994) 49 (1-2) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan 349-363

Tezcan D, 'Uluslararası Suçları Kovuşturmada Katedilen Yol: Uluslararası Nüremberg Askeri Mahkemesinden Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesine' in Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi 1997) 481-490

Tezcan D, Erdem MR and Önok RM, Uluslararası Ceza Hukuku (Revised 7th edn, Seçkin Yayınevi 2023)

'The Moscow Conference' <<https://avalon.law.yale.edu/wwii/moscow.asp>> Erişim Tarihi 12 Mayıs 2024

Tomuschat C, 'The Legacy of Nuremberg' (2006) 4 Journal of International Criminal Justice 830-844

Töner Şen S, Uluslararası Hukukta Soykırım Etnik Temizlik ve Saldırı (On iki Levha Yayıncılık 2010)

Tütüncü AN, İnsancıl Hukuka Giriş (Beta Basım Yayım 2006)

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946, Volume I (The International Military Tribunal 1947)

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946, Volume XVII (The International Military Tribunal 1948)

Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal Nuremberg 14 November 1945-1 October 1946, Volume XIX (The International Military Tribunal 1948)

Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, Volume IX, (U.S. Government Printing Office 1950)

Wright Q, 'The Law of the Nuremberg Trial' (1947) 41 (1) American Journal of International Law 38-72

Yürükel SM, The History of Genocide, Volume I (New East Publishing 2004)

Violation of the Laws and Customs of War, Carnegie Endowment for International Peace Division of International Law, Pamphlet No 32, Annex II (The Endowment 1919)



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

LİBERAL NÖTRLÜK, FARKLILIKLAR VE HUKUK

*Dr. Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY **

ÖZ

1990'lı yıllarda liberalizm sosyalist sistemler karşısında başarı kazanmış gibi gözükse de aslında kendi içinde önemli bir meşruiyet kriziyle karşı karşıya kalmıştır. Zira liberalleşme ve küreselleşme bir toplumda yaşam tarzı çeşitliliğinin artmasına neden olurken, bu çeşitlilik içinde farklı iyi yaşam anlayışlarına sahip vatandaşların birlikte adil bir toplumda nasıl yaşayacakları sorusunun yeterince cevaplanmadığı ortaya çıkmıştır. Çağdaş liberal teori nötrlük ilkesi temelinde yeni cevaplar arayışı içerisine girmiştir. Nötrlük ilkesini benimseyen liberal devletler ve onların hukuk sistemleri uygulamalarıyla çeşitlilik ve kapsayıcılığı tartışmalarını somutlaştırmaktadırlar. Bu çalışmada liberal nötrlük ilkesini temel alan devlet ve liberal hukuk normları ve uygulamalarının farklılıklara ilişkin yaklaşımı ortaya konulacaktır. Ancak buna geçmeden önce temel kavramlar olan farklılık, çağdaş liberal teorideki nötrlük kavrayışları ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Nötrlük, Farklılıklar, Liberalizm, Zarar İlkesi, Haklı Gösterme Nötrlüğü, Sonuç Nötrlüğü

* Dr. Yarı Zamanlı Öğretim Elemanı, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi, igurgey@mef.edu.tr, ORCID 0000-0002-3928-3509

LIBERAL NEUTRALITY, DIFFERENCES AND LAW

*Dr. Fatma İrem ÇAĞLAR GÜRGEY ***

ABSTRACT

While liberalism seemed to have triumphed over the socialist system in the West during the 1990s, it faced a serious legitimacy problem within itself. Indeed, while liberalization and globalization have led to an increase in different life forms within a society, it has become clear that the question of how citizens with different conceptions of good life can live together in a fair society has not been adequately answered. Contemporary liberal theory has embarked on a search for new answers based on the principle of neutrality. Liberal states that adopt the principle of neutrality and their legal systems concretizing their discussions of diversity and inclusion through their practices. In this study present the approach of the state and liberal legal norms and practices, which are based on the principles of liberal neutrality, towards differences. However, before moving on to this, the basic concepts of difference and neutrality in contemporary liberal theory will be addressed..

Anahtar Kelimeler: Neutrality, Differences, Liberalism, Harm Principle, Neutrality Of Justification, Consequential Neutrality

* PhD in Law, Part Time Lecturer, MEF University Law School, igurgey@mef.edu.tr, ORCID 0000-0002-3928-3509.

Extended Summary

In the early 1990s, Francis Fukuyama proclaimed the universality of liberal democracy in his seminal work, "The End of History?" However, the realities and experiences that surfaced shortly after the publication of his thesis stood in stark contrast to his predictions. The advent of third-wave globalization brought to the struggles and conflicts over the recognition of various group identities, including ethnic, cultural, national, religious, and linguistic affiliations, across the globe. The post-September 11 global political climate, with its heightened delineation of friend-foe politics, has intensified these demands for recognition. The involvement of individuals in terrorist acts within Western liberal democracies—individuals who were raised and educated within these very states—poses a critical question: Why have these individuals turned to violence instead of seeking to express their demands through democratic channels? These and related inquiries have led to a reassessment of the notion that history has concluded within the realm of liberal democracies. While liberalism may have appeared to triumph over socialism externally, it has encountered a profound internal legitimacy crisis. As liberalization and globalization foster a multiplicity of lifestyles within societies, it has become increasingly evident that the question of how citizens with divergent conceptions of the good life can coexist within a just society remains inadequately addressed. The concept of 'difference' manifests in various forms, and from the vantage point of contemporary liberal theory, the challenge arises of how states and legal systems ought to accommodate the demands for recognition of these differences and disparate understandings of the good life. The term conceptions of good life encapsulate the individual responses to the question of the ideal way to live one's life.

According to the liberal legal theorist Ronald Dworkin, contemporary liberalism encompasses two primary aspects. The first dictates that liberal states should maintain neutrality towards various lifestyles, provided they do not harm others, thereby allowing individuals the freedom to pursue their preferred way of life. The second aspect is economic in nature, positing that states bear the responsibility to mitigate economic inequality. In this vein, the state should strive to alleviate the effects of poverty by managing the economy and redistributing wealth through welfare programs. Contemporary political theorists typically discuss the former in terms of the principle of neutrality and the latter in terms of the principle of equality. Given that this study will concentrate on the issue of integrating differences within liberal states, it will specifically explore how contemporary liberal theory addresses this challenge within the framework of the principle of neutrality.

Contemporary liberal theory has embarked on a quest for novel solutions grounded in the principle of neutrality. Liberal states that adhere to this principle, along with their legal systems, are giving concrete shape to their discussions on diversity and inclusivity through their practices. This study will elucidate the stance of the state and the liberal legal norms and practices that are predicated on the principle of liberal neutrality towards differences.

Generally, the concept of neutrality necessitates maintaining a certain detachment from various conceptions of the good. The entity expected to be neutral—or claiming neutrality—must remain equidistant, neither too close nor too distant, from all parties, without helping or hindering any particular conception of the good. When assessed in the context of differences, this interpretation of neutrality may initially seem positive. However, proponents of the consequential neutrality might view the acknowledgment of special cultural rights, which are crucial in the justice demands of differences, as the preference of a certain group over another group. Adherents of consequential neutrality often presuppose a homogeneous societal structure and, consequently, advocate for a form of equality that equates to sameness—an approach that falls short of addressing the justice demands and respect for differences.

In contrast, neutrality of justification diverges significantly from classical neutrality. Neutrality of justification, as reflected in the philosophies of John Rawls and Charles Larmore, is predicated on the separation of public and private spheres. These liberals contemplated how principles of justice should be formulated to safeguard the differences between citizens in their public and private lives. Both Rawls and Larmore posited that reasonable citizens would agree to the limitations and norms of public discourse, a concept intertwined with the idea of neutrality. Such ideals necessitate that citizens restrain their comprehensive views when debating or voting on public matters. This requirement poses a dilemma for many diverse groups, as members of cultural minorities may not wish to segregate their moral and religious convictions from their beliefs about justice. Thus, the expectation of reaching a consensus on principles of justice in a society composed of individuals with varying conceptions of the good is problematic in terms of cultural differences. Instead, it is imperative to foster an environment where cultural affiliations are acknowledged and respected. Creating conditions that allow differences to participate in public decision-making processes and engage in political dialogue is a more affirmative approach for enabling diverse groups to coexist peacefully.

GİRİŞ

Fransız Devrimi'nden tam iki yüz yıl sonra Doğu Avrupa'da, Baltık ülkelerinde, Sovyetler Birliği'nde otoriter komünizmin sonuna gelinmiş ve dünya çapında liberal demokrasiye yönelik hareketler hız kazanmıştır. Francis Fukuyama, 1990'ların başında "The End of History?"¹ adlı makalesinde Batı liberal demokrasinin evrenselliğini ilan etmiştir. Ancak makalenin yayımlanmasından kısa süre sonra, Fukuyama'nın öngördüğünden farklı gerçeklikler ortaya çıkmıştır. 1990 sonrası küreselleşme hareketiyle birlikte, dünyanın çeşitli bölgelerinde etnik, kültürel, ulusal, dinsel, dilsel ve benzeri farklılıkların tanınma talepleri belirginleşmiştir.² 11 Eylül olayları sonrasında dost-düşman ayrımı siyasetinin yarattığı ortam, söz konusu taleplere ivme kazandırmıştır³. 11 Eylül terör olayı dahil olmak üzere İngiltere ve İspanya gibi liberal demokratik devletlerde gerçekleşen terör olaylarına yakından bakıldığında, terör eylemlerini gerçekleştirenlerin çoğunun liberal demokratik devletlerde yaşadıkları ve/veya eğitim aldıkları görülmektedir. Bu gerçeklikten yola çıkılarak, terör eylemlerini gerçekleştirenlerin demokratik yollardan taleplerini ortaya koymak yerine neden şiddete başvurdukları sorulmaktadır⁴. Bu ve benzeri soruların ortaya çıkması, bu soruların gerisindeki çatışmalar liberal demokrasilerde tarihin sonunun gelmediğini göstermiştir. Liberal düşünce dışarıdan bakıldığında belirli üstünlük kazanmış gibi görünse de, aslında kendi içinde önemli bir meşruiyet kriziyle karşı karşıya kalmıştır. Zira liberalleşme ve küreselleşme, bir toplumda yaşam tarzı çeşitliliğinin artmasına neden olurken, bu çeşitlilik içinde farklı iyi yaşam anlayışlarına sahip vatandaşların adil bir şekilde bir arada nasıl yaşayacakları sorusunun yeterince cevaplanmamıştır.

Çağdaş liberal siyaset teorisi, bu sorunun cevabını yoğun bir şekilde tartışmaktadır. Liberal hukuk teorisyeni Ronald Dworkin'e göre, çağdaş liberalizmin iki yüzü vardır: Bunlardan birincisi, devletlerin başkalarına zarar vermemesi koşuluyla farklı yaşam anlayışlarına sahip olanlara karşı nötr

¹ Francis Fukuyama, 'The End of History?' (1989) Summer, (16) The National Interest 3 "...makalede son yıllarda hükümet sistemi olarak liberal demokrasinin meşruluğu üzerine dünya çapında dikkate değer bir mutabakatın oluşmuş olduğunu ve aynı zamanda monarşi, faşizm ve son zamanlarda da komünizm gibi rakip egemenlik biçimlerinin liberal demokrasiye yenik düştüğünün ortaya çıktığını göstermişim. Bu tezde durup kalmamış, fikir yürütmeye devam ederek liberal demokrasinin muhtemelen "insanlığın ideolojik evriminin son noktasını" ve "nihai insani hükümet biçimini" temsil ettiğini öne sürmüştüm. Buna göre liberal demokrasi "tarihin sonu"ydü." (Francis Fukuyama, Tarihın Sonu ve Son İnsan, (çev)Zülfü Dicleli (1.Bası, Profil Yayıncılık 2012) 11

² Seyla Benhabib, 'Demokratik Moment ve Farklılık Sorunu' içinde Seyla Benhabib (der) *Demokrasi ve Farklılık* (çev)Zeynep Gürata, Cem Gürsel (1 Bası, Demokrasi Kitaplığı 1999) 11, 12

³ Bryan Turner, 'Sovereignty and Emergency-Political Theology, Islam and American Conservatism' (2002) 14 (4) *Theory, Culture&Society* 103, 103; Nancy Fraser ve Axel Honneth, 'Introduction: Redistribution of Recognition?' içinde Nancy Fraser ve Axel Honneth (der), *Redistribution or Recognition?-A Political-Philosophical Exchange* (çev)Joel Golb, James Ingram, Christiane Wilke (1. Bası, Verso 2003) 2; Fatma İrem Çağlar, *Farklılıklar ve Tanınma Talepleri Karşısında Liberal İlke ve Kavramların Değerlendirilmesi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2009) 2

⁴ Alexa Zellentin, *Liberal Neutrality: Treating Citizens As Free and Equal* (1. Bası, De Gruyter 2012) 1

olması gerektiğini savunur. Böylece bireyler kendileri için en iyisi olduğunu düşündükleri yaşamı özgürce sürdürebilirler. Liberalizmin diğer yüzü ise ekonomiye dönüktür. Buna göre, liberal devletlerin ekonomik eşitsizliği azaltma sorumluluğu bulunmaktadır. Bu bağlamda, devletlerin refah programlarıyla ekonomiyi yöneterek zenginliğin yeniden dağıtımını sağlamak ve yoksulluğun etkisini azaltmayı amaçlamaları gerekmektedir⁵.

Çağdaş siyaset teorisyenleri, genellikle ilkini nötrlük ilkesi⁶, ikinciye ise eşitlik ilkesi bağlamında tartışmaktadırlar. Bu çalışmada, çağdaş liberal teorinin farklılıkların tanınma taleplerine nasıl yanıt verdiği üzerine odaklanıldığından, sadece nötrlük ilkesi esas alınacaktır. Nötrlük ilkesini benimseyen liberal devletler ve onların hukuk sistemleri, uygulamalarıyla çeşitlilik ve kapsayıcılığı tartışmışlarını somutlaştırmaktadırlar. Bu çalışmada, liberal nötrlük ilkesini temel alan devletler ve bu devletlere ait liberal hukukun farklılıkların kapsanmasına ilişkin yaklaşımı ortaya konulacaktır. Ancak bu tartışmalara geçmeden önce problemle ilişkili temel kavramlardan farklılık ve çağdaş liberal teorideki nötrlük kavrayışları ele alınacaktır.

I- FARKLILIKLAR

Batı'da farklılıkların tanınma talepleri 1960'lardan itibaren başlamış ve o tarihten sonra zaman zaman hızlanmış ya da durgunluk göstermiştir. 1990'ların sonrasında belirli bir ivme kazanan bu talepler, 2020'li yıllarda farklı bir boyuta ulaşmıştır. Özellikle ulus-üstü ticari şirketlerin öncülüğünde, Batı liberal demokrasilerindeki her türlü kurum ve kuruluşlar, farklılıkları kapsanmanın verimlilikle pozitif bir korelasyon içinde olduğunu kabul edilmiş ve "çeşitlilik, hakkaniyet ve kapsayıcılık" (*Diversity, Equality and Inclusion, DE&I*) başlığı altında politikalar geliştirilmiştir⁷. Bu bağlamda, farklılıkların taleplerinin bir kısmının kamu hukukuna tabi iktidar alanlarından özel hukuka tabi iktidar alanlarına doğru kaydığı söylenebilir.

Ulus-üstü şirket politikalarında yer alan çeşitlilik kavramı, bir farklılık kavrayışı olarak kimlik kavramıyla yakından ilişkilidir. Kimlik, insanların ne olduğundan ziyade kim olduğuyla bağlantılıdır⁸. Derrida uzmanı Rodolphe Gasché, farklılığın kimlikten bağımsız bir yorumunu ortaya koyarak, çeşitlilik

⁵ Ronald Dworkin, 'What Liberalism Isn't' (1983) 29 (21-22) The New York Review of Books, <https://www.nybooks.com/articles/1983/01/20/what-liberalism-isnt/>, erişim tarihi 23.04.2024

⁶ Liberal nötrlük ilkesiyle yakın ilişkide olan diğer bir liberal kavram toleranstır. Liberal tolerans kavramı farklılıkların tanınması bağlamında ele alınması gereken bir kavram olmakla birlikte tartışmaların kapsamı itibariyle ayrı bir çalışmanın konusu olacak niteliktedir. Bu sebeple tolerans kavramı çalışmanın kapsamı dışındadır. Konuya ilişkin ayrıntılı okuma için bkz. Çağlar (n3) 131-152; İoanna Kuçuradi, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları*, (1. Bası, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2007) 87-98; Jürgen Habermas, "Intolerance and Discrimination" (2003) 1(1) International Journal of Constitutional Law, 2, dn.1.

⁷ Maria Morukian, *Diversity, Equity and Inclusion for Trainers*, (1. Bası, ATD Press 2022)

⁸ William E. Connolly, *Kimlik ve Farklılık- Siyaseten Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri* (çev)Ferma Lekesizalm (1. Bası, Ayrıntı Yayınları 1995) 92

olarak farklılıktan ayrı olarak eleştirel yaklaşımlara ait politik bir duruşu tanımladığını belirtmiştir⁹. Bu çalışmada benzer bir yaklaşımla, çeşitlilikten bahsedildiğinde kimliklere; farklılıktan bahsedilirken ise farklılığı nedeniyle ötekileştirilmiş, baskı altına alınmış bireylere ya da birey gruplarına atıf yapılmaktadır.

Iris Marion Young'a göre, birbirlerini farklı olarak tanımlayan sosyal gruplar genellikle bu farklılığı Öteki/ötekilik¹⁰ olarak algılamıştır. Grupların toplumsal ilişkileri ayrıcalık ve baskıya dayalı olduğunda, ötekiliğe dair bu atıf asimetriktir. Ayrıcalıklı gruplar aktif insan öznesi olarak tanımlanırken, ikincilleştirilmiş sosyal gruplar nesneleştirilir ve bir doğaya veya öze indirgenir. Ayrıcalıklı gruplar nötr olarak kabul edilir ve özgür bir öznellik sergilerken, baskı altındaki gruplar belirli bir özle işaretlenir. Baskı altındaki grubun doğası gereği sahip olduğu iddia edilen özellikler nedeniyle, egemen ideolojiler bu grup üyelerinin bazı faaliyetler için uygun, bazıları için ise uygun olmayan belirli eğilimlere sahip olduğunu öne sürer. Kendi değerlerini, deneyimlerini ve kültürlerini standart olarak kullanan egemen gruplar, ötekileri bu standartlara göre ölçer ve onların temelde eksik, dışlanmış ve/veya tamamlayıcı olarak görürler. Dolayısıyla ötekilik, grup farklılıklarının genellikle zihin ve beden, akıl-duygu, uygar ve ilkel, gelişmiş ve az gelişmiş gibi ikiliklere yol açtığı bir durumdur¹¹.

Çağdaş liberal teori, farklılık kavramını farklı iyi hayat anlayışlarını kapsama talebi karşısında devletlerin ve hukuk sistemlerinin nasıl yanıt vermesi gerektiği sorunsalını ele almaktadır. “İyi hayat anlayışı” kavramı, hayatın nasıl yaşanması gerektiğine dair her bireyin verdiği bireysel yanıtları ifade eder. Bu yanıtlar kısmî ya da kapsamlı olabilir. Kapsamlı iyi hayat anlayışları, dini, ideolojik ya da kültürel temellere dayanabilir. Bireyin hayatın belirli bir alanına değer atfetmesi ise kısmi bir iyi hayat anlayışı olarak ele alınmaktadır. Örneğin, belirli bir sanatsal aktiviteye değer atfetmek, bireyin hayatının tümünü kapsamadığı için kısmi iyi hayat anlayışı olarak kabul edilir¹². Devletin iyi hayat anlayışlarına karşı nötr olması gerektiği iddiası, daha çok kapsamlı iyi anlayışlarına odaklanırken, kavramsal olarak tüm iyi anlayışlarını içermektedir. Ronald Dworkin'e göre her insan, hayata değer kattığına inandığı bir iyi anlayışını az ya da çok benimser. Bilgiye önem veren bir bilim insanının belirli bir iyi anlayışı vardır. Daha az düşünen ve kendi iyi anlayışını tanımlama veya savunma becerisi daha düşük olan bir kişi de “hayat budur” diyerek televizyon izlemeyi ve bira içmeyi tercih ederek belirli bir iyi hayat anlayışına sahiptir¹³. Çağdaş liberalizm, devletlerin her türlü iyi anlayışına karşı nötr bir yaklaşım benimsemesi

⁹ Rodolphe Gasche, *Inventions of Difference: On Jacques Derrida* (1. Bası, Harvard University Press 1994) 82; Rita Felski, ‘The Doxa of Difference’ (1997) 23 (1) *Signs* 1, 1

¹⁰ Ötekilik kavramı büyük harfle ve küçük harfle yazılarak farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Jacques Lacan, Emmanuel Levinas, Jacques Derrida gibi eleştirel düşünürler söz konusu farklı kavrayışları teorilerinde ele almaktadırlar. (Michèle Barrett, ‘The Concept of ‘Difference’’ (1987) 26 *Feminist Review*, 29, 33; Çağlar (n3) 17

¹¹ Iris Marion Young, ‘Together in Difference: Transforming the Logic of Group Political Conflict’ içinde Will Kymlicka(der), *The Rights of Minority Cultures* (1. Bası, OUP 1995)155, 157-158

¹² Colin M. Macleod, ‘Liberal Neutrality or Liberal Tolerance?’ (1997) 16 (5) *Law and Philosophy* 529, dn. 2; Çağlar (n3) 96

¹³ Ronald Dworkin, ‘Liberalism’ içinde Stuart Hampshire(der) *Public and Private Morality* (4. Bası, Cambridge University Press 1991) 113, 127

gerektiğini savunur, ancak nötrlüğün ne olduğu konusu belirsizdir. Sonraki bölümde, çağdaş siyasi liberalizm tartışmalarında sıkça karşılaşılan haklı gösterme nötrlüğü ve sonuç nötrlüğü bağlamında farklılıkların iyi hayat anlayışlarına yaklaşımı ele alınacaktır.

II- LIBERAL NÖTRLÜK

Nötrlük ilkesi, çağdaş liberal adalet teorilerinin en temel kavramlarından biridir. Erken dönem liberaller için de nötrlük ilkesi, içerdiği değerler ortak olmakla birlikte farklı ilke ve kavramlar bağlamında kabul görmüştür. Örneğin John Locke'un tolerans kavrayışı, John Stuart Mill'in özgürlük yaklaşımı, devletin vatandaşların farklı iyi hayat kavrayışlarına karşı tutumu belirlenirken nötrlük ilkesinin somutlaştığı değerlerden yararlanıldığı görülmektedir¹⁴. Çağdaş liberalizm ya da siyasi liberalizm açısından nötrlük ilkesi, bir norm olarak liberal devletin eylemlerine ilişkin usulün nötr adalet ilkelerine dayanmasını gerektirmektedir. Siyasi liberaller, siyasi yaşamın temel anayasal ilkelerini ve kurumlarını, tüm vatandaşların kabul edebileceği normları yansıtacak şekilde düzenleyerek, vatandaşların sosyal farklılıklarının özel olarak tanınmasına duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmayı amaçlamaktadırlar. Liberal devletler, çeşitliliği barış içinde yaşamalarının kurallarını belirlerken ve bu kuralların doğru ve düzgün bir şekilde uygulanmasından sorumlu yetkililerin nötr olmasını temel bir ilke olarak benimsemektedirler¹⁵. Ancak, 1990 sonrasında yaşanan gelişmeler, çağdaş liberalizmin temel değeri olan nötrlük ve bu değerle bağlantılı olarak liberal siyaset ve hukuk yaklaşımlarında devletin farklı iyi yaşam anlayışlarına karşı nötr olması gerekliliğine ilişkin argüman sorgulanmaya başlamıştır¹⁶. Bu bölümde, çağdaş liberal teoride hâkim olan haklı gösterme nötrlüğü ve sonuç nötrlüğü bağlamında söz konusu sorgulama ele alınacaktır.

A. SONUÇ NÖTRLÜĞÜ

Nötrlük fikrinde vurgulanması gereken üç unsur bulunmaktadır: Nötr olan taraf, nötr olunan taraflar ve nötr davranışın amaçladığı hususlar¹⁷. Nötr olan taraf, birey/ler veya kurumlar olabilir. Örneğin, bir eğitim kurumunda öğretmenin nötrlüğü, ya da kurum olarak tüm okul idaresinin nötrlüğü söz konusu olabilir. Nötr olunan taraflar ise bireyler veya gruplar olabilir. Nötrlük, farklı iyi hayat anlayışları arasında adalet, istikrar veya doğruluğu sağlamayı hedefler. Ancak bu durumda nötrlük, belirli bir amaç için araç haline gelebilir. Örneğin, bir yargıcın adalet değerini gerçekleştirme amacının

¹⁴ John Stuart Mill, *Hürriyet Üstüne* (çev) Mehmet Osman Dostel (1. bası, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları 2003); John Locke, *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup* (çev) Melih Yürüşen (1. bası, Liberte Yayınları 1998)

¹⁵ John Rawls, *A Theory of Justice* (2. Bası, The Belknap Press of Harvard University Press 1999); Bruce Ackerman, *Social Justice in the Liberal State* (1. Bası, Yale University Press 1980), Dworkin (n12); Charles Larmore, *Patterns of Moral Complexity* (1. Bası, Cambridge University Press 1987)

¹⁶ Monique Deveaux, *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice* (1. Bası, Cornell University Press 2000) 13

¹⁷ Zellentin (n4) 15

nötr olmasına bağlıysa, nötrlük araçsallaşır. Alan Montefiori'nin klasik nötrlük yaklaşımını tanımlamasına göre, herhangi bir çatışmada nötr kalmak, ilgili taraflara eşit derecede yardım etmek ya da engel olmak için elinden gelenin en iyisini yapmayı gerektirir. Başka bir deyişle, nötrlük, nötr olması gereken tarafın eylemlerinin veya eylemsizliğinin, nötr olunması gereken taraflar üzerinde eşit etki yaratmasını sağlamalıdır¹⁸.

Çağdaş liberal teoride iki ana nötrlük anlayışından biri sonuç nötrlüğüdür. Sonuçların nötrlüğünü sağlayan prosedürler, farklı yaşam tarzlarının başarı ve gelişme şansını eşitlemeyi amaçlar. Böylece, farklılıkların yoksulluk veya fırsat eşitsizliği nedeniyle ortadan kaldırılma engellenir. Sonuç nötrlüğünün savunucuları, belirli devlet eylemlerine sınırlar koyarak ve özellikle ekonomik yeniden dağıtım gibi durumlarda devlet müdahalesini zorunlu kılarak, hiçbir iyi anlayışın toplumsal olarak çoğulcu bir topluma hâkim olamayacağını iddia ederler. Sonuç nötrlüğü, devlet eylemlerinin “tüm iyi anlayışları üzerinde eşit etkiye” sahip olmasını gerektirir. Başka bir deyişle, devletin “iyiye dair tüm anlayışların eşit derecede iyi sonuçlar vermesini” sağlaması beklenir¹⁹. Sonuç nötrlüğüne ilişkin hem zayıf ve hem güçlü yaklaşımlar, çoğu liberal yazarın sonuç nötrlüğünü reddetmesine neden olmuştur. Devletin farklı iyi anlayışlarını eşit şekilde geliştirmeyi teşvik etme taahhüdünün sosyal ve ekonomik açıdan sürdürülebilir olup olmadığı tartışmalıdır²⁰.

Sonuç nötrlüğüne yönelik bir diğer eleştiri, söz konusu nötrlük türünü savunanların ciddi sosyal ve ekonomik eşitsizliklerin ve siyasi güce farklı erişimlerinin olmadığı, sosyal açıdan daha homojen bir toplumu varsayma eğiliminde olmalarıdır. Bu varsayım altında, nötr devletin, herhangi bir iyi anlayışına belirli avantajlar sağlamadan ya da diğer iyi anlayışlarına dezavantaj yaratmadan kararlar alması beklenir. Sonuç nötrlüğünü savunanlar, mevcut ve tarihsel eşitsizlikleri düzeltebilecek geriye dönük politikaları savunmazlar. Sosyal ve politik eşitsizliklerin (kültürel, ırksal ve etnik ayrımları da içeren) daha gerçekçi bir analizinin eksikliğinde, liberal adalet ve liberal kurumların farklı yaşam biçimleri üzerinde “eşit etkiye” sahip olması gerekliliği gerçekleştirilmesi zor görünmektedir²¹.

Sonuç nötrlüğünün ne olduğuna ilişkin betimleyici tespitler genellikle haklı gösterme nötrlüğünü savunan liberal teorisyenlerin eleştirilerinden ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri Will Kymlicka'dır. Kymlicka'nın sonuç nötrlüğüne ilişkin yaklaşımı Simon Caney tarafından “rekabetçi-evrimci” olarak adlandırılmıştır²². Buna göre, nötr bir ortamda iyiye dair anlayışlar rekabet eder ve değerli olan, değersiz olanı yener. Tam rekabetin ekonomik modeline benzer şekilde, iyiler (ürünler)

¹⁸ Alan Montefiore, ‘Neutrality, Indifference and Detachment’ Alan Montefiore (ed.) *Neutrality and Impartiality-The University and Political Commitment* (1. Bası, Cambridge University Press 1975) 4

¹⁹ Simon Caney, ‘Consequentialist Defenses of Liberal Neutrality’ (1991) 41 (165) *Philosophical Quarterly* 457, 458

²⁰ Peter Jones, ‘Ideal of Neutral State’ içinde Robert E. Goodin, Andrew Reeve (der) *Liberal Neutrality* (1. Bası, Routledge 1989)15-17

²¹ Deveaux (n15) 75

²² Caney (n18) 459

rekabet ettikçe, en iyiler en çok (müşterileri) çekerken, en kötüler ise en az taraftar çeker. Bu nedenle nötr kurumlar, en değerli biçimlerin evrimi için bir çerçeve sağlar. Liberal nötrlük, her grubun kendi yaşam tarzını sürdürmesine ve yandaşlarını çekmeye değer bulmayan yaşam tarzlarını takip etmesine izin verir. Bireyler, iyi yaşama ilişkin birbiriyle yarışan iyi anlayışları arasında özgür olduklarından, liberal nötrlük bir bakıma bir fikir pazarı yaratır ve bu pazarda bir yolun ne kadar başarılı olacağı, taraftarlarının ne tür değerlere sahip olabileceğine bağlıdır. Dolayısıyla özgürlük koşulları altında, tatmin edici ve değerli yaşam biçimleri, tatmin edici olmayanları dışarı atma eğilimindedir²³.

Diğer bir liberal sonuç odaklı nötrlük argümanı Bruce Ackerman ve Joel Feinberg tarafından ileri sürülmektedir. Ackerman ve Feinberg devletin hata yapmasının mümkün olduğunu ve iyi hayata dair çekici olmayan anlayışları teşvik edebileceğini, bu sebeplerle iyi hayata dair çekici olmayan anlayışlarını desteklememesi gerektiğini belirtmişlerdir²⁴. Genel ahlakın topluma dayatılmasının doğru olmadığını düşünen ve bundan endişe eden liberaller arasında bu yaklaşım taraftar bulmuştur. Eğer liberal devlet nötrlük ilkesini gerçekleştirmeyi amaçlıyorsa, devletin hata yapma ihtimaline karşın herhangi bir iyi hayat anlayışını desteklememeli, bütün iyi hayat anlayışlarına karşı negatif bir tutum içinde olmalıdır²⁵. Devletin desteklemeyen, uzak duran tutumuyla bütün iyi anlayışlarına aynı mesafede kalması beklenir.

Bir diğer sonuç odaklı argümanı ortaya koyan Stephen Guest, devletin iyi yaşama ilişkin bireysel değerlendirmeleri etkilemeye çalışmaması gerektiğini ileri sürmektedir. Zira bireyler kendi çıkarlarının ne olduğuna dair en iyi yargıçlardır. Caney'in "en iyi yargıç" olarak tanımladığı bu nötrlük yaklaşımına göre, bireyler kendileri için neyin iyi olduğunu devletten daha iyi bildikleri ve bu nedenle hangi yaşamın değerli olduğunu belirleme görevinin devlete verilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Devlet ne insanları değerli faaliyetlere katılmaya zorlamalı ne de zorlayıcı olmayan bir şekilde iyi yaşamı teşvik etmelidir. Her iki durumda da bireyler hayatlarını daha iyi hale getirmek konusunda devletten daha donanımlıdır. Devletler, hangi bireylerin ve hangi yaşam tarzlarının ilgi ve saygı görmeye hakkı olduğu konusunda yanılabilirler²⁶. Bireyler her zaman kendi çıkarlarının en iyi yargıçları olmasalar da, bu durum nötrlüğün reddedilmesi ve mükemmeliyetçiliğin kabul edilmesi anlamına gelmez. Örneğin, Von Humboldt'un "karakter bozulması" argümanı olarak adlandırılabilir

²³ Will Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy-An Introduction* (2. Bası, OUP 2002) 248; Çağlar (n3) 102

²⁴ Ackerman (14)11; Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law-Volume 4: Harmless Wrongdoing* (1. Bası, Oxford University Press 1988) 310-311; Caney (n13) 460; Çağlar (n3)103-104

²⁵ Çağlar (n3)103

²⁶ Stephen Guest, 'Neutrality as the Basis for Liberalism- A Response to Bellamy' Richard Bellamy, Franz Steiner (ed.) *Liberalism and Recent Legal and Social Philosophy* (1. Bası Verlag Wiesbaden GMBH 1989) 48-49, akt: Caney (n13) 463; Çağlar (n3) 104; Robert E. Goodin, *Utilitarianism as a Public Philosophy* (1. Bası Cambridge University Press 1995) 120

yaklaşımında, bir bireyin belirli bir seçenek hakkında kötü bir yargıya sahip olması durumunda bile, devletin bireye bu tercihten kaçınması için rehberlik etmekten kaçınması gerektiğini savunur²⁷.

B. HAKLI GÖSTERME NÖTRLÜĞÜ

Çağdaş liberal teoride, farklı iyi hayat anlayışlarını kapsama talebine yönelik tartışmalarda sıkça ele alınan nötrlük yaklaşımlarından biri olan haklı gösterme nötrlüğü, nötr olması beklenen tarafın, nötr olunması gereken taraflar hakkında verdiği karar verirken temellendirirken herhangi bir tarafın iyi anlayışını temel almadan gerekçelendirme yapmasını gerektirmektedir. Bu yaklaşımda, nötr olması beklenen tarafın verdiği kararların temelindeki standardın nötrlük değerini içermesi esastır. Kararın sonucunda ortaya çıkan eylemin sonuçları veya etkileri, bu tip bir nötrlük için gerekli değildir²⁸. Haklı gösterme nötrlüğü, nötrlüğe ilişkin standardın şekline ve usulüne odaklanması açısından literatürde usulü nötrlük (*neutrality of procedure*) olarak da adlandırılmaktadır²⁹. Örneğin, İslami esaslara göre kadın memurların kamusal alanda başlarını türbanla örtmelerine ilişkin bir tartışmada, haklı gösterme nötrlüğü yaklaşımı, İslam inancına göre kadınların saçlarını örtmeleri gerektiğini gerekçe göstererek, kadın memurların kamusal alanda türban takmalarına izin veren bir hukuki düzenlemeyi onaylayamaz; ya da tam tersine, İslam dininin gerçek bir din olmadığını iddia ederek türban giyilmesini yasaklayamaz. Her iki gerekçe de belirli bir iyi hayat anlayışına dayanmaktadır. Haklı gösterme nötrlük yaklaşımı, insanların inanç özgürlüğünü gerekçe göstererek, karar veren kurum veya kişinin iddiasını veya normunu temellendirmesini gerektirmektedir³⁰. Bu yaklaşım farklı iyi hayat anlayışlarından herhangi birini temel almadan, ilkesel bir temelde meseleye yaklaşır ve özel durumları gözetmez. Bir toplumda dezavantajlı konumda bulunan belirli bir inanca sahip kişiler ile belirli bir dini inanca sahip oldukları için toplum içinde makbul vatandaş konumunda bulunanlar arasında hiçbir fark gözetilmemektedir. Nötr olması beklenen taraf, nötr olunması gereken tarafları özdeş kabul eder. Bu tip bir nötrlük yaklaşımının adalet değerini gerçekleştirebilmesi için, nötr olunması beklenen tarafların özdeş, benzer veya aynı olmaları gerekir. Bu durumda, nötr olması beklenen tarafın negatif bir tutumla taraflara yaklaşması, yani taraflara müdahale etmemesi nötrlüğü sağlayacaktır. Ancak taraflar farklı olduğunda, özel muamele gerektireceğinden nötrlük pozitif bir tutum almayı gerektirebilir.

Peter Jones, bu durumu negatif ve pozitif nötrlük kavramları çerçevesinde tartışır. Jones'a göre nötr olmak, farklı durumlarda farklı biçimler alabilir. Bazı durumlarda nötrlük, uzak durmayı

²⁷ Caney (n13) 465-466; Baron Wilhelm von Humboldt, *The Sphere and Duties of Government* (çev) Joseph Coulthard (2. Bası, John Chapman 1854)18,20, 20-1, 44-45, 65-67, 71; Çağlar (n3) 104

²⁸ Zellentin (n4) 21

²⁹ Bkz. Larmore, (n14) 44; William Galston, *Liberal Purposes: Goods, Virtues and Diversity in the Liberal State* (1. Bası, Cambridge University Press 1991) 100

³⁰ Zellentin (n4) 22

gerektirirken, bazı durumlarda ise müdahale etmeyi gerektirebilir³¹. Haklı gösterme nötrlüğü, negatif nötrlikle ilişkilendirilebilir. Jones, negatif nötrlük kavrayışını açıklamak için uluslararası hukukta kullanılan nötrlük kavrayışından yararlanmaktadır. Jones, varsayımsal olarak A ve B ülkelerinin savaş halinde olduğunu ve C ülkesinin bu savaşta nötr olduğunu ilan ettiğini düşünmemizi ister. C ülkesi, nötr kalabilmek için diğer ülkelere aynı ölçüde yardım etmeli ya da engel olmalıdır. Uluslararası ilişkilerdeki nötrlük kavrayışına uygun olarak, C ülkesinin A veya B ülkesine yardım etmemesi gerekir. Jones, C ülkesinin her iki devlete de yardım etmeme veya müdahale etmeme tutumunu negatif nötrlük olarak değerlendirir. Ancak, A ülkesi B ülkesine göre daha zayıfsa, C ülkesinin A'ya yardım etmezse, bu durum B'yi desteklemek anlamına gelip gelmeyeceği sorusu ortaya çıkar³². Joseph Raz, benzer bir yaklaşımı, Somali ve Etiyopya savaşı üzerinden ele alır. Savaş sırasında Uruguay'ın her iki ülkeyle de ticari ilişkisi bulunmamaktadır. Raz, Uruguay'ın Etiyopya'ya verebileceği ve vermediği yardımın, Somali'ye verebileceği ve vermediği yardıma eşit olmadığı sürece Uruguay'ın nötr olup olmadığını sorgular. Örneğin, Uruguay, her iki ülke için de faydalı olmasına rağmen, bir ülkede bulunan ancak diğerinde bulunmayan bir malı aynı ölçüde iki ülkeye tedarik ederse, nötrlük gerçekleşmeyecektir.³³ Benzer bir durum, herhangi bir spor müsabakasındaki hakemin tutumuyla da ilişkilendirilebilir. Hakemin görevi, müsabaka içinde mücadele eden takımların kurallara uygun hareket edip etmediklerini denetlemektir. Oyuncular kurallara aykırı hareket ettiklerinde, hakem yaptırım kararı verme ve icra edilmesini sağlamakla yükümlüdürler. Hakemler, her bir oyuncuya aynı mesafededir ve oyuncuların farklılıkları nedeniyle dezavantajlı konumda olmaları halinde eşitsizliği gidermek hakemlerin görevi değildir. Spor hakemlerinin görevi, mevcut kurallar çerçevesinde karar vermektir; kural koyma yetkileri yoktur. Bu bağlamda, negatif nötrlük yaklaşımına uygundurlar. Ancak yargıçlar açısından bakıldığında, hukuki nötrlük farklılaşır. Yargıçlar, uyuşmazlıklara ilişkin karar verirken hukuk kurallarına başvurmakla yükümlüdürler ve taraflar arasında eşitsizlik varsa, yargıçlar taraflardan birine yaklaşabilirler ki bu durum, negatif nötrlük yaklaşımından uzaklaşmaktadır³⁴.

Haklı gösterme nötrlüğünü farklı bir terminolojiyle ele alan düşünürlerden biri Joseph Raz'dır. Raz kendi nötrlük yaklaşımı ortaya koymadan çağdaş liberal teoride yer alan nötrlük yaklaşımlarını iki ana kategoriye ayırmaktadır. Raz'ın "nötr siyasi görüş" olarak adlandırdığı ilk yaklaşım, devletin farklı yaşam anlayışlarına eşit derecede yardım etmesini veya uzak durmasını gerektirir; yani devletin

³¹ Jones (n19) 20; Çağlar (n3) 98

³² Jones (n19)19; Çağlar (n3) 99

³³ Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (1. bası, Oxford University Press 1986) 120

³⁴ Jones (n19) 19; Çağlar (n3)99-100; Yargıçlar hukuki nötrlük gereği her durumda gözlerinin bantajlı olmaması gerekmektedir. Nötrlük kimi durumlarda farklı davranmayı ve karışmayı gerekli kılmaktadır. Birleşmiş Milletler Bangalore Yargı Etiği İlkeleri 5. maddesinde belirtildiği gibi yargıç *toplumdaki çeşitliliğin ve sınırlı sayıda olmamakla birlikte ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri diğer sebeplerden neşet eden farklılıkların (davaya mesnet olmayan sebepler) şuurunda olmak ve bunları anlamak zorundadır. Hâkim, yargıçlık görevini yerine getirirken, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle ve davranışlarıyla meyil ya da önyargılı olarak hareket edemez*". Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, E.T. 5.5.2023

eylemlerinin nötr sonuçlar doğurması beklenir. İkinci ilke olan “ideallerin dışlanması” ise, hükümetin bazı yaşam tarzlarına diğerlerine göre daha fazla yardımcı olmasına izin verir, ancak devletin bu yardımı yapma gerekliliğini reddeder. Devlet, hangi yaşam tarzlarının yaşanmaya değer olduğuna karar veremez ve bir yaşam tarzını diğerine tercih ederek eylemlerini meşrulaştıramaz. Raz’ın “ideallerin dışlanması” olarak tanımladığı liberal devlet ilkesi, haklı gösterme nötrlüğünü temsil etmektedir³⁵.

Çağdaş liberal düşünürlerden bazıları, nötrlük ilkesinin rasyonel nötr gerekçelendirme gerektirdiğini savunurlar. Charles Larmore ve John Rawls gibi liberal düşünürler, nötr politik adalet anlayışının mümkün olduğunu göstermek için rasyonellik ve/veya makullüğe ilişkin argümanları kullanırlar. Bu düşünürler, nötr gerekçelendirme standartlarını söz konusu liberaller tarafından evrensel, rasyonel standartlar olarak kabul edilmektedirler. Bunu yaparken nötrlüğü liberal bir değer veya kapsamlı bir ideal olarak savunmaya yönelik meşru olmayan girişimleri dışarıda bırakırlar.

Charles Larmore, nötrlüğü daha yüksek bir soyutlama düzeyine taşıyarak, temel bir liberal değer olarak savunur. Larmore, nötrlüğün liberal bir toplum için temel bir ilke olduğunu ve bunun rasyonel bireylerin onaylayacağı bir norm olduğunu göstermek için Kant’ın pratik akıl ve evrensellik anlayışlarına başvurur. Larmore kendi *modus vivendi*³⁶ liberal adalet anlayışında, haklı göstermenin hem stratejik hem de politik olduğunu vurgulamaktadır³⁷. Larmore’a göre, vatandaşların çatışan iyi anlayışlarını uzlaştırmanın en iyi yolu, çoğulcu toplumlarda siyasi müzakereye en iyi şekilde rehberlik eden asgari ilkeleri belirlemektir. Yalnızca rasyonellik ve evrensellik normlarını birleştiren bir liberal model, toplumsal çeşitlilik koşullarında adaletin gereklerini karşılayabilir. Larmore’un önerdiği çözüm yolu olan *modus vivendi* liberalizmi, insanların iyi yaşamın doğası hakkındaki kalıcı anlaşmazlıklara rağmen siyasi birlik içinde birlikte yaşayabilecekleri minimal bir ahlaki anlayış olarak tanımlanabilir. Vatandaşlar, eşit saygı görmek için rasyonel siyasi diyaloga gireceklerdir ve onları diyalogla bağlayan normlar rasyonelliğin doğru ilkelerini içerecektir. Kamusal tartışmalarda, kamu kurumlarından saygı talep edilirken, farklı iyi anlayışlarına karşı nötr olmaları beklenmektedir. Benzer şekilde, kamu kurumlarından belirli taleplerde bulunurken, nötr gerekçelerle başvuruların yapılması beklenmektedir. Dolayısıyla nötrlük sadece siyasetçilerden, yargıçlardan beklenen bir tutum değil, vatandaşlardan da beklenen bir tutumdur³⁸.

³⁵ Raz, (n32)111-117; Will Kymlicka, ‘Liberal Individualism and Liberal Neutrality’ (1989) 99 (4) Ethics 883, 883-884; Çağlar (n3)100

³⁶ Modus Vivendi inanç, yaşam tarzı, değer vb. açılardan farklı grupların birlikte yaşamak için zorunluluktan oluşturdukları düzenlemeler olarak anlaşılabilir. Modus vivendi farklı yaşam biçimlerinin bir arada iyi bir şekilde yaşayabilmelerinin koşullarını bulmayı amaçlar. John Gray, *Liberalizmin İki Yüzü* Koray Değirmenci(çev) (1. Bası Dost Kitapevi Yayınları 2003)11

³⁷ Larmore (n28) 75-77

³⁸ Charles Larmore, ‘The Limits of Aristotelian Ethics’ içinde John W. Chapman ve William Galston(eds) Nomos 34-Virtue (1. Bası New York University Press 1992)192-193; Charles Larmore, ‘Political Liberalism’ (1990) 18 (3) Political Theory 339, 341; Çağlar (n3) 116-117

Bruce Ackerman'ın "nötr diyalog" modeli de benzeri bir yaklaşımı içermektedir. Ackerman, vatandaşların tartışmalı ahlaki normlara ve sosyal görüşlere başvurmadan kaçınmaları gerektiğini ve anlaşmazlık alanlarını bir kenara bırakarak kamusal akıl normundan türetilen siyasi müzakereye ilişkin belirli diyalog kısıtlamalarına uymaları gerektiğini belirtmektedir³⁹. Hem Larmore hem de Ackerman, kamusal akıl yürütme ve tartışma konusundaki kısıtlamaların asgari düzeyde olması gerektiğini ve itirazlarla karşılaşma olasılığının düşük olduğunu düşünmektedirler. Larmore'a göre, siyasi bir ideal olarak nötrlük, kişiler arasındaki özel ilişkileri değil, kişiler ile devlet arasındaki kamusal ilişkileri yönetir. Ancak nötr dili konuşamayan söz konusu olduğunda, nötr müzakere metotlarının kapsayıcılığı tartışmalıdır⁴⁰.

John Rawls'un "hakkaniyet olarak adalet" nötrlük, -Rawls'un teorisinde cehalet perdesinin/bilinmezlik perdesi⁴¹ şartları göz önüne alındığında- makul ve rasyonel vatandaşların isteyerek onaylayabileceği ve ona göre hareket edebileceği bir normdur. Rawls nötrlüğün rasyonel temellendirilmesi ile rasyonellik ve makullük için geçerli olan nötrlüğün temellendirilmesi arasındaki farkı vurgulamak için "usule ilişkin nötrlük" ve "amaca ilişkin nötrlük" olmak üzere iki nötrlük kavramı ortaya koyar. İlki, herhangi bir ahlaki değere başvurmadan gerekçelendirilebilecek bir usule dayanmaktadır. İkincisi, bir devletin kurumlarının ve politikalarının amaçlarının nötrlüğü olarak anlaşılır; bir politikanın uygulamaya konma gerekçeleri belirli bir kapsamlı iyi anlayışını teşvik etme ihtimalini içermiyorsa, o politika amaçları bakımından nötr kabul edilir. Rawls'un "hakkaniyet olarak adalet" anlayışı her iki anlamda da nötr olarak anlaşılmaktadır⁴².

Rawls'un nötrlük yaklaşımında makul vatandaşların varlığı önemlidir. Makullük, aynı zamanda farklılıkların çağdaş siyasi liberalizme yönelik itirazlar açısından önemlidir. Rawls'a göre, adalet anlayışını hakkaniyet olarak onaylayan vatandaşlar, yalnızca kendi çıkarlarını düşünen ve kendi amaçlarını güvence altına almak için etkili araçlar kullanan kişiler değildir. Aynı zamanda, adil iş birliği koşulları olarak ilkeler ve standartlar önermeye ve başkalarının da aynı şekilde davranacağı güvencesi verildiğinde bunlara isteyerek uymaya hazır olmaları nedeniyle makuldürler. Makul vatandaşlar, muhakemenin getirdiği yükün bilincinde olarak, kamusal aklın kullanımı açısından sonuçlarını kabul ederler. Adil ve hakkaniyetli ilkelerin, herkes tarafından kabul edilebilir ilkeler olduğunu onaylarlar. Rawls'a göre, vatandaşlar sadece kamusal akıl tarafından belirlenen toplumsal iş

³⁹ Ackerman (n14) 372

⁴⁰ Deveaux (n15)85

⁴¹ Cehalet perdesi/bilinmezlik perdesi (*veil of ignorance*), Rawls'un hakkaniyet olarak adalet teorisinin temel kavramıdır. Buna göre: "Hiç kimse toplumdaki yerini, sınıfını, sosyal statüsü bilmez, doğal iyiliklerinin dağılımındaki talihine, yeteneklerine, zekasına, gücüne vs. ilişkin bir fikri de yoktur. Hatta kişilerin iyiliği nasıl kavradıklarını ya da özel psikolojik eğilimlerini de bilmediklerini varsayacağım. Adalet ilkeleri bir bilgisizlik peçesinin ardından seçilir. Bu da ilkelerin seçiminde kimsenin doğal şanstın ya da toplumsal koşullardan dolayı avantajlı ya da dezavantajlı olmamasını sağlar. Herkes benzer bir konumda olduğundan ve hiç kimse de kendi özel durumunun yararına olacak ilkeleri bilecek durumda olmadığından, adalet ilkeleri adil bir uzlaşma ya da pazarlığın ürünüdür." (Rawls (n14)11; Çağlar (n3) 71

⁴² John Rawls, *Political Liberalism* (3. Bası, Columbia University Press 2005) 191-192, Çağlar (n3)122

birliğinin adil koşullarına uydukları takdirde tamamen özerktirler. Makul vatandaşlar, muhakemenin getirdiği yükün, başkaları için makul olarak haklı gösterilebilecek şeylere sınırlar koyduğunu kabul ederler ve tanım gereği, kendi özel çıkarları ve inançlarını temel alan iddialarda bulunmaktan kaçınacaklardır. Bunun tersine, makul olmayan vatandaşlar ise sadece kendi özel çıkarları ve inançları doğrultusunda hareket ederler⁴³. Rawls bu tip vatandaşları makul vatandaşlardan ayırmak için makullük ile rasyonellik arasında bir ayırım yapmaktadır. Makullük ve rasyonellik, özgür ve eşit kabul edilen vatandaşlar arasında adil bir iş birliği sistemi olarak görülen toplumun temel unsurlarıdır. Genel olarak, makul kişiler adil iş birliği şartlarını belirleyerek belirli ilkeler önermeye ve başkaları da aynı şeyi yapmaya yöneldiğinde, koşulların gerektirdiği şekilde kendi çıkarları aleyhine olsa bile bu ilkelere uymaya hazırdırlar. Ayrıca, iş birliği yapanların iddialarının ilgili açılardan benzer temellere dayandığı durumlarda, yani herkesin özgür ve eşit vatandaş statüsüne sahip olduğu durumlarda, herhangi birinin kendisine diğerlerinden daha az temel haklar tanıyan ilkeleri kabul etmesi için hiçbir sebep yoktur. Bu tür ilkeleri başkalarına dayatmakta ısrar edenler makul değillerdir, ancak çıkarları göz önüne alındığında tamamen rasyonel olabilirler. Gündelik iletişim makul ve rasyonel arasındaki bu karşıtlığı yansıtmaktadır⁴⁴.

Rawls'un makullük düşüncesi kapsamlı ve politik görüşlerin birbirlerinden ayrılmasına dayanmaktadır. Ancak bazı bireyler ya da gruplar bu ayrımı yapmakta zorlanabilmektedirler. Kanada'nın Doğu Arktik bölgesindeki özerk bölge olan Nunavut'ta yaşayan Inuit halkı, bu duruma örnek teşkil etmektedir. Inuit halkı, siyasi düzenlemeler ve kurumlarda önemli değişiklikler talep ettiklerinde, farklı konulardaki vatandaşlar dahil olmak üzere tüm kişilerin kabul edebileceği siyasi ilkeler yerine, topluluklarının tarihine, yaşam tarzlarına, kültürlerine ve hayatta kalmak için özel gereksinimlerini ortaya koymuşlardır⁴⁵. Bu örnekte görüldüğü gibi Rawls'un haklı gösterme nötrlük yaklaşımı, farklılıkları kapsayıcılık açısından değerlendirildiğinde, makullüğün bazı farklılıklar açısından hakkaniyetli olmadığı düşünülebilir. Diğer bir örnek 1990'lı yıllardaki Hindmarsh davasıdır. 1993 yılında Ngarrindjeri kadınları, Güney Avustralya'nın aşağı Murray Nehri bölgesinde Hindmarsh Adası'na bir köprü inşa edilmesini, adanın belirli bölgelerinin kendileri için kutsal olduğu gerekçesiyle protesto etmişlerdir. Kadınlar, kutsallığının sebeplerini ayrıntılı olarak açıklamayı reddetmişler ve bilgilerin kamuya açıklanmasının hem kendi mahremiyetlerinin hem de topluluklarının gizlilik normlarını ihlal edeceği konusunda ısrar etmişlerdir. Ancak adanın öneminin kadınların "işleri" veya "bilgileri" ile ilgili olduğu ve adadaki bazı yerlerin Ngarrindjeri kadınlarının doğurganlığı için önemli olduğu antropologlarca belirtilmiştir. İddiaya göre, yalnızca Ngarrindjeri kadınlarına adanın tarihini ve mitolojisini bilmelerine izin verilmişti ve yerli erkekler kutsallığın sebebini bilmiyorlardı. Kadınların inşaatın yapılmasına itirazlarının gerekçesi yetkili kurumlar tarafından inandırıcı bulunmamış ve 1995

⁴³ Rawls (n40) 48-51; Çağlar (n3)123

⁴⁴ John Rawls, *Justice as Fairness-A Restatement* (3. Bası, The Belknap Press of Harvard University Press 2003)191-192

⁴⁵ Deveaux (n15) 92; Çağlar (n3) 126

yılında Kraliyet Komisyonu bir soruşturma başlatmıştır. Kadınlar kendileri için gizli, kutsal, manevi değerler hakkında soruşturma emri verilmesinden derin rahatsız olmuşlardır⁴⁶. Yerli kadınların müzakere usulleri siyasi liberalizmin nötrlük gereklilikleriyle uyumlu değildir. Farklılıklarını ortaya koymayı reddetmeleri, tüm nötrlüğü belirleyecek liberal usullerin gerçekleşmesini imkânsız kılmaktadır. Elbette Hindmarsh davası uç bir örnek olaydır. Ancak Rawls'un liberalizm yaklaşımının benimsenmesi durumunda benzer durumlar ortaya çıkabilir.

Rawls'un hakkaniyet olarak adalet anlayışı, Larmore'un *modus vivendi* liberalizm yaklaşımında olduğu gibi, kapsamlı ahlaki meseleleri siyasetin alanından çıkarmayı amaçlar. Böylece, herkesin üzerinde anlaşabileceği siyaset ilkelerine ve diyalogun kurallarına varılabilecektir. Kamusal alan meselelerinin söz konusu ayrıma uygun olup olmadığı çok net değildir. Ancak bu ayrım üzerinde bu kadar ısrarlı olunması farklılıkların liberal toplum içinde ayrımcılık içeren uygulamalarla karşılaşmalarına neden olabilecektir. Özellikle, nötr kamusal müzakere normlarını farklılıkları nedeniyle kabul etmeyen ya da edemeyen grupların toplum içinde marjinalleşmesine yol açabilmektedir⁴⁷. Örneğin liberal demokratik devletlerde yaşayan birçok kültürel azınlık grubu kendi ahlaki ve dini inançlarına dayalı iyi yaşam anlayışlarını adalet taleplerinden ayrı tutmayı istemeyebilirler. Bu durumda, bu grupların kamusal müzakereye katılmaları imkânsız hale gelebilir.

III- LİBERAL NÖTRLÜK ve HUKUK

Çağdaş liberal siyaset teorisinin nötrlük ilkesi, devletlerin farklılıklara ilişkin taleplere karşı nasıl karşılık vermesi gerektiği konusunda farklı yaklaşımları hukuku etkilemektedir. Nötrlük ilkesi hukuki bir boyut kazandığında, teorik tartışmalardan farklı olarak, belirli hususların net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Devlet politikalarında ve bunlarla bağlantılı hukuksal düzenlemelerde nötr olması gereken tarafın kim ya da kimler olduğu ve nötr olunması gereken tarafların kimler olduğu belirlenmelidir. Nötrlük ilişkisinde taraflar açıkça ortaya konulduktan sonra, haklı temellendirmeler yapılması gerekmektedir. Farklılıklar ve farklı iyi anlayışları söz konusu olduğunda liberal bir hukuk düzeninin farklı iyi yaşam anlayışlarına yönelik tutumunun ne olduğu açıkça belirlememelidir⁴⁸. Aksi halde bir devletin nötrlük ilkesini gerçekleştirmesi mümkün olmayacaktır.

Çağdaş siyasi liberalizmde, nötr devlet idealinin gerçekleştirilmesinde nötr olması beklenen taraflardan birisi hukuku oluşturan yetkililerdir. Bu bağlamda liberal bir devlette hukuku oluşturan yetkililer iyi yaşamın ne olduğu sorusuna nötr bir yaklaşım sergilemelidirler. Vatandaşların karar

⁴⁶ Marcia Langton, 'The Hindmarsh Island Bridge Affair: How Aboriginal Women's Religion Became an Administerable Affair' (1996) 11 (24) Australian Feminist Studies 212, 212; Deveaux (n15) 85, 96

⁴⁷ Çağlar (n3) 131

⁴⁸ Jeremy Waldron, 'Legislation and Moral Neutrality' içinde Robert E. Goodin, Andrew Reeve (der) *Liberal Neutrality* (1. Bası, Routledge 1989) 69-70

verirken belirli bir iyi hayat anlayışından hareket etmesi kabul edilebilir ama yetkililerin belirli bir iyi yaşam anlayışını tercih ederek hukuki kararlarını temellendirmeleri ve hukuk normları ortaya koymaları siyasi liberalizm açısından kabul edilemez. Dolayısıyla, liberal bir devlette, hukuk aracılığıyla başkalarının davranışlarını yönlendirme yetkisine sahip kişi ya da grupların nötr olması bir gerekliliktir.

Nötrlük, sadece hukuk normlarını oluşturma yetkisine sahip olanları sınırlandırmaz, aynı zamanda iktidar ve güç sahibi olanları da sınırlandırmaktadır⁴⁹. Devlet dışı aktörlerin iyi hayat anlayışlarını kendi iktidar alanları içerisindekilere dayatmaları, liberal hukuk sistemleri tarafından engellenmektedirler. Bu engelleme, liberal bir hukuk sisteminde ancak nötr bir usulde oluşturulacak hukuk normları aracılığıyla mümkündür. Nötrlük bu bağlamda hukuk felsefesinin en temel tartışmalarından birisi olan hukuki meşruiyet konusunun liberal düşüncedeki açıklamasıdır. Hukuku oluşturma yetkisine sahip yetkililerin farklı iyi yaşam anlayışlarına karşı nötr oldukları hususunda oluşturdukları kamuoyu algısı, vatandaşların hukuka itaat etmelerinin gerekçesini oluşturmaktadır. Nötr bir hukuk sisteminin nasıl oluşturulacağı ve meşruiyetin nasıl sağlanacağı sorusunun cevabı on yedinci ve on sekizinci yüzyıl sosyal sözleşmeciler liberal kuramlarına başvurularak açıklanmaktadır⁵⁰.

On sekizinci yüzyıl sözleşmeciler düşünürlerinden Jean-Jacques Rousseau'nun kuramında, genel iradeyi ve dolayısıyla hukuku belirleyen irade, kendi kişisel çıkarları doğrultusunda karar veren insanların oluşturduğu bir kalabalık ya da yığın (*aggregation*) değildir. Hukuku belirleyen iradeyi oluşturan genel irade yurttaşlardan oluşan toplum ya da halktır (*association*); bu yurttaşlar kişisel görüşlerini ve çıkarlarını bastırarak ortak iyiye yönelen kişilerdir⁵¹. Rousseau'nun halk/yığın ayrımı diğer bir sosyal sözleşme düşüncesine katkıda bulunan Immanuel Kant'ın yaklaşımını etkilemiştir. Kant'a göre insan, hem doğa tarafından belirlenen fenomenal (*homo phainomenon*) bir varlık, hem özerk seçimler yapabilen rasyonel noumenal (*homo noumenon*) bir varlıktır⁵². Noumenal alanında, saf pratik aklın temel yasası olan ilk kategorik buyruk ortaya çıkar. "Sadece aynı zamanda evrensel yasalar olmalarını isteyebileceğin maksimlere göre hareket et" ilkesi, toplumsal düzenin meşruiyetini sağlar⁵³. Söz konusu ilke, hem yasa koyucuyu hem de vatandaşı bağlayan prosedürel bir normdur. Bu usul takip edildiği zaman ortaya çıkan pozitif hukuk, vatandaşlar açısından meşru kabul edilecektir. Hem Rousseau'nun yurttaş kavrayışı hem Kant'ın *noumenal* alanındaki bireyi, özel çıkarlardan bağımsız bir şekilde sözleşmeye katılarak hukukun objektif bir usulle belirlenmesine katkıda bulunabilmektedirler.

⁴⁹ Waldron (n46) 73

⁵⁰ Wojciech Sadurski, *Moral Pluralism and Legal Neutrality* (1. Bası, Springer 1990) 199; Deveaux (n15) 67-68

⁵¹ Mehmet Ali Ağaoğulları, Duygu Türk, Ayhan Yalçınkaya, Zafer Yılmaz, Filiz Zabcı, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler* Mehmet Ali Ağaoğulları(ed) (1.bası, İletişim Yayınları 2011)581-584; Ernst Cassirer, *Rousseau, Kant, Goethe* Mustafa Tüzel(çev) (1. Bası, İş Bankası Yayınları 2007) 30

⁵² Takiyettin Mengüşoğlu, *Değişmez Değerler- Değişen Davranışlar* (1. Bası, İstanbul Matbaası 1965)7-9
Immanuel Kant, *Arı Usun Eleştirisi* Aziz Yardımlı (çev) (8. Bası, İdea Yayınları 2022) 194-207

⁵³ Immanuel Kant, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi* (çev) İoanna Kuçuradi (2. Bası, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını 1995) 42

Bireyin farklılıklarını bir tarafa bırakarak objektif karar verme yükümlülüğü, Rawls'un sosyal sözleşme yaklaşımındaki "orijinal durum" kavrayışında da kendini göstermektedir.

Sosyal sözleşme kuramcılarının sözleşme öncesi devletsiz ortamı anlatmak için kurguladıkları "doğa hali", Rawls'un teorisindeki "orijinal durum" ya da "başlangıç durumu"ndaki insanlar tarafından temsil edilir. Pozitif hukukun temeli olan adaletin nötr ilkelerini belirleyeceklerdir. Nötrlüğün sağlanması amacıyla katılımcıların cehalet/bilinmezlik perdesi arkasında olmaları gerekmektedir. Katılımcılar, toplumdaki farklılıkların bilincinde olmakla birlikte, kendi yerlerini, cinsiyetlerini, etnik kökenlerini, cinsel yönelimlerini, ırklarını, dini inançlarını, yeteneklerini, engelli olup olmadıklarını vb. gibi farklılıklarını bilmemektedirler⁵⁴. Böylece birey perdenin diğer tarafına geçtiğinde o özelliklere sahip kişilerden biri olma ihtimalini göz önünde bulundurarak, hukukun temelini ve meşruiyetini sağlayacak nötr ilkeleri belirleyebileceklerdir⁵⁵.

Rousseau, Kant ve Rawls, hukukun meşruiyetini sağlayacak nötr ilkelerin belirlenmesinde, kişisel çıkarlarından arınmış eşit bireylerin katılımını gerektiren bir prosedür önermektedirler. Söz konusu usulün gerçekleştirilmesi halinde, ortaya konulan nötr ilkeler, farklılıkların taleplerini de kapsayan pozitif hukukun temelini oluşturacaktır. Hangi ilkelerin belirleneceği sorusunu, Rawls "birincil iyiler" (*primary goods*) kavrayışı ile cevaplamaktadır. Rawls'a göre, sosyal sözleşme öncesi başlangıç durumundaki rasyonel katılımcılar, herkesin insan psikolojisi ve sosyal yaşamla ilgili birincil iyilerin bilgisine sahiptirler. Birincil iyiler, bireyin iyi hakkındaki görüşü ne olursa olsun isteyebilecekleri iyi olmaları nedeniyle nötrdürler⁵⁶. Sağlık, beden bütünlüğü, varlık, kendine saygı, negatif özgürlük, eğitim gibi örnekler, Rawls tarafından temel birincil iyiler olarak göstermektedir⁵⁷. Özetle, birincil iyiler, tüm rasyonel insanlar tarafından istenebilir iyilerdir. Yasa koyucuların, söz konusu iyilerin vatandaşlara sağlanması ve dağıtılması için kurumların oluşturulmasını sağlayacak düzenlemeleri, nötrlük ilkesi temelinde yapmaları gerekmektedir⁵⁸.

Liberal siyaset felsefesi teorisyenlerinden Will Kymlicka, Rawls'un birincil iyileri kavrayışını kültürel aidiyetlerin önemini de kapsayacak şekilde yorumlamıştır. Kymlicka'ya göre, kişisel özerkliğin önemini kabul eden bir liberal adalet anlayışı, bireyin kendi kültürel grubuna üyeliğini de önemli bulmaktadır. Kymlicka, kültürel aidiyetin bireylerin kimliklerinin oluşmasında etkili olduğunu savunmaktadır. Kültür, özerklik için anlamlı seçenekler sunmaya yardımcı olur ve yaşam planlarının

⁵⁴ John Rawls (n40)180; Çağlar (n3) 72

⁵⁵ Jean Hampton, 'Contracts and Choices: Does Rawls Have A Social Contract Theory?' (1980) 72 (6) The Journal of Philosophy 315, 324-325; Çağlar (n3) 180

⁵⁶ Larry Alexander, Maimon Schwarzschild, 'Liberalism, Neutrality and Equality of Welfare vs. Equality of Resources' (1987) 16 (1) Philosophy and Public Affairs 85,89; Gülriz Uygur, 'Nötr İlkeler ve Hukuk, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi' (2006) (16) 330, 336

⁵⁷ Rawls (n14) 78-81 Rawls "Political Liberalism" adlı kitabında birincil iyileri şu şekilde sıralamaktadır: a. temel hak ve özgürlükler; b. seyahat özgürlüğü ve farklı fırsatlar bağlamında meslek seçim özgürlüğü; c. temel yapının siyasi ve ekonomik kurumlarındaki görev yetkileri ve ayrıcalıkları ve sorumluluk pozisyonları; d. gelir ve varlık; e. kendine saygının sosyal temelleri Rawls (n40) 180

⁵⁸ Waldron (n56) 74

değerini yargılama yeteneğini geliştirir⁵⁹. Bu görüş, demokratik liberal hukuk sistemlerinde vatandaşlara eşit saygı gösterilmesini sağlamak ve insanların eşit derecede seçim yapma fırsatlarını geliştirmeleri için tarihsel olarak dezavantajlı kültürel azınlıklar için özel haklar ve düzenlemelerin getirilmesini desteklemeleri gerektiğini iddia etmektedir⁶⁰.

Nötrlük ilkesi temelinde devletler, hukuk normlarıyla temel hak ve özgürlükler dahil olmak üzere birincil iyileri düzenledikten sonra uygulamada iyi anlayışlarının çatışması sorunuyla karşılaşabilmektedirler. Nötrlük temelinden liberal bir devlet ve hukuk sistemi belirli iyi anlayışlarına karşı nötr değildir. Diğer bir ifadeyle bütün iyi anlayışları nötr liberal devlet politikaları açısından kabul edilebilir değildir. Daha önce de belirtildiği gibi liberal devlet başkalarına zarar vermemesi koşuluyla vatandaşların farklı iyi anlayışlarına nötrdür. Bu yaklaşım, liberal siyaset ve hukuk teorisinde “tolerans” kavramı ve daha özel olarak “zarar ilkesi” üzerinden tartışılmaktadır. Başkalarına zarar veren ve vermeyen yaklaşımlar arasında ayrıma gidilerek, zarar veren iyi kavrayışları nötr liberal devletin hukuk normlarında özgürlüğün sınırı olarak belirlenmektedir⁶¹.

Klasik liberal kuramcı John Stuart Mill’e göre “... *Uygar bir toplumda o toplumun bireylerinin biri üzerinde, kendi arzusu dışında, güç kullanılmasının tek meşru amacı başkalarına gelebilecek olan zararın önlenmesidir.*”⁶² Nötr liberal devletin vatandaşlar üzerinde şiddet kullanabilmesinin tek meşru gerekçesi, başkalarına gelecek zararın engellenmesidir. Birey eylemleriyle toplumu tehdit ediyor ve zarar veriyorsa, devlet müdahale edebilir. Herhangi bir tehdit ya da zarar yoksa, genel ahlak⁶³ ya da bireyin iyiliği gerekçe gösterilerek, hukukun birey üzerinde müdahalesi nötrlük ilkesinin ihlali olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Dolayısıyla nötr bir liberal devlet ve hukuk sistemi bütün iyi anlayışlarına karşı nötr değildir. Liberalizmin nötrlük temelinde reddedebileceği iyi yaşam anlayışları bazı insanların veya bazı iyi yaşam anlayışlarının diğerlerinden daha iyi olduğunu varsayanlardır⁶⁵.

⁵⁹ Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture* (1. Bası, Clarendon Press 1989) 169; Deveaux (n15)127; Çağlar (n3) 236

⁶⁰ Kymlicka (n57) 162

⁶¹ Sadurski (n48) 197

⁶² Mill (n13) 13

⁶³ Ahlak kelimesi çeşitli anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan birisi “genel ahlak”, “toplumsal ahlak” ya da “pozitif ahlak”tır. Genel ahlak belirli bir grupta ve belirli bir zamanda genel olarak iyi ya da kötü sayılan davranışları ifade eder. Diğer bir deyişle ahlak belirli bir grup içinde belirli bir zamanda geçerli olan yapılması ya da yapılmaması gerekene ilişkin değer yargıları sistemidir. (Harun Tepe, ‘Bir Felsefe Dalı Olarak Etik’ (1998) 1(4) Doğu Batı 9, 10; İoanna Kuçuradi, *Uludağ Konuşmaları- Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları* (1. Bası, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları 1988) 21; Genel ahlaka ilişkin değer yargısı kalıpları toplumdan topluma, zamandan zamana değişiklik göstermektedir. Örneğin Türkiye toprakların yaşayan belirli bir grup içinde “evlilik dışı cinsel ilişki yanlıştır” gibi bir değer yargısı kalıbı kabul görebilmektedir.(Filiz Kardam, *The Dynamics of Honor Killings in Turkey*, (1. Bası, UNDP, UNPF Yayını 2005)31. Bu kalıp aynı zamanda toplumsal ahlak normlarını oluşturmakta ve bireylerin davranışlarını yönlendirmektedir. Ancak aynı değer yargısı kalıbı birçok Avrupa kültüründe geçerli bir ahlak kuralı değildir. (Fatma İrem Çağlar Gürgey, *Hukuk Etiği, Felsefi Hukuk Etiği-Hukuk Meslek Etiğine İlişkin Yazılı Standartlar*, (1. Bası On İki Levha Yayıncılık 2024) 17

⁶⁴ Mark Tebbit, *Philosophy of Law* (2. Bası, Routledge 2005)129; Sadurski (n48) 89

⁶⁵ Dworkin (n5)

Nötr ilkesi üzerinden temellenen devlet ve hukuk sisteminin nötr olamayacağı iyi hayat anlayışları ya da yaşam şekilleri konusunda Rawls'un yaklaşımı zarar ilkesi yerine, hakkın iyiye öncelliği doktrini üzerindedir. Liberal bir devlette, çeşitli iyi anlayışlarının var olabilmesi için, temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik iyi anlayışlarına izin verilmemesi gerekir. Aksi takdirde, herhangi bir iyi anlayışının sürdürülmesi mümkün olamaz⁶⁶. Rawls, nötr devletin bazı iyi yaşam anlayışları karşısında nötr olamayacağını açıklarken, zarar ilkesini temel almamıştır. Ancak iyiyi önceleyerek haklara yapılan müdahaleler sonucunda ortaya çıkan zarar, Rawls'un yaklaşımının zarar ilkesi çerçevesinde de değerlendirilebileceğini göstermektedir.

Liberal bir devlette etnik bir azınlık grubu içindeki bireyler kendi kültürünün parçası olan değer yargıları kalıplarını gerekçe göstererek başkalarının temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırıyor ya da ortadan kaldırıyor, bu iyi anlayışına nötr olamaz. Bu bağlamda liberal bir hukuk sisteminin bu tür kültürel gerekçelendirmeleri ortaya koyan azınlık gruplarını ya da farklılıkları kapsayıcı düzenlemelere gitmesi nötrlük açısından kabul edilebilir değildir. Diğer bir ifadeyle nötrlük temelli liberal devletin hem hukuk normları hem de hukuk uygulamasının temel hak ve özgürlükleri ihlal eden yaşam şekillerini nötrlük ilkesi gerekçesiyle onaylayamaz. Örneğin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesi bir insanı kasten öldüren kişinin müebbet hapis cezası alması gerektiği düzenlemişken, yine aynı kanunun 82. maddesinin (k) bendi ise töre saikiyle kasten öldürme suçunu ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Türk hukuk sistemi, Türkiye'de belirli bir grubun kültürel farklılığının bir parçası olan töreleri gerekçe göstererek, yaşam hakkını ihlal edenlerin hukuken korumamış ve söz konusu yaşam hakkı ihlallerini meşrulaştırmamıştır; aksine ağırlaştırılmış cezaya sebep olarak kabul etmiştir. Bu tip bir düzenleme temel bir insan hakkının, "töre" adı altında belirli bir grubun iyi yaşam anlayışına öncel kılınmamasının örneğini oluşturmaktadır. Kanada'daki *Hofer-Hofer* davası, meselenin hukuk uygulamasındaki bir örneğidir. Dava bir dini cemaat olan Hutterit'lerin üyeleri üzerindeki baskısını ele almaktadır. Hutterit'ler içinde özel mülkiyetin bulunmadığı geniş bir tarım arazisinde koloni halinde yaşamaktadırlar. İki üye, dinden çıktıkları için koloniden atılmışlar ve koloniye katkıda buldukları maddi varlıkları topluluktan talep etmişlerdir. Koloni bu talebi reddedince, dava açmışlar ve davada koloniyi terk etme haklarının olmadığı gerçeğini ifade etmişlerdir. Hutterit'ler bu uygulamayı, bireysel özgürlüğü sınırlasa bile din özgürlüğünün bir cemaatin dinine uygun yaşama hakkını koruduğu gerekçesiyle savunmuştur. Yüksek Mahkeme cemaatin iddiasını kabul etmiştir. Yargıç Pigeon muhalefet şerhinde "her bireyin dinini kendi isteğiyle değiştirme hakkının olduğunu" ve dolayısıyla kiliselerin "üyelerini bu temel özgürlükten mahrum bırakacak nitelikte kurallar koyamayacağını" ifade etmiştir⁶⁷. Yargıç Pigeon'un görüşü Rawls'un ortaya koyduğu liberal nötrlük

⁶⁶ John Rawls, 'The Priority of Right and Ideas of the Good' (1988) 17 (4) *Philosophy and Public Affairs* 251, 265; Uygur (n54) 338; Çağlar (n3) 75

⁶⁷ Will Kymlicka, 'Two Models of Pluralism and Tolerance' içinde David Heyd(ed), *Toleration- An Elusive Virtue* (1. Bası, Princeton University Press 1996) 92

yaklaşımı ve onun uzantısı olan hukuki yaklaşımla uyumludur. Nötrlük her durumda karışmamak ve uzak durmak değildir. Kimi zaman nötr olmayan eylemlere müdahaleyi gerektirmektedir. Yargıç Pigeon'ın görüşü mahkeme kararına yansısaydı söz konusu dini topluluğun kendi iç işleyiş kuralına karşıt olarak nötrlük temelinde liberal bir devlet hukuk aracılığıyla müdahale edebilecekti. Sonuç olarak nötrlük temelli liberal hukuk sistemleri liberal olmayan iyi anlayışlarına müdahale edebilmektedir. Bu müdahale kimi zaman “zarar ilkesi” ve kimi zaman “hakkın iyiye öncelliği” doktrini temelinde gerçekleşebilir.

SONUÇ

Liberal nötrlük ilkesini temel alan devletlerin farklı iyi anlayışlarını kapsayıcı politikalar geliştirebileceği bilinmektedir. Bu politikaların hayata geçirilmesi, nötr hukuk sistemlerinin oluşturulmasıyla somutluk kazanır. Nötrlük temelli normatif yapılar ve bunlara ilişkin uygulamalar farklılıkların kapsayıcılığını sağlama potansiyeline sahiptir. Ancak, çağdaş siyaset ve hukuk felsefesi literatüründe, nötrlük temelli liberalizme yönelik eleştiriler oldukça geniştir. Bu eleştiriler, cemaatçi düşünürler olan Michael Sandel, Michael Walzer, Alasdair MacIntyre isimlerden geldiği gibi, Kymlicka ve Joseph Raz gibi mükemmeliyetçi⁶⁸ liberallerden de gelmektedir⁶⁹.

Raz diğer çağdaş liberal düşünürlerden farklı olarak farklılıkların liberal devletin liberal olmayan iyi anlayışlarını engellemesinin yanı sıra değerli olan iyi anlayışlarının desteklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda Fransa'da Somalili bir kadının kız çocuğunu sünnet ettirmesinin hukuken engellenmesinin yanı sıra kendi dillerinde eğitim almayı talep etmesinin hukuken engellenmemesi, tam tersine desteklenmesi gerekmektedir⁷⁰. Aksi halde bireyler farklılıklarını gerçekleştirememeleri nedeniyle özerkliklerine de sahip olamayacaklardır.

⁶⁸ Mükemmeliyetçilik genellikle liberalizm karşıtı bir düşünsel yaklaşım olarak kabul edilir. Raz'ın bir liberal olarak mükemmeliyetçi olarak ele alınması oksimoron gibi gözükebilir. En açık ifadeyle mükemmeliyetçilik, Aristoteles'in Politika adlı kitabında ortaya koyduğu gibi, yasa koyucunun vatandaşların iyi insanlar olmasını sağlamak için bu amaç doğrultusunda kurumları ve yasaları yönlendirmesi gerektiğine ilişkin düşünsel yaklaşımdır. Her ne kadar Raz, iyi yaşama dair yasa koyucunun desteklenmesi gereken tek bir kriterin var olduğunu (Aristoteles'in önerdiği gibi) kesin bir şekilde reddetse de O'nun mükemmeliyetçiliği bazı yaşam tarzlarının ahlaki açıdan diğerlerinden daha kötü olduğu ve yasa koyucunun görevinin bunları caydırmak olduğu iddiasını içermektedir. Joseph Raz (n33) 133; Jeremy Waldron, 'Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom', (1989) 62 (3-4) Southern California Law Review 1097, 1102; Aristoteles, *Politika* Mete Tunçay(çev) (4. Bası, Remzi Kitapevi 1993)

⁶⁹ Andrea Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois (der), 'Giriş', içinde Andrea Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois (der), Eylem Özkaya(çev.) *Liberaller ve Cemaatçiler* (1. Bası, Dost Kitapevi Yayınları 2006)12; Margaret Moore, 'Liberalism and the Ideal of the Good Life' (1991) 53 (4) The Review of Politics 672, 672; Çağlar (n3)198

⁷⁰ Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain- Essays in the Morality of Law and Politics* (1. Bası, Clarendon Press 1994) 199

Liberal devletler çeşitliliği ve farklılıkları bünyelerinde barındırmayı bir zenginlik olarak kabul ediyorlarsa, Raz'ın liberal nötr devlet politikalarına ve eleştirilerini dikkate almak önemli gözükmektedir. Bu çerçevede liberal devlet ve hukuk sistemlerinin, farklılıkları kapsamı için insan hakları temelinde iyi anlayışlarının değerli olanları destekleme ve değersiz olanları engelleme ödevi olduğu düşünülebilir. Ancak bu ödev yerine getirilirken liberal olmayan iyi anlayışlarına sahip kişilere yönelik diyalog kanallarının açık tutulması esastır. Aksi halde, dışlama ve marjinalleşme riski ortaya çıkabilir ki bu durum, barış ortamını sağlayacak nötr liberal bir usulde sosyal sözleşmelerin yapılmasını güçleştirir⁷¹.

KAYNAKÇA

- Ackerman B, *Social Justice in the Liberal State* (1. Bası, Yale University Press 1980)
- Ağaoğulları Mehmet A, Duygu Türk, Ayhan Yalçınkaya, Zafer Yılmaz, Filiz Zabcı, *Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler* (ed) Mehmet Ali Ağaoğulları, (1. Bası, İletişim Yayınları 2011)
- Alexander L, Schwarzschild M, 'Liberalism, Neutrality and Equality of Welfare vs. Equality of Resources' (1987) 16(1) *Philosophy and Public Affairs* 85-110.
- Aristoteles, *Politika* (çev) Mete Tunçay (4. Bası, Remzi Kitapevi 1993)
- Barrett M, 'The Concept of 'Difference'', (1987) 26 *Feminist Review* 26-41
- Benhabib S, 'Demokratik Moment ve Farklılık Sorunu' içinde Seyla Benhabib(der), *Demokrasi ve Farklılık* (çev) Zeynep Gürata, Cem Gürsel (1. Bası, Demokrasi Kitaplığı 1999) 11-33
- Berten A, Silveira P ve Pourtois P, 'Giriş' içinde Andrea Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois (der), Eylem Özkaya(çev), *Liberaller ve Cemaatçiler* (1. Bası, Dost Kitapevi Yayınları 2006) 9-23
- Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>, E.T. 5.5.2023
- Caney S, 'Consequentialist Defenses of Liberal Neutrality' (1991) 41(165) *Philosophical Quarterly* 457-477
- Cassirer E, *Rousseau, Kant, Goethe* Mustafa Tüzel(çev) (1. Bası, İş Bankası Yayınları 2007) 30.

⁷¹ Çağlar (n3) 265

Connolly W, *Kimlik ve Farklılık- Siyaseten Açmazlarına Dair Demokratik Çözüm Önerileri*(çev)Ferma Lekesizalın (1. Bası, Ayrıntı Yayınları 1995)

Çağlar Fatma İ, *Farklılıklar ve Tanınma Talepleri Karşısında Liberal İlke ve Kavramların Değerlendirilmesi* (Yayımlanmamış Doktora Tezi 2009)

Çağlar Gürgey Fatma İ, *Hukuk Etiği, Felsefi Hukuk Etiği- Hukuk Meslek Etiğine İlişkin Yazılı Standartlar* (1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2024)

Deveaux M, *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice* (1. Bası, Cornell University Press 2000)

Dworkin R, 'Liberalism' içinde Stuart Hampshire(der) *Public and Private Morality* (4. Bası, Cambridge University Press 1991)

Dworkin R, 'What Liberalism Isn't' (1983) 29(21-22) *The New York Review of Books*, <https://www.nybooks.com/articles/1983/01/20/what-liberalism-isnt/>, Erişim Tarihi 23.04.2024

Feinberg J, *The Moral Limits of the Criminal Law-Volume 4: Harmless Wrongdoing* (1. Bası, Oxford, University Press 1988)

Felski R, 'The Doxa of Difference' (1997) 23(1) *Signs* 1-21

Fraser N, Honneth A, 'Introduction: Redistribution of Recognition?', içinde Nancy Fraser ve Axel Honneth(der), Joel Golb, James Ingram ve Christiane Wilke(çev) *Redistribution or Recognition?- A Political-Philosophical Exchange* (1. Bası Verso 2003) 1-5

Fukuyama F, 'The End of History?' (1989) 16 *The National Interest* 3–18

Fukuyama F, *Tarihin Sonu ve Son İnsan Zülfü Dicleli*(çev), (1. Bası, Profil Yayıncılık 2012)

Galston W, *Liberal Purposes: Goods, Virtues and Diversity in the Liberal State*, (1. Bası, Cambridge University Press 1991)

Gray J, *Liberalizmin İki Yüzü* Koray Değirmenci(çev) (1. Bası, Dost Kitapevi Yayınlar 2003)

Gasche R, *Inventions of Difference: On Jacques Derrida* (1. Bası, Harvard University Press 1994)

Goodin Robert E, *Utilitariansim as a Public Philosophy* (1. Bası, Cambridge University Press 1995)

Habermas J, 'Intolerance and Discrimination' (2003) 1(1) *International Journal of Constitutional Law*, 2-12

Hampton J, 'Contracts and Choices: Does Rawls Have A Social Contract Theory?' (1980) 72(6) *The Journal of Philosophy* 315-338

Jones P, 'Ideal of Neutral State' içinde Robert E. Goodin, Andrew Reeve(der) *Liberal Neutrality* (1. Bası, Routledge 1989) 9-38

Kant I, *Arı Usun Eleştirisi* Aziz Yardımlı(çev) (8. Bası, İdea Yayınları 2022)

Kant I, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, İoanna Kuçuradi(çev) (2. Bası, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını 1995)

Kardam F, *The Dynamics of Honor Killings in Turkey* (1. Bası, UNDP, UNPF Yayını, 2005)

Kuçuradi İ, *Uludağ Konuşmaları- Özgürlük, Ahlak, Kültür Kavramları* (1. Bası, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları 1988)

Kuçuradi İ, *İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları* (1. Bası, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2007)

Kymlicka W, *Contemporary Political Philosophy- An Introduction* (2. Bası, OUP 2002)

Kymlicka W, 'Two Models of Pluralism and Tolerance' içinde David Heyd(der) *Toleration- An Elusive Virtue* (1. Bası, Princeton University Press 1996) 81-105

Kymlicka W, 'Liberal Individualism and Liberal Neutrality' (1989) 99(4) *Ethics* 883-905

Kymlicka W, *Liberalism, Community, and Culture* (1. Bası, Clarendon Press 1989)

Langton M, 'The Hindmarsh Island Bridge Affair: How Aboriginal Women's Religion Became an Administerable Affair' (1996) 11(24) *Australian Feminist Studies* 212-217

Larmore C, *Patterns of Moral Complexity* (1. Bası, Cambridge University Press 1987)

Larmore C, 'The Limits of Aristotelian Ethics' içinde John W. Chapman ve William Galston(der) *Nomos 34-Virtue* (1. Bası, New York University Press 1992) 185-196

Larmore C, 'Political Liberalism' (1990) 18(3) *Political Theory* 339-360

Locke J, *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*, Melih Yürüşen(çev) (1. Bası, Liberte Yayınları 1998)

Macleod Colin M, 'Liberal Neutrality or Liberal Tolerance?' (1997) 16(5) *Law and Philosophy* 529-559

Mengüşoğlu T, *Değişmez Değerler- Değişen Davranışlar* (1. Bası, İstanbul Matbaası 1965)

Mill John S, *Hürriyet Üstüne*, Mehmet Osman Dostel(çev) (1.Bası, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları 2003)

Montefiore A, 'Neutrality, Indifference and Detachment' içinde Alan Montefiore(der) *Neutrality and Impartiality- The University and Political Commitment*, (1. Bası, Cambridge University Press 1975) 4-16

Moore M, 'Liberalism and the Ideal of the Good Life' (1991) 53(4) *The Review of Politics* 672-690

Morukian M, *Diversity, Equity and Inclusion for Trainers*, (1. Bası, ATD Press 2022)

Rawls J, *A Theory of Justice* (Gözden geçirilmiş 2. Bası, The Belknap Press of Harvard University Press 1999)

Rawls J, 'The Priority of Right and Ideas of the Good' (1988) 17(4) *Philosophy and Public Affairs* 251-276

Rawls J, *Political Liberalism* (3. Bası, Columbia University Press 2005)

Rawls J, *Justice as Fairness-A Restatement* (3. Bası, The Belknap Press of Harvard University Press 2003)

Raz J, *The Morality of Freedom* (1. Bası, Oxford University Press 1986)

Raz J, *Ethics in the Public Domain- Essays in the Morality of Law and Politics* (1. Bası, Clarendon Press 1994)

Sadurski W, *Moral Pluralism and Legal Neutrality* (1. Bası, Springer 1990)

Tebbit M, *Philosophy of Law* (2. Bası, Routledge 2005)

Tepe H, "Bir Felsefe Dalı Olarak Etik", (1998) 1(4) *Doğu Batı* 9-24

Turner B, 'Sovereignty and Emergency-Political Theology, Islam and American Conservatism' (2002) 14(4) *Theory, Culture&Society* 103-116

Uygur G, 'Nötr İlkeler ve Hukuk' (2006) 16 *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* 330-342

Waldron J, 'Legislation and Moral Neutrality' içinde Robert E. Goodin, Andrew Reeve(der), *Liberal Neutrality* (1. Bası, Routledge 1989) 61-83

Waldron J, 'Autonomy and Perfectionism in Raz's Morality of Freedom' (1989) 62(3-4) *Southern California Law Review* 1097-1152

Young Iris M, 'Together in Difference: Transforming the Logic of Group Political Conflict' içinde Will Kymlicka(der) *The Rights of Minority Cultures* (1. Bası, OUP 1995)155-176

Zellentin A, *Liberal Neutrality: Treating Citizens As Free and Equal* (1. Bası, De Gruyter 20



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

HAGB'NİN BAZI ÜLKELERDEKİ ÖRNEKLERİ VE 8. YARGI PAKETİNE KADAR TÜRKİYE'DE HAGB KURUMUNUN EVRİMİ

*Dr. Öğr. Üyesi Çağatay ÇINAR **

ÖZ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kurumu günümüzde belli bir yıla sınırlı hapis cezaları ile para cezaları açısından uygulanmaktadır. Dünya’da bu yönde uygulaması bulunmaktadır. Almanya’da bu kurum “Verwarnung mit Strafvorbehalt”; Fransa’da “Sursis en procédure pénale” olarak bilinmektedir. Fransa’da 2019 yılında yapılan değişikliklerle şartlı ve şartsız olarak iki türü öngörülmüştür ayrıca belli hallerde cezanın bir kısmının düşürülmesi şeklinde Sursis partielle denen HAGB’de yapılabilir. HAGB kurumu defa kere değişmiştir ancak özellikle 2022-2023 yılı içindeki Anayasa Mahkemesi iptal kararları neticesinde 8. Yargı paketinde de önemli değişiklikler yapılmak zorunda kalmıştır. Bu kurum 8. Yargı paketi olarak bilinen 7499 sayılı Kanuna kadar çeşitli kereler değişime uğramıştır. İş bu makalede HAGB kurumunun Dünyadaki evrimi ve ülkemizde 8.Yargı Paketine kadar olan gelişimi ve 7499 sayılı kanunun bu kurum açısından getirdikleri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 7499 Sayılı Kanun, Ceza Muhakemesi Kanunu, Hüküm, Ceza Hukuku

* Dr. Öğr. Üyesi, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD, ccinar@nku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3924-0872



EXAMPLES OF DEFERMENT OF THE ANNOUNCEMENT OF THE VERDICT (DAV) INSTITUTION IN SOME COUNTRIES AND THE EVOLUTION OF THE DAV INSTITUTION IN TURKEY UNTIL THE 8TH JUDICIAL PACKAGE

*Asst. Prof. Dr. Çağatay ÇINAR ***

ABSTRACT

The institution of deferment of the announcement of the verdict (DAV) is currently applied in terms of prison sentences limited to a certain number of years and fines. There are practices in this direction in the world. In Germany, this institution is known as "Verwarnung mit Strafvorbehalt"; in France, it is known as "Sursis en procédure pénale". With the amendments made in France in 2019, two types, conditional and unconditional, have been envisaged, and in certain cases, DAV, called Sursis partielle, can be made in the form of a partial reduction of the sentence. This institution has changed several times, but as a result of the Constitutional Court's annulment decisions, especially in 2022-2023, important changes had to be made in the 8th Judicial Package. This institution has been amended several times until the Law No. 7499, known as the 8th Judicial Package. In this article, the evolution of the DAV institution in the world and its development in our country until the 8th judicial package and what Law No. 7499 brings in terms of this institution are discussed.

Anahtar Kelimeler: Deferment of the Announcement of The Verdict, Law No. 7499, Criminal Procedure Code, Sentence, Criminal Law

* Assistant Professor, Tekirdağ Namık Kemal University, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, ccinar@nku.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3924-0872

Extended Summary

The institution of deferment of the announcement of the verdict (DAV) is the postponement of the conviction of the defendant in a criminal case before the defendant is considered a convicted person under certain conditions.

DAV was first introduced in the United Kingdom within the scope of Anglo-Saxon jurisprudence. This institution was legalized in 1879 as "Deferred Sentence". In 2000 and later in 2020, DAV, which took its final form as "Deferred Order" with the "Sentencing Act 2020", is regulated in Articles 3-13 of this law. In Ireland, Article 100 of the Criminal Justice Act 2006 regulates the institution of DAV. According to this act, when a person is convicted of an offense that carries both a fine and imprisonment (i.e. the vast majority of offenses), the court may choose to impose a fine and suspend the imprisonment. This deferral is known as a suspended sentence and gives the person convicted of the offense the chance to avoid a prison sentence.

DAV is currently applied in terms of prison sentences limited to a certain number of years and fines. There are practices in this direction in the world. In Germany, this institution is known as "Verwarnung mit Strafvorbehalt"; in France, it is known as "Sursis en procédure pénale". With the amendments made in France in 2019, two types of DAV, conditional and unconditional, have been envisaged in certain cases. Also in France, another type of DAV is called "Sursis partielle", can be made in the form of a partial reduction of the sentence. As a result, when we look at the situation of DAV in comparative law, important changes have been made in England and France in the last 10 years, as in our country. In these countries, there has been a continuous renewal in this institution. On the other hand, in countries such as Germany, there has not been much significant change in these 10 years and the DAV institution has been continuing with the same provisions for almost years.

In Turkey DAV, institution has changed several times, but because of the Constitutional Court's annulment decisions in 2022-2023, important changes had to be made in the 8th Judicial Package. The most important amendment made to Article 231, especially after the annulment decision of the Constitutional Court, is the opening of the way of appeal for the DAV decisions specified in paragraph 12, and the opening of the way of appeal in case the Regional Court of Justice or the Court of Cassation decides as the first instance

court. On the other hand, the consent of the accused is no longer a condition for the issuance of a DAV decision for which legal remedies have been opened.

However, in the event of violation of the probation provisions, the announcement of the verdict will be in question. In this case, according to the amended paragraph 11, the court, by evaluating the situation of the defendant who cannot fulfill the obligations imposed while announcing the verdict; It is regulated that the court may establish a new conviction by deciding not to execute a part of the sentence up to half of the sentence or to postpone the imprisonment sentence in the verdict or to convert it into alternative sanctions if the conditions exist. On the other hand, only the appeal against the announced or newly established verdict is foreseen and it is stipulated that there will be a limited review by the higher authority and that there will be no review on the merits.

After latest amendments, the deferral of the announcement of the verdict, except for the provisions regarding confiscation, refers to the fact that the established verdict does not have any legal consequences for the defendant, and in this way, the legal basis for the decision to make a confiscation decision while deciding in terms of DAV has been established. Indeed, discussions in this direction had continued for a long time. Because in the decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation numbered 2009/7-96 E., 2009/188 K, it was decided to confiscate the items that constitute a crime for confiscation. In this case, one of the opinions in the doctrine that confiscation could not be applied if there was not an act that could not constitute a crime in DAV, but on the contrary to this opinion, there were decisions of the Court of Cassation on the confiscation of the vehicle for the commission of the offense. However, the general opinion was that the goods prepared to be used in the commission of the crime should be confiscated if they are dangerous for public security, public health or public morality in accordance with Article 54/1 of the Turkish Penal Code (TPC), and that confiscation could not be made after the DAV decision in terms of confiscation of goods and earnings.

In addition, it has been stated in the Constitutional Court decisions that the obligation of effective investigation in terms of violation of the right to life should not be ignored, and if there is a violation of the right to life and the act of public officials, an effective investigation should be carried out in such a way that there is no question mark in the minds.

In this respect, DAV should not be applied for crimes committed by public officials such as torture. Although Article 94 of the TPC does not stipulate a prison sentence of less than three years for the crime of torture, this does not mean that such a situation can occur, even if it is low. In addition, for civil servants, the fairness of granting a DAV decision for crimes such as willfully exceeding the limit in the use of force (Article 256 of the TPC) may be discussed. However, an amendment in this direction was again avoided in the 8th Judicial Package. In this respect, this situation is again subject to criticism.

GİRİŞ

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB), mahkûmiyet kararının hâkim tarafından kanunda öngörülen koşulları taşıdığına kanaat getirilmesi hâlinde mahkûmiyet kararını geri bırakılması şeklinde karar verilerek bunun tutanağa geçirilmesi ve bu şekilde mahkûmiyet kararının sanık hakkında hüküm doğurmasını ifade etmektedir.¹ Hapis cezasının ertelenmesinden farklı olarak HAGB’de hüküm sanık açısından hukuksal sonuç doğurmayacağı için sanığın daha lehine olan bir kurum söz konusu olacaktır. Bu durumda hem hapis cezasının ertelenmesi ve hem HAGB için gerekli koşullar mevcutsa HAGB yolunun tercih edilmesi gerekir.²

Bu kısa makalemizde bu kurumun Dünyadaki gelişimi ve 8. Yargı paketine kadar bu kurumda değişiklikler yapılması gerektiren nedenlere ve 8. Yargı paketinin bu kurum için getirdiklerine değinilecektir.

I. ÇEŞİTLİ ÜLKELERDE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMU

A. ANGLO SAKSON HUKUKU

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ilk olarak Anglo Sakson Hukuku mahkeme içtihatları kapsamında Birleşik Krallık’ta uygulanmaya başlamıştır. ”Deferred

¹ Nur Centel- Hamide Zafer; Ceza Muhakemesi Hukuku, (12.bası,Beta Yayınları,2022), 869-870

² Bahri Öztürk, Nazari ve Tatbiki Ceza Muhakemesi Hukuku (17.bası, Beta Yayınları,2023), 653

Sentence” olarak bu kurum 1879’da yasallaşmıştır. 2000 ve sonrasında 2020de, Sentencing Act 2020 ile son halini “Deferred Order” olarak alan HAGB bu kanunda 3-13. Maddelerde düzenlenmiştir.³

İrlanda’da ise Criminal Justice Act 2006’nın 100.maddesinde HAGB kurumu düzenlenmiştir. Buna göre Bir kişi hem para cezası hem de hapis cezası gerektiren bir suçtan hüküm giydiğinde (yani, suçların büyük çoğunluğu), mahkeme para cezasını verirken hapis cezasını ertelemeyi tercih edebilir. Bu erteleme ertelenmiş ceza olarak bilinir ve suçtan hüküm giyen kişiye hapis cezasından kaçınma şansı sağlar. Hapis cezası bu şekilde en fazla altı ay süreyle ertelenebilir. Mahkeme cezanın ertelenmesine karar verdiğinde, kişinin koşulları reddetmesi ya da koşullara uymaması halinde hapis cezasına çarptırılacağı sabit bir tarih (kararın ardından altı ay içinde) belirler. Mahkeme ayrıca koşulların ihlal edilmesi halinde verilecek cezanın süresini de belirleyecektir. Mahkeme tarafından belirlenen tarihten en az bir ay önce, ertelenmiş cezaya tabi kişiye bir mahkeme oturumuna katılması için bildirimde bulunulacaktır. Kişi mahkemeye katılmazsa, mahkeme tutuklama emri çıkarabilir. Benzer şekilde, mahkeme bu oturumda kişinin öngörülen koşullara uymadığını tespit ederse, mahkeme asıl cezayı ya da olayın koşullarına bağlı olarak daha az bir cezayı uygulamaya devam edebilir.⁴

B. FRANSA VE ÇEVRE ÜLKELER

Avrupa’da ilk uygulamalara bakarsak 19.yy sonlarında “Şarta Bağlı Mahkûmiyet” (La Condamnation Conditionelle) olarak Belçika ve Lüksemburg⁵’da uygulamaya başlanmıştır. Fransa’da ise bu kurum 26 Mart 1891’de Rene Berenger kanunları ile yürürlüğe girmiş ve “Sursis en procédure pénale” olarak bilinmektedir. Berenger kanunundaki temel amaç ilk defa hapse düşen kişinin hapse konulup orada suç dünyasının içine girmesinin sapkınlığa düşmesinin önlenmesidir. Ama zaman içinde Fransız Ceza Kanunu içindeki Sursis yolu hapis cezası dışındaki para cezalarını da içine alarak genişlemiştir. Sursis simple olarak bilinen orijinal ertelenmiş cezaya ek olarak, denetimli serbestlik ile ertelenmiş cezalar (1958’de oluşturuldu) ve toplum hizmeti ile ertelenmiş cezalar (1983’te tanıtıldı) vardır. Son ikisinin ortak özelliği, suçluya bir denetimli yükümlülükler sistemi getirmeleridir. Öyle ki Fransız Ceza Kanunu’na 2014 değişiklikleri ile eklenen 132-19.maddenin 1. Fıkrası hapis cezasını "yalnızca suçun

³ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/17/part/2/chapter/1>

⁴ <https://www.iprt.ie/sentencing/explainer-deferred-sentence/>
<https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2006/act/26/section/100/revised/en/html>

⁵ <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/1892/05/10/n1/jo>

ciddiyeti ve failin kişiliği bu cezayı gerekli kılıyorsa ve başka herhangi bir yaptırım yetersizse son çare olarak verilebileceğini" belirtmektedir. Diğer deyimle bu madde ile hâkime hapis cezasında bu şartlar oluşmamışsa başkaca tedbirlerin veya HAGB'nin uygulanması bu madde ile adeta zorunlu kılınmıştır.⁶ Öte yandan 2014 yılında otomatik olarak HAGB öngören yasa sonrasında yürürlükten kaldırılmıştır. Yani Fransa'da da Türkiye gibi HAGB kurumu defa kere değişikliklere uğramıştır.

23 Mart 2019 tarihli Kanun'un bir sonucu olarak, 24 Mart 2020'den itibaren sadece iki tür Sursis olacaktır: İlki Berenger Kanundan beri süre gelen "Sursis simple" diğeri ise "Sursis probatoire" dır,⁷

Fransa'da "Sursis simple" Berenger Kanunu'ndan beri vardır. Son 5 yıl içinde ağır suç veya 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmamış veya Avrupa topluluğu içinde 60.000 Euroyu geçmeyen hapis cezasına mahkum olmamak buna karşılık tüzel kişilik ise bu şartlar altında 15.000 Euroyu geçmeyen bir para cezasına mahkum olmama, bir suçtan mahkum olmama halleri Fransız Ceza Kanunu 132-29 bağlamında Sursis Simple uygulaması içinde değerlendirilebilir.⁸ Bu durumda hakkında ceza açıklanmayan kişinin 5 yıllık süre boyunca herhangi bir suç işlememesi gerekmektedir.

Ancak burada Türkiye'den Fransa'yı HAGB'den ayıran nokta Fransa'da 2 değil, 5 yıla hapis cezası gerektiren suçlar Sursis uygulamasının olmasıdır. Öte yandan 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlarda hakim tarafından cezanın tamamı değil de 2 veya 3 yıllık kısmının ertelenebilmesi hususu da "sursis" uygulamasına konu edilebilir. Buna "sursis partielle" adı verilmektedir.

"Sursis probatoire" ise şartlı HAGB olarak tanımlanabilmekle Fransız Ceza Kanunu'nun 132-40-132-53. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sursis probatoire sadece hapis cezaları için uygulanabilmektedir. Öte yandan 5 yıla kadar suçlar tekerrür halinde 10 yıla kadar suçlarda "Sursis probatoire" söz konusudur. Burada mahkemece bir denetim süresi öngörülmektedir. Ceza mahkemesi tarafından belirlenen ceza süresi on iki ay ile üç yıl arasındadır. Bu süre, mükerrer suçlular için azami beş yıla, birden fazla suçlu için ise yedi yıla çıkarılmıştır. Cezanın kısmen ertelenmesi durumunda, suçlu cezaevindeyken denetimli serbestlik süresi askıya

⁶ Xavier Pin, Droit pénal général, (10eme Edition, Dalloz, 2019), 464

⁷ Patrick Kolb-Laurence Leturmy; Cours de Droit Pénal Général, (5e edition, Amphi LMD, 2019), 351

⁸ Kolb- Leturmy, 353

alınır.⁹Fransız Ceza Kanunu m.132-44 denetimli serbestlik süresince kişinin uyması gereken yükümlülükleri de listelemiştir.

C. ALMANYA

Almanya da Alman Ceza Kanunu (Stgb) m.59 da “Verwarnung mit Strafvorbehalt” olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu düzenlenmiştir. Ancak bu kurum yetişkinlerde yüz seksen güne kadar adli para cezaları için geçerli olmakla, hapis cezaları açısından bir geçerliliği bulunmamaktadır.¹⁰ Üst sınır, fiili hukuk açısından birden fazla suçun işlenmesi halinde uygulanan toplam para cezası için de geçerlidir.¹¹ Öte yandan 14-18 yaş arasındaki çocuklar ile (JGG. m.105) gereği 18-21 yaşında olmalarına karşın çocuk olarak gelişimini tam tamamlayamadığı hekim raporuyla sabit olması ve kendini ispat amaçlı kavga, kendini kanıtlama amaçlı hırsızlık, hakaret gibi belli çocuk suçlarını işleyen kişiler Çocuk Mahkemeleri Kanunu (Jungengesetzgericht-JGG)’e tabidir. Bu kanunun 27.maddesinde de bir başka HAGB hali öngörülmüştür. Buna göre hâkim eğer çocuğun bir tehlikelilik zararlılık halini tespit edemiyorsa HAGB kararı verebilir. 28.maddeye göre bu durumda denetimli serbestlik süresi iki yılı geçemez ve bir yıldan az olamaz, denetimli serbestlik süresi, çocuğun suçluluğunun tespit edildiği kararın kesinleşmesiyle başlar. Bu süre daha sonra bir yıla kadar kısaltılabilir veya bitiminden önce iki yıla kadar uzatılabilir.¹²

D. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Neticede incelediğimiz bu çeşitli ülkelerdeki duruma bakarsak, Hagb’nin karşılaştırmalı hukuktaki durumuna baktığımızda İngiltere ve Fransa’da son 10 yıl içinde ülkemizde olduğu gibi önemli değişiklikler yapılmıştır. Kurumda bu ülkeler sürekli bir yenilenme söz konusu olmuştur. Buna karşın Almanya gibi ülkelerde ise bu 10 yıl içinde fazlaca önemli bir değişiklik söz konusu olmamış ve HAGB kurumu neredeyse yıllardır aynı hükümlerle süre gelmektedir.

⁹ Kolb- Leturmy, 355

¹⁰https://www.bmj.de/DE/themen/rehabilitierung_resozialisierung/Jugendstrafrecht/jugendstrafrecht_node.html

¹¹ Jutta Hubrach; Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band 3, §§ 56-79b () || § 59 Voraussetzungen der Verwarnung mit Strafvorbehalt (2016), 178

¹² <https://www.gesetze-im-internet.de/jgg/BJNR007510953.html#BJNR007510953BJNG000900319>

II. TÜRKİYE'DE KURUMUN EVRİMİ

A. 2005 YILI ÖNCESİNDEKİ DURUM

Ülkemizde hapis cezasının ertelenmesi kurumu uzun yıllardır bulunsa da, 2005 yılına kadar HAGB kurumu bulunmamaktadır. Bununla birlikte eski 765 sayılı TCK'da ırza geçme, kız kaçırmaya ve evlenmek vaadiyle kızlık bozma suçları için asıl mağdur ile evlenmesi halinde cezanın ertelenmesi kurumunu buna benzetenler de çıkmaktadır.¹³

B. 2005 YILI SONRASINDAKİ DURUM

HAGB kurumu 2005 yılında suça sürüklenen çocukları kapsayacak şekilde yürürlüğe girmiştir. 2006 yılında çıkarılan 5560 sayılı Kanunun 23.madde suça sürüklenen çocukların dışında yetişkinler için 1 yıla kadar hapis ve adli para cezası gerektiren suçları içine alacak şekilde HAGB'nin kapsamını genişletmiştir. Ancak şikâyete tabii olma şartı getirilmiştir; diğer taraftan aynı kanunun 40.maddesi ile Çocuk Koruma Kanunu'nun 23.maddesi değiştirilerek suça sürüklenen çocuklarda HAGB kapsamı daraltılmıştır.¹⁴

C. 2008 VE 2010 YILI DEĞİŞİKLİKLERİ

Bunun hemen ardından 2008 yılında 5728 sayılı kanunun 562.maddesi ile HAGB için 1 yıl olarak öngörülen sınır 2 yıla çıkarılmıştır. Bununla birlikte eklenen madde ile Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili HAGB uygulanmayacağı da hüküm altına alınarak genişletme yanında daraltma yapılmıştır. 2010 yılında 6008 sayılı kanunun 7.maddesindeki değişiklik ile ise HAGB kararının sanık tarafından kabulü zorunlu kılınmıştır ancak mağdurun rızasının da alınmasının gerektiği yönünde o dönemde de çeşitli görüşler ileri sürülmüştür, bu yapılan değişiklik eleştirilmiştir.¹⁵

¹³ Seyithan Güneş, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması (Doktora Tezi), (Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,2017),18

¹⁴ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/12/20061219-1.htm>

¹⁵ Devrim Güngör- Güneş Okuyucu-Ergün; Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2016, 65 (4),1958,1961;Centel-Zafer, 888,dipnot.220

HAGB’de CMK m.231 gereğince karar verildiğinde yalnızca üst mahkemeye itiraz yolu mevcuttu ve itirazlar ancak şekli olarak incelenebilmekteydi. Bu durum pek çok soruna neden olmaktadır. Özellikle başında HAGB kararı verilmesine rızası alınan sanık ile ilgili sonrasında gerekli araştırma yapılmadan işin kolayına kaçılarak beraat yönünde kovuşturma yapılmadan HAGB’ye başvurulması ve itiraz merciiinin de incelemesinin sadece şekli yönle sınırlı kalması eleştiriler arasındadır. Netice olarak önüne gelen 2013 yılındaki bir dosyada Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22/01/2013 tarih ve 2012/10-534 E. - 2013/15 K. sayılı kararı ile itiraz mercii incelemesini yaparken, sadece şekli inceleme yapmamalı, incelenen kararın hem maddi hem de hukuki yönünü ele alması ve her yönden hukuka uygunluğunu denetlemesi yönünde bir karar almıştır.¹⁶

D. 2014 YILI SONRASI 6545 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİĞİNİN GETİRDİKLERİ

Öte yandan 2014 yılında 6545 sayılı kanunun 72. Maddesi ile “Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilememesine” dair hüküm yasaya eklenmiştir. Bununla birlikte HAGB’ye sadece itiraz yolunun açık olması ve başkaca bir yolun açık olmaması tartışmalara konu olmuştur. Netice olarak Anayasa Mahkemesi kendisine gelen yazılı başvuru neticesinde verdiği 2021/121 Esas., 2022/88 K. sayılı kararı ile, HAGB’ye karşı itiraz yolunu düzenleyen 231/12. maddesini itiraz yolunun yeterli yasal güvenceyi sağlamadığından bahisle iptal etmiştir.¹⁷Bu arada Anayasa Mahkemesi, 05.07.2022 tarihli Atilla Yazar ve diğerleri kararında HAGB kurumunun Adil Yargılanma ve buna bağlı gerekçeli karar hakkı, silahların eşitliği gibi pek çok ilkeye aykırı nitelikte düzenlenmeler içerdiğini tespit ederek bu başvuran kişiler yönünden hak ihlali kararı vermiştir.¹⁸

¹⁶ Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Caner Gürühan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi,2014, (111), TBB Dergisi, 133,161

¹⁷ Karar için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2022/88>

¹⁸ Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/1635>

E. 2022 YILINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARI SONRASI 8.YARGI PAKETİNE KADAR Kİ GELİŞMELER

05.04.2023 tarihli 7445 sayılı Kanunun 21.maddesi kapsamında itiraz yolu tekrar yürürlüğe konulup esasa ilişkin olarak da itiraz mercii mahkemenin inceleyerek hükmü kaldırıp gereğinin yapılması için dosyayı mahkemesine gönderebileceği öngörülmüştür. Ancak bu defa Anayasa Mahkemesi bir başka mahkemenin anayasaya aykırılık başvurusu neticesinde 2022/120E, 2023/107K sayılı ilamı ile 01.06.2023 tarihinde sanıktan henüz hüküm kurulmadan HAGB kararı verilmesini isteyip istemediğine yönelik iradesini ortaya koymasını istemenin kendisini güvenceye almak isteyen sanığın henüz deliller ortaya konulup tartışılmadan bir tür ihtimal hesabına girişmesine ve bilinmezlik içinde iradesini açıklamasına neden olabileceği, bu durumun da sanıkların temel hak ve özgürlükleriyle ilgili konularda henüz duruşmanın başında haksız bir baskı oluşturabileceğine dair Atilla Yazar ve diğerleri kararındaki tespitlere atıf yaparak ilaveten HAGB'nin yargılamanın hangi aşamasına infaz edileceği yine HAGB sırasında verilen müsadere kararına karşı yargı yoluna başvuru imkanının ortadan kaldırılması da gerekçe gösterilerek, HAGB kararının kamu görevlilerinin işkence gibi suçlar açısından daha etkin bir biçimde cezalandırılması ve cezasızlık olgusunun önüne geçilmesi için etkin ve yeterli ceza verilmesini engellediği için cezaların caydırıcılıktan uzak olmasına neden olduğuna yönelik görüş beyan edilmiş¹⁹ neticede CMK 231.maddenin HAGB ile ilgili tüm hükümlerinin iptaline karar vermiştir.²⁰ Sonuçta HAGB imkanının artık Ceza Muhakemesi açısından olmayıp bu yola son verileceği yönünde görüşler beyan edilse de²¹ iş bu iptal kararı neticesinde 8. Yargı paketi olan 7499 sayılı Kanun ile HAGB yönünden yeni düzenlemeler yapılarak bu kurumun devamı yönünde yasa koyucu iradesini ortaya koymuştur.

III. SEKİZİNCİ YARGI PAKETİNİN HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KURUMU AÇISINDAN GETİRDİKLERİ

Özellikle Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararı sonrasında 231.madde de yapılan en önemli değişiklik 12.fıkra da belirtilen HAGB kararlarına istinaf ve ilk derece mahkemesi

¹⁹ Murat Volkan Dülger, Anayasa Mahkemesinin HAGB'nin İptali Kararına Karşı Değerlendirmeler, HAGB Dönemi Kapandı mı?, (Hukukihaber.net, 02.08.2023) <https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-hagbnin-iptali-kararina-iliskin-degerlendirmeler-hagb-donemi-kapandi-mi>

²⁰ İşbu karar için bkz. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/107>

²¹ Dülger, Anayasa Mahkemesinin HAGB'nin İptali Kararına Karşı Değerlendirmeler, HAGB Dönemi Kapandı mı?

sıfatıyla Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay tarafından karar verilmesi halinde temyiz yolunun açılmasıdır. Öte yandan kanun yolları açılan HAGB kararı verilmesinde sanığın rızası artık şart olmaktan çıkarılmıştır.

Bununla birlikte HAGB kararları neticesinde öngörülen denetimli serbestlik hükümlerinin ihlali halinde hükmün açıklaması söz konusu olacaktır. Bu durumda değiştirilen 11. fıkra hükmüne göre mahkeme hükmü açıklarken yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı hâlinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabileceği düzenleme altına alınmıştır. Öte yandan açıklanan veya yeni kurulan hükme karşı sadece itiraz yolu öngörülmüş ve sınırlı olarak üst mercii tarafından denetim yapılacağı esasa ilişkin denetim yapılmayacağı öngörülmüştür.

Öte yandan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, müsadereye ilişkin hükümler hariç, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder şeklinde 5.fıkrada düzenlemeye gidilmekle bu şekilde HAGB açısından karar alınırken müsadere kararı verilebilmesinin kanuni dayanağı oluşturulmuştur. Gerçekten bu yönde tartışmalar uzun bir süre devam etmiştir. Zira Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2009/7-96 E., 2009/188 K sayılı ilamında müsadere için suç teşkil eden eşyaların müsaderesine karar vermiştir. Bu durumda görüşlerden biri HAGB'de suç teşkil etmeyen bir fiil olmayacağı için müsaderenin uygulanamayacağı yönündedir. Buna karşın Yargıtay'ın aksi yönde suçun işlenmesine yönelik aracın müsaderesine dair kararları bulunmaktaydı.²² Bununla birlikte genel görüş TCK m.54/1 gereği kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması halinde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın müsaderesi gerektiği bu hal dışında eşya ve kazanç müsaderesi açısından ise HAGB kararı sonrası müsadere yapılamayacağı yönündeydi²³ Şu anda ise HAGB kararına rağmen hem kazanç hem de eşya müsaderesinin önu bu düzenleme ile açılmıştır.

Bununla birlikte yaşam hakkının ihlali bakımından etkili soruşturma yükümlülüğünün göz ardı edilmemesi, yaşam hakkı ihlali ve kamu görevlilerinin fiili söz konusuysa, zihinlerde

²² Bkz. Yargıtay 7. CD, E. 2015/27495, K. 2016/7849, T. 2.6.2016

²³ Devrim Güngör.- Haluk Toroslu.; Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, no. 4 (Aralık 2016): 1978-80. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001851; M. Emre Tülay "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeligi Ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme". Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, sy. 4 (Ekim 2021): 506, 525 <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1018786>.

soru işareti kalmayacak biçimde etkili soruşturma yapması AYM kararlarında ifade edilmiştir. Bu yönden kamu görevlilerinin işkence vs. işlediği suçlardan ötürü HAGB'nin uygulanmaması gerekir.²⁴ Her ne kadar işkence suçunda TCK m.94 üç yıldan az hapis cezası öngörmese de bu düşükte olsa böyle bir durumun meydana gelebileceği anlamına gelmemektedir. Ayrıca memurlar açısından zor kullanmada sınırın kasten aşılması gibi (TCK m.256) suçlar açısından HAGB kararı verilmesinin hakkaniyete uygunluğu tartışılabilir.²⁵ Ancak bu yönde 8. Yargı paketinde bir değişiklikten yine kaçınılmıştır. Bu yönden bu durum yine eleştiri konusudur.

SONUÇ

HAGB Dünyada Fransa, İngiltere gibi ülkelerde yetişkinler açısından hapis cezası gerektiren suçlar açısından uygulanabilirken; Almanya'da ise çocuklar açısından ve yetişkinler için belli adli para cezaları sınırlı uygulama söz konusudur. Türkiye gibi özellikle Fransa ve İngiltere'de bu kurum açısından çeşitli değişiklikler söz konusu olmuştur.

HAGB'de, Anayasa Mahkemesinin ihlal ve iptal kararları doğrultusunda itiraz yolu yerine hükümlerle birlikte istinaf ve temyiz imkanı getirilmiş ve müsadere açısından ise HAGB kararı verilse bile müsaderenin uygulanacağı belirtilmiştir. Elbetteki bu durumda müsadere kararlarına karşı kanun yolları açıktır.

Öte yandan alınan HAGB kararı sonrası denetim süresi içerisinde karara uyulmaması halinde HAGB kararı yerine yeni bir mahkûmiyet hükmü kurulacaktır. Bu kurulan mahkûmiyet hükmüne karşı yalnızca itiraz usulü öngörülmüştür. Ancak bu itiraz sonrası olağanüstü kanun yollarına başvuru hakkını elbette ki engellemeyecektir.

Diğer taraftan yasada onca yapılan değişikliğe karşın halen AYM'nin yaşam hakkına dayalı olarak kamu görevlilerinin işlediği işkence suçu gibi suçlar açısından düşük ihtimalde olsa HAGB yolunun açık durumda olmasının kabul edilebilecek bir yanı bulunmamaktadır.

²⁴ Serap Keskin Kızıroğlu- Barış Işık- Merve Duysak- Merve Selin Şohoğlu; 7499 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunu Kapsayan Değişiklikler, 15.03.2024 <https://blog.lexpera.com.tr/7499-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-ile-ceza-hukuku-ve-ceza-muhakemesi-hukukunu-kapsayan-degisiklikler/#fn12> (Erişim tarihi:23.05.2024)

²⁵ Can Canpolat; Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2023, 11 (2), 1271,1293

KAYNAKÇA

Canpolat C., Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı Çerçevesinde Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Müessesesine İlişkin Bir İnceleme, 2023, 11 (2), Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1271,1293

Centel N. - Zafer H., Ceza Muhakemesi Hukuku, (12.bası,Beta Yayınları,2022)

Dülger, V.M.; Anayasa Mahkemesinin HAGB'nin İptali Kararına Karşı Değerlendirmeler, HAGB Dönemi Kapandı mı?, (Hukukihaber.net, 02.08.2023) <https://www.hukukihaber.net/anayasa-mahkemesinin-hagbnin-iptali-kararina-iliskindegerlendirmeler-hagb-donemi-kapandi-mi>

Güneş S., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (Doktora Tezi), (Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,2017)

Güngör, D. - Okuyucu-Ergün, G; Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 2016, 65 (4),1951,1965

Güngör, D. Haluk T.; “Müsadere Ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi Üzerine Kısa Bir Değerlendirme”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 65, no. 4 (Aralık 2016): 1967, 80. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001851.

Gürühan C., Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, (2014), (111),TBB Dergisi, 133,161

Hubrach J., Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Band 3, §§ 56-79b () || § 59 Voraussetzungen der Verwarnung mit Strafvorbehalt, (2008), 178

Kızıroğlu S K. - Işık B. - Duysak M. - Selin Şohoğlu M., 7499 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunu Kapsayan Değişiklikler, 15.03.2024 <https://blog.lexpera.com.tr/7499-sayili-ceza-muhakemesi-kanunu-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-ile-ceza-hukuku-ve-ceza-muhakemesi-hukukunu-kapsayan-degisiklikler/#fn12>

Kolb P. - Leturmy L., Cours de Droit Pénal Général, (5e edition, Amphi LMD, 2019)

Öztürk B., Nazari ve Tatbiki Ceza Muhakemesi Hukuku (17.bası, Beta Yayınları,2023)

Tülay, M. Emre. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”. (Ekim 2021): Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Huk.Fak. Der 25 (4) 477, 525 <https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.1018786>

Xavier Pin, Droit pénal général, (10eme Edition, Dalloz, 2019)

Yenisey-Plagemann, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (Stgb), (2.bası,Mayıs 2015), 62, 63

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2023/107>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/1635>

<https://www.legislation.gov.uk>

<https://www.iprt.ie/sentencing/explainer-deferred-sentence/>

<https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2006/act/26/section/100/revised/en>



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

HUKUKTA İYİNİN VE KÖTÜNÜN KAYNAĞI NEDİR?

*Berat KUMSEL **

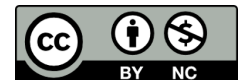
ÖZ

Tabiat belirli bir düzen içerisinde işlemektedir ve insan bu düzene tabi bir şekilde yaşamaktadır. İnsan bu tabii yaşam içerisinde eylemleri ile var olmaktadır. İnsanın eylemliliğindeki veyahut eylemsizliğindeki belirleyici iradesinin kaynağını tespit etmek gerekmektedir. Bu iradeyi oluşturan ve yapma veya yapmama iradesini şekillendiren kaynaklardan birisi hukuktur. Hukuk kavramından kastımız akla ilk geldiği şekilde yasalar manzumesi değildir. Hukuk, geçmişte olduğu gibi günümüzde de insanın bir şekilde iradesini belirleyen veya yöneltten bazen vahiy ile bazen akılla belirlenen, kimi zaman zihinde kimi zaman metinde kimi zamanda hayatın tam içerisinde vücut bulan kurallardır.

Hukuk kurallarının oluşumunda doğruyu ve yanlış neyin belirlediği ve hukuk nizamı içerisinde iyinin ve kötünün kaynağının neler olduğunun tespiti çalışmamızın ana gayesini oluşturmaktadır. Bu çalışmada din ve hukuk kavramlarının, ana gayemize yönelik, tanımlarını verip din ve hukuk ilişkisi bağlamında hukukta iyinin ve kötünün kaynağını tespite çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: İyi ve Kötü, Hukukun Kökeni, Tabii Hukuk, İlahi İrade, Teonomi

* Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, berat.kumsel@student.asbu.edu.tr, ORCID 0009-0002-8245-7292.



WHAT IS THE SOURCE OF GOOD AND EVIL IN LAW?

*Berat KUMSEL***

ABSTRACT

Nature operates in a specific order, and humans live in accordance with this order. Within this natural life, humans exist through their actions. It is necessary to identify the source of the determining will in human action or inaction. One of the sources that forms and shapes this will, the will to act or not to act, is law. By law, we do not mean merely a set of statutes as first comes to mind. Law, both in the past and today, is a set of rules that in some way determine or guide human will—sometimes dictated by revelation, sometimes by reason, sometimes manifest in the mind, sometimes in text, and sometimes right within life itself.

The primary aim of our study is to determine what defines right and wrong in the formation of legal rules and what the sources of good and evil are within the legal order. In this study, we will define the concepts of religion and law in relation to our main goal and attempt to identify the sources of good and evil in law within the context of the relationship between religion and law.

Keywords: Good and Evil, Origin of Law, Natural Law, Divine Will, Theonom

* Department of Public Law Graduate Student, Social Sciences University of Ankara, Institute of Social Sciences, berat.kumsel@student.asbu.edu.tr, ORCID 0009-0002-8245-7292.

Extended Summary

Living collectively has brought about the need for daily life to be regulated by certain rules. Every community maintains its existence within the framework of specific written or oral rules. The rules that guide individuals towards performing or refraining from an action, and that prescribe commands and prohibitions, are based on certain principles. The main issue we are interested in is determining what makes an action legal or illegal within the realm of law. We believe that at the core of this collection of rules, and partially within universal values, lie spiritual values.

For law, ethics, and for ethics, religion holds an indispensable importance. Therefore, spirituality and religion play a significant role in the formation of societal norms and especially legal rules. Therefore, as previously mentioned in our work, we aim to substantiate the claim that 'religion is the source of good and evil in law' to the best of our ability.

When defining the concept of law, it is necessary to delve as much as possible into its foundation. There are differences in the definition between those who argue that law is the product of a conscious will and those who argue that it emerges involuntarily. Some argue that law is produced by a specific will. According to this view, law is a product of consciousness. However, there are disagreements about what or who this conscious will is. Accordingly, law is described by some authors as a commandment of God, by others as the commandment of the sovereign or sovereigns, and by others as collectively produced by society based on a social contract.

The oldest among these three views is the belief that law is a commandment of God. According to this view, law is created by God, it is divine. The continuity of law's existence, like its presence, is also dependent on the will of God. According to this theory, the foundation of law carries a sacred quality and is not open to any debate.

Another view is that law is the commandment of the sovereign or sovereigns. Here, the authority to make law rests with the sovereign, and it is a human will, not a divine one. Law is considered something "established" by human will.

Finally, the definition of law based on the social contract is that "law is the consensus of the wills of individuals who must live within the same society." According to this view, law is the product of this general will that emerges from the agreement of individuals living in the same society.

The view that carries law as beyond will argues that law does not arise from a conscious will. According to these definitions, law simply exists, much like the discovery of gravity, where existing phenomena need to be recognized, explained, and solidified. In this context, among the views that consider law as beyond will, the definition of natural law stands out. Natural law is the law possessing universal qualities that exist in nature, society, or within human beings.

The definition of natural law varies in each era. Defining natural law in the ancient era is not difficult because, as the name suggests, law is inherent in nature itself. However, in the Middle Ages, natural law scholars argued that law was shaped by a divine nature. Accordingly, law was considered as part of divine order, and efforts were made to base law on religion accordingly.

In the modern era, the concept of natural law evolved towards the idea that law is a product of human reason. The natural law scholars of this period secularized natural law and changed its content. The divine and religious attributes of natural law were abandoned, and instead, the concept of "human reason" was introduced. The concept of human reason focused not on individual human minds but rather on the "nature of reason" as a whole. This view of natural law in the modern era is referred to as "rationalist natural law."

In our study, the definitions of religion we will provide will mostly correspond to definitions found in the sociology of religion. This is because we believe that the most important point where law and religion intersect is in the social structure. Definitions of religion typically address the sacred, divine, and supernatural aspects of religion. These definitions are intrinsic definitions of religion and reduce religion only to spiritual powers, God, and the sacred, excluding the social and cultural aspects of religion. Therefore, they are very narrow definitions. Religion is defined by those who base their definitions on functional aspects, considering its psychological and social effects on society and individuals.

Law is an entity built upon religious foundations. The alignment of concepts such as good and bad, legal and illegal, orders and prohibitions serves as proof of this. When religion is ignored, only the rigid rules of law remain, which do not lead to justice. On the contrary, injustice and oppression can be perpetrated through the law, which is the real problem. This approach puts distance between the individual and God, disregarding legal issues that could easily be resolved through more rational thinking.

It is impossible to conceive of a law that is isolated from ethics and, consequently, from religion. Both religion and law have similar objectives in regulating social life and human behavior, as reflected in their definitions. Therefore, it is undeniable that the concept of good and evil in law originates from religion, and the regulatory and guiding influence of religions on society plays a significant role in the formation of law.

GİRİŞ

İnsan, sosyal bir şekilde yaşamak mecburiyetindedir. Bu mecburiyet kimi zaman beslenme, barınma ve güvenlik gibi temel ihtiyaçlardan kaynaklanırken kimi zaman da üreme, sosyal ilişki kurma ve kendini gerçekleştirme arzusu gibi ikincil ihtiyaçlardan mütevellittir. Toplum içerisinde yaşamak ve o toplumun gereklerini yerine getirmek insana birtakım haklar ve sorumluluklar yüklemiştir.¹ Bahsettiğimiz toplum; en ilkel zamanlarda aile kurumu olarak karşımıza çıkarken zamanın akıp geçmesi ve insanın medeniyet çizgisinde yol almasıyla günümüzde devlet ve hatta devletler üstü kurumlar olarak ortaya çıkmıştır.

Toplu bir şekilde yaşama, beraberinde günlük hayatın belirli kurallarla düzenlenmesi ihtiyacını da getirmiştir.² Öyle ki; her topluluk sözlü veya sözsüz, kodifiye edilmiş olsun veya olmasın belirli kurallar çerçevesinde varlık sürdürmektedir. Bir kuralın yazılı olması modern hukuk algımıza göre gayet olağandır. Yine modern hukukta yazısız kurallarda -örf, anane, ahlak, din vb.- kimi zaman hukuk sistemlerince kabul edilmektedir.³ Bunlara ek olarak bir de sözsüz kurallar vardır. Bu kurallar asla dile getirilmeyen, dile getirilmeye ihtiyaç duyulmayan, sorgulanmayan, herkesçe istisnasız uyulan ve hatta uyulmamasının zihinlerde karşılığının olmadığı kurallardır. Bu kuralların o toplumun insanları tarafından tespiti mümkün değildir. Yalnızca dışarıdan bir göz bu kuralları fark edebilir. Bazen bu kuralların, toplum içerisinde yaşayan kimselerce fark edilmediği durumlar dahi olmaktadır. Kural kendiliğinden ortaya çıkar

¹ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012) 91

² Saffet Köse, 'Hukuk mu Ahlâk mı? İslâm Nokta-i Nazarından Din-Ahlâk-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme' [2011] *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 15, 17

³ Türk hukuk sisteminde örf ve adet de bir hukuk kuralı teşkil etmektedir. Bu durum 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde "*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*" şeklinde açıkça hükme bağlanmıştır. Süleyman Yılmaz ve Abdulkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku)*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 55

ve herkesçe ortak bir zihinsel kabulde uygulamaya konulur. Yalnız o topluluğa dışarıdan dahil olan bir kimse bunu fark edebilir.

İnsanı bir eylemi gerçekleştirmeye veya gerçekleştirmemeye yönlendiren, emir ve yasaklar salık veren kurallar belirli temellere dayanmaktadır. Bu noktadan hareketle hukuk felsefesinde hukukun temeli ile ilgili çeşitli teoriler bulunmaktadır. Bizim ilgilendiğimiz ana mesele ise bir eylemi hukuk içerisinde legal veya illegal yapan şeyin ne olduğudur. İleride daha detaylı bir şekilde farklı görüş ve yaklaşımları inceleyeceğimiz üzere hukuk dediğimiz bütün bu kurallar manzumesinin ve kısmen evrensel olan değerlerin temelinde manevi değerler olduğu kanaatindeyiz. Buna insan öldürme suçunu örnek verebiliriz.⁴ Her kim ki bir insanı öldürürse hukuk düzeni içerisinde cezalandırılır; meğerki bu insan öldürme fiili aynı hukuk düzeni içerisindeki bir başka norm tarafından istisna tutulsun. Buna göre insan öldürmek kural olarak cezalandırılması gereken bir eylemdir. Ancak cezasızlık hâli de hukuk düzenleri içerisinde öngörülmüştür. Bir kimseyi haksız yere öldürmek her dinde katile vebal iken, bir celladın ölüm cezasını infaz etmesi onun sorumluluğudur. Nitekim cellat sırf infaz işlemini yerine getirdiği için katil sıfatını almaz.

Hukuk için ahlak, ahlak için de din vazgeçilmez bir öneme sahiptir. İnsan, hukuk aracılığıyla bir düzen kurarken kendine kaynak aldığı değerlerden yola çıkmaktadır. Bu değerlerin temelinde ise adalet duygusu yatmaktadır.⁵ Adalet, insanı haklı olana yönelten ve hakkı yerine getirmeye teşvik eden ahlaki bir değerdir.⁶ Hukukun buyurgan yapısının zihinlerde ve toplumda işlerlik kazanması için yalnızca daha önce örnek verdiğimiz şekilde “olan” bir müeyyide yeterli olmayacaktır. Hukuku uygulamakta insanı teşvik edecek manevi bir kuvvet gerekmektedir. Hukuka uyan bir kişi, bir zorunluluğa veya zorlamaya boyun eğmiş olmaz; aksine, bu ödevi iç doğruluğu ve geçerliliğinden dolayı benimseyerek, aslında kendine uymuş olur.⁷

Ahlaka dayanmayan bir hukukun varlığı tasavvur edilemez; ahlâk, toplumsal düzenin temelini ve dayanağını oluşturur. Ahlaki değerler ve onlara olan inanç olmadan ne bireysel yaşam ne de onun bir uzantısı olan toplumsal yaşam insani bir kimliğe bürünebilir; bu durumda

⁴ Köse (n 4) 20

⁵ Biz her ne kadar adalete uygunluğu bir hukuk kuralının sıfat olarak iyi addedilmesine sebep sayıyorsak da hukuki pozitivizm görüşü bunun tam tersini savunmaktadır. Bu görüşe göre bir hukuk kuralının var olması ile onun iyi veya kötü olarak sıfatlandırılması başka şeylerdir. Hukuki pozitivizm görüşüne göre adil olmayan hukuk kuralları da geçerlidir ve hukukun bir parçasıdır.

⁶ Aral (n 3) 93

⁷ ibid 92

yaşam, sadece amaçsız ve idealsiz bir hayvansal varoluş olarak kalır.⁸ Bu nedenle toplumsal normların ve hukuk kurallarının oluşumunda ahlak ve maneviyat önemli bir rol üstlenmektedir.⁹

Bizim burada kastettiğimiz yalnızca ilahi dinler değildir. Söz konusu dinin ilahi olup olmaması, sistemli veya sistemsiz olması ve hatta kaç kişi tarafından takip edildiği önemli değildir. Bu dinin mensuplarının inandıkları öğretiyi bir din olarak tanımlayıp tanımlamaması da bizi ilgilendirmektedir. Dinin özsel, işlevsel, kişisel veya sosyal tanımlarından herhangi birisine dahil olan her inanış ve yaşam şekli, hukukta iyinin ve kötünün kaynağının tespit edilmesi açısından bizim için büyük bir öneme sahiptir.

Çalışmamızda daha önce belirtildiği üzere “*hukukta iyinin ve kötünün kaynağı olarak; din*” savını elimizden geldiğince inceleme niyetindeyiz. Bunun için önce ilgili kavramların halihazırda yapılmış olan tanımlarını derleyeceğiz. Ardından bu tanımlar ışığında din ve hukuk kavramlarının kesiştiği ve çatıştığı noktalardan yola çıkarak hukukun temelinde var olduğunu düşündüğümüz yaratılıştan gelen manevi değerleri ortaya koymaya çalışacağız. Arzumuz odur ki pozitif hukuk – tabii hukuk tartışmalarında din olgusunun varlık sahasını genişletmekte ufak da olsa bir katkı sağlayabilelim.

I. TANIMLAR

Çalışmamızın ana konusunu oluşturan din ve hukuk kavramlarının tanımlanması meselesi bu kavramların ortaya çıkışından itibaren esaslı bir sorun teşkil etmektedir. Bu kavramların net bir şekilde tanımlanamaması ve yapılmaya çalışılan her tanımın diğer tanımlardan bambaşka mahiyette olması çalışmanın üretim sürecinde bizi azami ölçüde zorlamıştır. Tanımlama faaliyetinin zorluğuyla birlikte bambaşka kaynaklarda ve apayrı disiplinlerdeki tanımların dağınıklığı da işimizi kolaylaştırmamıştır. Tüm bu zorluklara rağmen çalışmamıza faydalı olacağını düşündüğümüz yeterli sayıda tanımları verip savımıza destek verecek tanımlardan yana ağırlığımızı koyacağız. İki kavramın tanımını yaparken aralarındaki öncelik ve sonralık ilişkisine dikkat çekmek isteriz.

⁸ ibid 93–94

⁹ Ahmet Ünsal, ‘Hukukun Temeli ile İlgili Yaklaşımlar’ (2010) 9 Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 5, 6

A. HUKUKU TANIMLAMAK

Bir kavramı tanımlarken ve ona mana verirken dilbilimciler “lügatte ve ıstılahta” olmak üzere iki şekilde anlam verirler. Bir kavramın sözcük anlamını lügatten öğrenirken, kavramı kullananların o kavramdan ne anladıklarını ve ne anlattıklarını ıstilah manasından öğreniriz. Lügate göre; hukuk kavramı Arapça kökenli bir kelime olup “hak” kelimesinin çoğuludur, “haklar” anlamına gelmektedir. İstilahta ise hukuk kavramı; gerçek, doğruluk, sıhhat, mülkiyet, hak, münasip durum, aslına uygun, makul, doğru ve sahih manalarına gelen ve gerçek olmak, doğru olmak, hatalı, yanlış olmamak, zorunlu ve kaçınılmaz olmak manasına gelmektedir.¹⁰

Hukuk kavramının tanımını yaparken bu kavramın temeline olabildiğince değinmek gerekmektedir. Hukukun bilinçli bir iradenin ürünü olduğunu savunanlar ile irade dışı ortaya çıktığını savunanlar arasında tanımlama noktasında farklılıklar bulunmaktadır.¹¹ Bu nedenle ele alacağımız tanımları da bu temellendirmeye ilişkin başlıklar altında tasnif etmek uygun olacaktır.

1. Hukuku Bilinçli İrade Sayan Tanımlar

Hukukun belirli bir irade tarafından üretildiğini savunan görüşler vardır. Buna göre hukuk, bilincin bir ürünüdür. Ancak bu bilinçli iradenin ne veya kim olduğu noktasında ihtilaflar vardır. Buna göre hukuk; kimi yazara göre Tanrı buyruğu iken, kimi yazara göre egemenin veya egemenlerin buyruğudur, kimine göre de toplumun sosyal sözleşmeye dayanarak kolektif bir şekilde ürettiğidir.¹²

Sayılan bu üç görüş arasından en eskisi hukukun Tanrı buyruğu olduğuna ilişkin görüştür.¹³ Buna göre hukuk Tanrı tarafından yaratılmıştır, mahluktur.¹⁴ Hukukun varlığı gibi süregelenliği de yine Tanrı'nın iradesine bağlıdır. Bu görüşe göre Tanrı asli kanun koyucudur ve biriciktir. Bu teoriye göre hukukun temeli kutsal bir nitelik taşır ve herhangi bir tartışmaya kapalıdır. Devlet otoritesini ilahi iradeye dayandırır ve bu nedenle kendisi de kutsal bir karaktere sahip olur.¹⁵ İnsanın veya bir başka iradenin hukuk yapması, devlet dolayısıyla,

¹⁰ Aydın Kudat, 'Hak ve Hukuk Kavramları Üzerinde Bir Değerlendirme' (2014) 4 Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi 87, 97

¹¹ Ünsal (n 11) 6

¹² Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (9. Baskı, Ekin Yayınevi 2012) 206 vd.

¹³ Ünsal (n 11) 8

¹⁴ Şevki Özbilen, *Hukukun Temel Kavramları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013) 49

¹⁵ Ünsal (n 11) 6

Tanrı'nın otoritesine bir başkaldırı iddiası içermektedir ve müeyyideye tabii tutulmalıdır. Nitekim bu görüşe göre, Tanrı tarafından istenen şey adildir ve haklıdır.

Gözler, Tanrısal iradenin metafizik unsurlar içerdiğinden dolayı buna dayalı bir tanımın yapılmasını doğru bulmadığını bunun yalnızca tarihi bir argüman olarak ele alınması gerektiğini savunmaktadır.¹⁶

Bir diğer görüş ise hukukun egemenin veya egemenlerin buyruğu olduğudur. Burada hukuku yapma yetkisi egemen eliyle beşerî iradededir, ilahi iradenin herhangi bir yetkisi yoktur. Hukuk beşerî irade tarafından “konulan” şeydir.¹⁷ Burada beşerî iradenin kim veya ne olduğu ile ilgili düşünce birliği bulunmamaktadır. Devlet mi yoksa bir kişi veya bir zümre mi egemendir? Sonuçta her ihtimalde iradeyi ortaya koyan egemenin beşerî yapısı değişmediğinden kimin veya neyin egemen olduğu çok fazla önem arz etmemektedir. Bu görüşü destekleyecek en keskin hukuk tanımını Thomas Hobbes, Leviathan'da “hakikat değil, güç kanun yapar” şeklinde yapmıştır. Burada mutlak egemenin arzusu hukuktur. Son olarak da egemeni tanımlayacak olursak, Austin egemeni “siyasi bağımsızlığa sahip bir toplumda, herkesin kendisine itaat ettiği ama kendisinin hiç kimseye itaat etmediği kişidir” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁸

Kısaca John Austin'in de hukuk tanımına değinmek gereklidir. John Austin'e göre “bir hukuk tikeli, akli bir varlığın yönlendirilmesi için, ondan daha güçlü olan akli bir varlık tarafından koyulan bir kuraldır.” Bu tanım, iki alt kategoriye içerir: ilahi hukuk ve pozitif hukuk. Bir pozitif hukuk, bir eylemi yapma veya yapmama konusunda zorlayan, siyaseten üst bir konumda bulunan bir monark veya daha fazla kişiden oluşan bir egemenin doğrudan veya dolaylı emridir.¹⁹

Son olarak toplumsal sözleşmeyi esas alan hukuk tanımı ise “hukuk, aynı toplum içerisinde yaşamak zorunda olan insanların iradelerinin birbiriyle uzlaşmasıdır”.²⁰ Buna göre hukuk ortaya çıkan bu genel iradenin ürünüdür.²¹

¹⁶ Gözler (n 14) 207

¹⁷ Özbilen (n 16) 50

¹⁸ Gözler (n 14) 208

¹⁹ Michael D Bayles, ‘Hukuk Felsefesi Neye Dairdir? Hukuk Kuramları, Tanımları, Kavramları Ya Da Kavrayışları Mı?’ (2015) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 393, 396

²⁰ Özbilen (n 16) 50

²¹ Gözler (n 14) 213

2. *Hukuku İrade Dışı Sayan Tanımlar*

Bu başlık altında yapılacak tanımlara göre hukuk bilinçli bir iradeden doğmamaktadır. Yani hukuk bir otorite tarafından önceden kurgulanmış bir şey değildir.²² Bu tanımlara göre hukuk yalnızca vardır, aynı yerçekiminin keşfedilmesi gibi, hali hazırda var olanın fark edilip açıklanması ve bir sabiteye bağlanması gereklidir. Nasıl ki yerçekimi, Newton tarafından bir elmanın düşmesiyle fark edilmiş, açıklanmış ve Newton'un ölümünden tam 71 yıl sonra Henry Cavendish tarafından "G" sabitine bağlanmış ise hukuk da aynı şekilde fark edilip, açıklanmalı ve bir sabiteye bağlanmalıdır. Bu noktada hukuku irade dışı sayan görüşler arasında tabii hukuk tanımı öne çıkmaktadır.

Tabii hukuk; tabiiatta, toplumda veya insanın içinde var olan evrensel niteliğe haiz hukuktur.²³ Bu varoluş ezeli ve ebedidir.²⁴

Fransız hukukçu Louis Le Fur hukuku insan iradesinin dışında görerek tabii hukuku ahlak ile bağdaştırmıştır. Ona göre insan hem fiziksel hem de ahlaki bir boyuta sahip bir varlık olduğundan hem fiziksel hem de ahlaki yasalara tabidir. Ancak, ahlaki yasalar sadece insanlar için geçerli olup hukuk, tüm varlıkları içerse de özellikle insanları hedef alır. Bu nedenle, hukukun temelini fiziksel değil, ahlaki alanda aramak gerekir. Le Fur'e göre hukuk asla irade bildirimine indirgenemez.²⁵ Le Fur'e göre, eğer tek bir gerçekliğin varlığı söz konusu olsaydı, bunu bir tek kişi de bulabilirdi. Çoğunlukçu görüş ise gerçekliği sadece çoğunluk bulabilir değil ve fakat çoğunluk ne derse gerçeklik odur, iddiasındadır.²⁶ Le Fur'e göre yukarıda metaforlaştırdığımız Newton - Cavendish meselesindeki gibi hukuk tek asıldan türemiştir ve çoğunluk onu benimsese de benimsemese de o tek varlığını koruyacaktır. Ayrıca çoğunluğun yapısının değişip değişmemesi de hukukun yapısını etkilemeyecektir.

Tabii hukukun tanımlanması esnasında baktığımız perspektifin içinde çağın hangi çağ olduğu önem kazanmaktadır. Tabii hukukun görünümü ilk çağda başka, orta çağda başka, yeni çağda bambaşkadır.²⁷

²² ibid 214

²³ Yusuf Karakoç, 'Hukukun Anlamı' (2008) 10 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, 11

²⁴ Özbilen (n 16) 50; Gözler (n 14) 214

²⁵ Tarık Özbilgen, 'Louis Le Fur'ün Hukuk Görüşü' (1969) 35 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 352, 355

²⁶ ibid 356

²⁷ Çağıl (n 7) 81

İlk çağda tabii hukuku tanımlamak pek güç değildir. Çünkü adı üzerinde hukuk tabiatın ta kendisidir. Tabiatın düzeni, hukuk düzeninin de kaynağıydı. İnsanın fiziki ve biyolojik yapısı hukukun işleyişinde önemli role sahipti. Aristo “*Tabii hukuk, tabiatın bütün hayvanlara öğrettiği hukuktur. Tabii hukuk sadece insan cinsine has değildir; denizde ve karada yaşayan bütün hayvanlar ve keza kuşlar için de geçerlidir*” diyerek tabii hukukun ilk çağdaki tanımını ortaya koymuştur.²⁸ Bu dönemde “büyük balık, küçük balığı yer” minvalindeki yalnızca tabiatı gözlemekle çıkarabilecek kurallar hukuku oluşturuyordu. Buna göre hukuk gücünü tabiattan alıyordu.²⁹

Orta çağa gelindiğindeyse tabii hukukçular, hukukun tanrısal bir tabiat üzerinde şekillendiğini öne sürmüşlerdir.³⁰ Buna göre hukuk ilahi düzenin bir parçası olarak addedilmiş, buna uygun olarak da hukuku din ile temellendirilmeye çalışmışlardır. Orta çağ perspektifine yönelik yapılan tabii hukuk tanımı “dini tabii hukuk” şeklinde de adlandırılmaktadır.³¹

Çalışmamız din ve hukuk kavramları ekseninde ilerlediği için “dini tabii hukuk” tanımını biraz daha açmak lüzumu duyuyoruz.

Dini tabii hukuk denince akla Aziz Augustinus ve Aquinas’lı Thomas gelmektedir.

Aziz Augustinus’a göre hukuk “Tanrı’nın ifadesi olan ebedi bir kanun” olarak tanımlanmıştır. Aziz Augustinus iki tür devletin var olduğunu belirtir: biri ilahi, diğeri ise günah ve isyan kökenli ve şeytani olan dünya devleti. Dünya devletinin meşruiyeti sadece ilahi devlete ulaşmanın bir aracı olarak kabul edilir. Hukuk, Tanrı’nın iradesinin ifadesidir ve ebedi bir kuraldır. Bu nedenle, hukuk dini içerir. Dinsizler ve dinden sapmış olanlar cezalandırılmalıdır.³² Bu tanıma göre hukuk yalnızca dinden ibarettir.

Aquinas’lı Thomas ise hukukun kaynağının beşerî akıl değil yalnızca ilahi irade olduğunu savunmaktadır. Aquinas’lı Thomas’ın hukuku “müşterek iyiye yönelen, toplumu önemseyen bir kişi tarafından çıkarılan ve ilân edilen, aklın bir buyruğu” şeklinde tanımlamaktadır.³³ Ona göre ebedi kanunlar, evreni yaratan ve yöneten kanunlardır.³⁴

²⁸ Kemal Gözler, ‘Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı’ (2008) 4 Muhafazakar Düşünce Dergisi 77, 80

²⁹ Gözler (n 14) 215

³⁰ Ünsal (n 11) 10

³¹ Gözler (n 14) 215

³² Ünsal (n 11) 10

³³ Bayles (n 21) 395

³⁴ Ünsal (n 11) 11; Gözler (n 14) 216

Yeni çağda tabii hukuk düşüncesi; hukukun, insan aklının ürünü olduğuna doğru evrilmiştir. Bu dönemin tabii hukukçuları tabii hukuku laikleştirerek içeriğini değiştirmiştir.³⁵ Tabii hukukun akla ilk gelen ilahi ve dini sıfatları terkedilmiş yerine “beşerî akıl” kavramı yerleştirilmiştir. Beşerî akıl kavramı, şahıslara bağlı bir şekilde somut insan aklını değil bilakis “akıl tabiatını” dikkate alarak öne sürülmüştür. Yeni çağdaki bu tabii hukuk görüşüne “rasyonalist tabii hukuk” denmektedir.³⁶

Rasyonalist tabii hukukun en önemli temsilcisi Hugo Grotius’dur. Grotius’a göre insanlar akli dikkate alarak yaşamaya meyillidirler.³⁷ Bu temayül hukuka kaynaklık etmektedir. Tüm beşeriyette kendini gösteren ve kabul edilen hukuk kuralları vardır. Bu kurallar aklın tabiatından mütevellittir. Buna göre iyiyi ve kötüyü ayırt edebilen insan akli hukuka kaynaklık etmektedir.

Grotius’un insan aklının doğasından kaynaklandığını söylediği tabii kurallara verdiği örnek; “*herkes kendi kusurundan kaynaklı zararı ödemelidir, herkes başkasına ait şeyi geri vermelidir, herkes hak ettiği cezayı almalıdır*” şeklindedir. Bunlar ve benzeri kurallar insan aklına uygun oldukları ve aklın doğası ile çelişmediği için geçerlidir.

Yapılan açıklamalardan sonra çalışmamızdaki savı temellendirecek, bizim de kabul ettiğimiz, hukuk tanımı Orhan Münir Çağıl’ın tabii hukuk tanımıdır. Bu tanım tam olarak şu şekildedir; “... tabii hukuk başka bir zemin üzerinde bulunmaktadır. Meselâ, dinî veyahut teolojik dünya görüşü zaviyesinden, tabii hukukun nihaî kaynağı, daha doğrusu menşei: Allah’tır. Varlığa veya kâinata filozofik zaviyeden bakacak olursak, akıl, tabii hukukun menşei ve bu suretle müspet hukukun da nâzım (regülatif) prensipi, rehberi ve ölçüsüdür. Tabii hukuk ebedîdir ve değiştirilemez; bağlayıcı bir norm olarak, tarihin seyri içinde doğmuş ve gelişmiş olan müspet hukukun fevkındadır. Müspet hukuk, bu tabii hukuka göre ayarlanmalıdır. Tabii hukuk idesinden istidlâl edilen (çıkarılan) haklar, menşeleri dolayısıyla, her türlü dünyevî maddî cebrin dışındadır ve devredilemez mahiyettedir.”³⁸

³⁵ Ünsal (n 11) 13

³⁶ Gözler (n 14) 216

³⁷ Gözler (n 30) 82

³⁸ Çağıl (n 7) 82

B. DİNİ TANIMLAMAK

Dini tanımlama faaliyeti aynı hukuku tanımlamak kadar meşakkatlidir.³⁹ Din tanımlarken dinden neyin kastedildiğinin belirlenmesi esas meseleyi oluşturmaktadır. Dini işlevsel bir şekilde tanımlamak, dinin bireye ve topluma sağladığı kabul edilen faydaları ortaya koymak ve dinin ne işe yaradığını tespit etmektir. Dine özsel bir tanım yapmak ise daha çok dinin içeriğiyle, özüyle ilgilidir ve dinin ne olduğuna yöneliktir. İşlevsel tanımlar dinin daha çok psikolojik ve sosyal tarafına eğilirken; özsel tanımlar ise kutsal, ilahi ve doğaüstü karakteri ele alır.⁴⁰

Her iki tanım türü de aslında birbirini dışlayıcıdır. Bu yüzden her iki tanım yöntemini de buluşturacak ve aralarındaki tartışmaya son vermek için çok yönlü (politetik) ve kapsayıcı bir tanımlama çabası da mevcuttur.⁴¹

Çalışmamızda vereceğimiz din tanımları çoğunlukla din sosyolojisinde karşılık bulan tanımlar olacaktır. Çünkü hukuk ve dinin kesiştiği en önemli noktanın sosyal yapıda olduğu kanaatindeyiz. Nitekim din bir kimsenin iç dünyasında kendine yer bulabilirken, hukukun böyle bir imkânı hemen hemen yoktur. Bu nedenle her iki kavramda sosyal yaşamda karşı karşıya gelir ya kesişir ya temas etmez ya da çakışır.

1. Dinin Özsel Tanımları

Dinin içeriğine yönelik kutsal olanı, ilahi olanı ve doğaüstü olanı ele alan tanımlar dinin özsel tanımlarıdır. Bu tanımlara göre din, tamamıyla özle alakalıdır. Kutsal olanı kabul edip inanan ve hatta iman eden kişiye göre din vardır; iman etmeyen kimse için ise yoktur.

Alman din bilimcisi Rudolf Otto (1869-1937) din kavramını “Din kutsalın tecrübesidir” şeklinde tanımlamaktadır.⁴² Buna göre dinin özsel tanımlarından birini kabul etmek için en başta Tanrı, kutsal veya aşkın üst bir varlığın varlığını kabul etmek gerekir. Bu bakış açısına

³⁹ Osman Doğru and Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, vol 2. Cilt (Avrupa Konseyi 2013) 123. Her iki kavramı tanımlamanın güçlüğü bu iki olgunun birbirlerini tanımlamasında da ortaya çıkmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu din kavramını tanımlamayı gerekli görmemiş sadece bu kavramı belirlemenin güçlüğüne dikkat çekmiştir.

⁴⁰ Abdurrahman Kurt, ‘Sosyolojik Din Tanımları ve Dine Teolojik Bakış Sorunu’ (2008) 17 Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 73, 73

⁴¹ ibid 75

⁴² Hilal Fil, ‘Rudolf Otto’da Din, Kutsallık ve Mistik Tecrübe’ (2017) 6 Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 349, 351

göre din tamamen insanın kendi dünyasından bir parça olup sosyal hayattan bağımsız bir olgudur.⁴³

Özsel tanımlar dini yalnızca manevi güçlere, Tanrı'ya ve kutsala indirgeyip, dinin toplumsal ve kültürel yönlerini tanımın dışında bırakırlar. Bu nedenle son derece dar tanımlardır. Dinin tam olarak tanımlanması için öncelikle kutsal olanın tecrübesi gerekmektedir ancak bu sübjektif olması nedeniyle yeterli değildir. Bu tecrübenin insanın çevresiyle girdiği etkileşime göre nesnelleşmesi ve somut dünyada karşılık bulmaması kaçınılmazdır. Zaten gerçekte insanın edindiği her tecrübe, duyumsadığı her his, insan ruhunda bir nebze dahi olsa etki bırakan her ne olursa olsun, somut dünyada da o insan eliyle bir iz bırakır. İşte bu nedenle insan ruhunun ve duygularını bu kadar derinden etkileyen din kavramının yalnızca insanın zihninde ve kalbinde hapis kalması mümkün değildir. Nasıl ki hüznün ağlatır, neşe güldürür, korku titretir ise tüm bu duyguları farklı farklı harekete geçirme kudretine sahip din kavramının somut dünyaya aksetmeyeceğini söylemek abesle iştigal olacaktır.

John Hick'in inanç tanımı da bizi destekler niteliktedir. Hick'e göre bir dini inanç, eylemsellik kazandığında sosyal hayatın bir unsuru haline gelir. Bununla beraber din, öze ilişkin yapısıyla insana tüm hayatında yol gösterici bir yapıya bürünür.⁴⁴

İşte dış dünyada nesnelleşen ve objektif bir boyut kazanan din için özsel tanımlar yetersiz kalmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan din ve hukuk kavramlarının sosyal yapıları ve toplumun işleyişini ve düzenini belirlemekte üstlendikleri görevleri nedeniyle dinin özsel tanımlarını kabul edemiyoruz.

2. Dinin İşlevsel Tanımları

Din, işlevsel tanımları temel alan kimseler tarafından, toplum ve insan üzerindeki psikolojik ve sosyal etkilerine göre tanımlanır. İnanç sistemi, kişinin hem psikolojik hem de toplumsal yaşantısında önemli bir etkiye sahipse o bir dindir. Buna dayanarak din, toplumu birleştiren yahut ölüme duyulan korkuyu dindiren bir araçtır da denebilir. Bir başka deyişle din, kutsalın yahut tanrısallığın bir bölümünü paylaşmaktan ziyade bir güvenlik sistemidir. Eğer din kişilerin sosyallik kazanmalarına yardımcı oluyor ve saldırgan dürtülerinin önüne geçiyorsa siyasal iktidarlar tarafından dindar olmak istenilen bir durum olabilir ve buna yönelik politikalar ortaya çıkarılabilir.

⁴³ Kurt (n 42) 76.

⁴⁴ ibid 77

İşlevselci görüşe göre din, yaşamı açıklamaktan daha çok duygusal ve psikolojik açıdan desteleyerek ve toplumsal anlamda bizleri birbirimize bağlayarak yaşamımızı sürdürmeye destek olmak için vardır. Örneğin ritüeller ve ibadetler bizleri topluluk olarak bir araya toplamak veya kargaşa durumunda ruh ve akıl sağlığımızı korumak adına yapılır. Dini, faydacı fonksiyonları açısından değerlendiren bu yaklaşıma göre din, kutsalın veya tanrısallığın bir bölümünü paylaşmak yahut onlara katılmaktan ziyade toplum ve kişi için fonksiyonel bir kurtarıcı; gerilimi azaltma yahut toplumsal dayanışmayı sağlama aracıdır. Sosyolojinin ortaya çıkış dönemlerinde birçok sosyolog dine karşı faydacı bir tutum benimsemişlerdir. Durkheim ve Comte da bu sosyologlardandır. Şayet din bir güven sağlıyorsa, yaşam için faydalıysa, insan yaşamına destek olan bir mekanizmayla din ve dinin değeri gerçektir. Din, kişilere sağladığı psikolojik desteğe ek olarak toplumun birliğine, devamlılığına ve nizamına destek olduğu için bir değer bildirmektedir. Sosyal antropologlardan Montesquieu ve Condorcet dinin birçok yönden faydalı sosyal fonksiyona sahip olabileceğini; medeniyetin gelişiminde önemli bir paya sahip olduğunu söylemişlerdir.⁴⁵

Durkheim'ın işlevsel din tanımı “Sosyal olgular ancak sosyal olgularla açıklanabilir” şeklindedir. Buna dayanarak Durkheim'ın dini bütünüyle sosyal bir olgu olarak gördüğünü, materyalistik rasyonel ve teolojik din açıklamalarından farklı bir açıklamayla dini açıkladığını söyleyebiliriz. Teolojik bakış açısı dini doğüstü sınıflandırmalarına göre; materyalistik rasyonel ise algı ve düşüncenin bir yanılması şeklinde açıklamaktaydı. Teolojik yaklaşım dini bilimsel gözlemin dışında kalmış görürken materyalistik rasyonel yaklaşım dini incelemeye değer bulmamış gibidir. Durkheim dinin, bilim alanının dışında kalmayacak kadar kuvvetli bir kültür formu olduğunu düşünmesi sebebiyle dinî olguya oldukça farklı sosyolojik bir tanım getirmiştir. “Din, kutsal şeylerle ilgili –emredilmiş ve yasaklanmış- bir inançlar ve pratikler manzumesidir. Bu inanç ve pratikler, onları kabul eden kimseleri kilise denen manevi bir topluluk halinde bir araya getirir. Din fikri, kilise fikrinden ayrılamaz”.⁴⁶

Weber, Durkheim'den farklı olarak dini, “insani anlamlandırılmayla ilgili bir eylem” ve “ruhun kurtuluşu için bir girişim” olarak tanımlamıştır. Durkheim dinin, kişileri kilisede bir araya getiren bir dayanışma şekli olduğunu vurgulamıştır. Burada kilise kelimesiyle kastedilen onun yalnızca bir mekân olmaması, inananlardan oluşan cemaati temsil etmesidir. İnananlarını

⁴⁵ ibid 78

⁴⁶ ibid 79

bir araya getiremeyen bir din düşünülemez. Durkheim'ın bu fikrinin arka planında ırk ve dini bir tutan İbranî düşüncenin yattığı düşünülmektedir.

Durkheim dinin fonksiyonelliğinin üzerinde durması nedeniyle dinin daha özel parçaları olan ibadet ve inanca yalnızca sosyal bir olgu olarak bakmıştır. Durkheim, totemizm kavramını dinin kaynağına açıklık getirmek üzere kullanmıştır. Totem, bazı ilkel klan ve kabilelerden, onların atası sayılan hayvan veya bitkiye verilen isimdir. Grubun kendi gelenek ve varlığının bir bayrağı vardır. Durkheim toteme olduğu gibi topluma da kutsallık atfeder. “Kutsal” ile “kutsal olmayan” aynı düzeydeki tecrübelerdir ve birbirinden ayıramayacak şekilde iç içe geçmişlerdir.

Sonuç olarak din insanları bir arada birleştirerek onlara kimliklerini dile getirebilecekleri bir referans kaynağı ve ortak bir zemin sağlar. “Ortak bilinç” olan din, parçalanmış olanları bir araya toplar. Bu bağlamda din temel bir bütünleştirici faktördür. Kısacası dinin fonksiyonel açıklaması, dine dışarıdan bakanların fikirlerini yansıtırken dinin içerisinde olan kimselerin fikirlerini görmezden gelir. Dinin yalnızca bireyleri sosyalleştirici, toplumları birleştirici, kaygıyı azaltıcı bir unsur olarak görülmesi, dini yeterince anlatmaz.

II. İYİ VE KÖTÜ, LEGAL VE İLLEGAL, EMİR VE YASAK

Kâinata her şey zıddı ile kaimdir. İyi ve kötü. Bir tarafta hayır, bir tarafta şer. Bir tarafta legal, diğer tarafta illegal. Kâinata var olan bu zıtlık birini diğerinin varlık sebebi haline getirmektedir. Hayatın her alanında bu zıt kavramların mücadelesini görmek mümkündür.⁴⁷ Bu mücadele bu kavramların varlık sebebidir. Nitekim biri olmadan diğeri anlamsızlaşır ve varlık gösteremez. Karanlığın içine doğan bir bebek gözlerini açıp aydınlığı bilene kadar karanlık nedir bilemez. Aydınlık bilinmeden karanlığın izahı mümkün olamaz. Bu durumun aksi de aynı izahatı yapmaya elverişlidir. İşte bu zıtlık hukukta kendini legal ve illegal olarak gösterirken, dinde karşılığını emir ve yasak (helal-haram) kavramları ile bulmaktadır.⁴⁸

İnsan iyi ile kötüyü, doğru ile yanlış birbirinden ayırma kuvvetine sahiptir. Bu kuvvet aynı zamanda insanı bu ayrımı yapmaya mükellef kılar.⁴⁹ İnsanda bulunan akıl ve vicdan fonksiyonu bu kuvvete temel oluşturur. Bu nedenle insan, din ve hukuk alanlarında da bu

⁴⁷ Orhan Münir Çağıl, ‘Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği) ve Hukuk İdesi’ (1958) 23 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 381, 398

⁴⁸ Köse (n 4) 48

⁴⁹ Çağıl (n 49) 430

kuvvet ile iyiyi kötüyü, legalı illegalı tespit etmek ve buna göre eyleme geçmek veya hareketsiz kalmak mecburiyetindedir.

Din ve hukuk alanlarındaki sayılan kavramların bu benzerliğine örnek vermek gerekirse en kolay örneği suçlar ve cezalar arasında bulabiliriz. İbrahimi dinlere göre dünyada işlenmiş olan ilk suç, insan öldürme fiili, en berrak örnektir buna.⁵⁰ İnsan öldürme yalnız İbrahimi dinlerde değil dünya üzerinde yaygın bir şekilde bulunan neredeyse tüm dinlerde suç olarak tavsif edilmiş ve işlenmesi halinde bir müeyyideye bağlanmıştır. Bunun sebebi insanın diğer tüm canlılardan ayrı bir varlık olmasıdır. İnsanın yaratılış (veya varoluş, ortaya çıkış) hikayesinde hangi teoriyi benimserseniz benimserseniz insan bugün itibarıyla yaşayan ve hatta bilinen evrende varlık gösteren mümtaz varlıktır. İnsanın bu seçkin hali varlığının ortadan kaldırılmasını yasaklamaktadır. Bu yasağın ihlali yalnız dinlerde değil bilinen tüm hukuk düzenlerinde bir müeyyideye bağlanmış bulunmaktadır. Bu yasağın temellendirilmesinde pek çok görüş olmasına rağmen en belirgin olanı din üzerine inşa edilendir.

Din, insanı hem dıştan hem de içten kuşatan, duygularıyla, sezgileriyle, inançlarıyla ve düşünceleriyle bir bütün halinde kuşatan ve yönlendiren bir kurumdur. Bu nedenle, en sıkı düzenlerden ve kanunlardan daha etkili bir kontrol sağlar. Dinin gücü, hukukun erişemediği alanlardaki ihlallerde kendisini gösterir. Çünkü inanç değerleri güçlü olmayan ve ahlaki otokontrol mekanizmaları gelişmemiş kimseler, bu durumda ya gizliliğe sığınarak doğrudan ya da hukuk normlarının arkasına gizlenerek, başka bir deyişle fiillerini zahiren hukuka uydurarak ya kanuna karşı hile ya da hak veya yetkinin kötüye kullanılması şeklinde dolaylı ihlal yaparlar. Bu nedenle ahlaki oluşturulmadan konulan bir kural, zayıfları hile yapmaya, güçlüleri ise doğrudan ihlale teşvik eder.⁵¹

Hukuk, dini temeller üzerine bina edilmiş bir vakıdır. İyi kötü, legal illegal, emir yasak kavramlarının örtüşmesi bunu kanıtlar niteliktedir. Her ne kadar günümüz hukuku din kavramından arındırılıp pozitivist bir yapıya bürünse de bu ilk kaynağını içerisindeki benzerliklerden dolayı görmemizi engellemez. Dini, sosyal antropolojiden bir cüz veya kültürel zenginliklerden bir zenginlik gibi görmek ile hukuka olan etkisini yadsımak ancak fanatik bir hukuki pozitivistin ürünüdür.⁵² Din göz ardı edildiğinde, sadece hukukun katı kuralları kalır ve bu, adalete ulaşmayı sağlamaz. Aksine, hukuk yoluyla haksızlık ve zulüm yapılabilir ki asıl

⁵⁰ Şahban Yıldırım, 'Tabii Hukuk Teorisi Bağlamında Hukukun Etik Karakteri ve Etik (Meriyeti) Geçerliliği' (2015) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 249, 251

⁵¹ Köse (n 4) 19

⁵² Çağıl (n 49) 383

sorun da buradadır.⁵³ Bu tutum birey ile Tanrı'nın arasına mesafe koyarak, kolaylıkla çözüme kavuşturulabilecek hukuki sorunların daha akılcı düşünmek uğruna yok sayılmasıdır.

Dünyadaki yaygın dinler kendi içlerinde bir adalet algısı barındırmaktadır. Söz konusu dinin ne olduğu fark etmeksizin o dinin yaygın olduğu ülkede türetilen hukuk pek tabii o dinin kurallarına kayıtsız kalamayacaktır. Burada değerlendirilmesi gereken nokta dinin adalet algısı ile uygulanmakta olan hukukun ulaşmaya çalıştığı adalet kavramı ile benzeşip benzeşmemesidir. Haliyle olan hukuk o ülkedeki kimseler tarafından cari kılınmış ve onların zihinlerdeki dünya görüşlerinden ve dinsel anlayışlarından meydana gelmiştir. Bu nedenle toplum içerisinde çoğunluk görüşü benimseyen dinin adalet algısının hukuk yoluyla reel hayata sirayet etmemesi kaçınılmazdır.

Adalet kavramı her ne kadar toplumsal yaşam için büyük bir öneme sahip olsa da ulaşılması gereken en yüce değer olarak kabul edilemez. Adalet, ahlaki talepler içerisinde olması gereken asgari düzeyi ifade eder. Bu noktada adalet kavramı içerisinde haksızlık yapmamak, kimseye zarar vermemek gibi negatif yükümlülükleri barındırır. Oysa dinin ahlaki talebi olan “iyilik sever olmak” ise adalet kavramından daha yücedir.⁵⁴ İyi olandan yana olmak hukukun sağladığı asgari adalet imkanın da ötesinde pozitif yükümlülükler getirir. Böylelikle din, hukukun ahlaki alt sınırını “adalet” kavramı ile çizerken ulaşması gereken hedefi de ortaya koyar.

Din, iyiyi ve kötüyü belirlerken, ahlak bu değerleri yaşam tarzına dönüştürerek davranış bilincini şekillendirir, hukuk ise koruyucu mekanizmalarıyla ihlalleri engeller. Dinin müeyyidesi genellikle uhrevi şekildedir.⁵⁵ Ahlakın yaptırımını ise bireyin ve toplumun vicdanında bulduğu yerde ortaya çıkar, bu da bireyin kendisini veya toplumun bireyi kınaması, ayıplaması, yadırgaması veya dışlaması şeklinde olabilir. Hukukun müeyyidesi ise zorlayıcıdır ve genellikle maddi cezalardan oluşur. Dinen haram olan bir şeyin hukuken meşru veya ahlaken iyi olması kabul edilebilir değildir. Bu üç kavramın aralarındaki çelişki insan zihninde ve toplumda ciddi bir çelişki meydana getirecek ve bu çelişki kuralın etkisini kaybetmesine yol

⁵³ Köse (n 4) 27

⁵⁴ Aral (n 3) 116–117

⁵⁵ Din, koyduğu kurallara ilişkin bir ihlali müeyyidelendirirken bu noktada göz önünde bulundurduğu asıl gaye inananın uhrevi bir müeyyide ile karşılaşmasını engellemektedir. Öyle ki dinin koruduğu ve kutsal saydığı değerleri ihlal eden bir fiile uygulanacak dünyevi bir ceza uhrevi cezayı ortadan kaldırmak için vardır. Dinde mükafatlar ve mücazatlar uhrevi hayata ilişkindir.

açacaktır.⁵⁶ Çünkü insan zihni aynı anda birbiriyle çelişen kavramları taşımakta zorlanır ve herhangi birini tercih etmek yerine onu yok saymayı yeğler.

III. MER'İ HUKUK, İDE HUKUK

Hukuk, mekan ve zaman sürekliliğinde hem ide ve normatif yönlerle hem de fiili olaylarla etkileşim halindedir.⁵⁷ Bu etkileşim, hukukun manevi - normatif yönü ile fiili vakalar arasında gerçekleşir. Fiili vakalar, hayatın doğal gerçekliklerini temsil ederken, hukukun normatif ve manevi boyutu ise değerler ve amaçlarla ilişkilidir. Bu ikisinin arasındaki düalizm, birleşme ve entegrasyon gerektiren bir zıtlık oluşturur. Hukuk kavramı ve mer'i hukuk, nihai olarak hukuk idesine yönelmelidir, bu da aralarındaki ilişkinin teleolojik⁵⁸ olduğunu gösterir. Bu amaç, hukukun ampirik dünyadaki hedeflerinden başlayarak nihai hedef olan hukuk idesine kadar uzanır. Belirli bir sıra dahilinde, hukuki amaçlar hukuk kavramını belirler ve düzenler. Hukuki kavramların yapısı ve organizasyonu, hukuk idesine uzanan teleolojik bir yapı ve organizasyondur. Buna uygun olarak, hukuki kavramlar, hayatın doğal gerçekliklerini hukuk idesine bağlayan veya bağlaması gereken bir köprüdür.⁵⁹

Mer'i (olan) hukukun adil olup olmadığını tespit etmek için bir önceki başlıkta bahsettiğimiz kavramlar -olan hukuk ile olması gereken hukuk-⁶⁰ arasındaki örtüşmeyi dikkate almamız gerekmektedir. Legal olanın, helal olanla, iyi olanla örtüşmesi gerekmektedir. İlegal olanın ise aynı doğrultuda haram olanla, kötü olanla örtüşmesi gerekmektedir. Ancak bu örtüşme olması gerekenin (idenin), olana hakimiyeti şeklinde olmalıdır.⁶¹ Bu örtüşme sağlandığı takdirde mer'i hukukun adil olduğundan söz edebiliriz. Açıkça ifade etmek gerekir ki hukuk yalnızca adil olmakla gerçek kimliğine kavuşabilir. Çünkü hukuk yalnızca teorik akıl ve bilgi mantığımızı hitap etmez; aynı zamanda manevi akıl ve irademizin mantığı ile de ilgilidir.⁶²

⁵⁶ Köse (n 4) 48

⁵⁷ Aral (n 3) 90

⁵⁸ Teleoloji, yaşamı ve evreni ereklerle temellendiren ve açıklayan düşünce biçimidir. "Türk Dil Kurumu | Sözlük", erişim 04 Mart 2024, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁵⁹ Çağıl (n 49) 432

⁶⁰ Hukuk, hukuk yapıcının zihnindeki "olması gereken" in normatif bir yansımasıdır. Aslında "olan hukuk" un bir zamanlar "olması gereken" olduğunu söyleyebiliriz

⁶¹ Çağıl (n 49) 433

⁶² ibid 437

Hukuk, her ne kadar olan hukuk ve olması gereken hukuk olarak ayrılrsa da pratikte bu ayrımı yapacak olan yasa koyucular veya uygulayıcı yargı mensupları değildir. Çünkü adalet ve vicdan gibi taşıması pek güç hasletleri yasa yapıcıya veya yargı mensuplarına yüklersek ciddi bir çöküşü kurgulamış oluruz.⁶³ Adalet ve vicdan yükünü yüklenecek olanlar hukuk entelijansiyası olmalı, adil hukuk düzenini kurgulayacak ve yasa yapıcı ile uygulayıcı bu yükü kaldıracabilecek seviyeye getirmelidir.⁶⁴ Hukuk öğretimi bu yükü kaldıracabilecek şekilde üç sac ayağına oturmalıdır. Bunlardan birincisi hukukun tekniği ve sistematığının öğretilmesidir. İkincisi hukuk tarihi ve hukuk sosyolojisinin öğretilmesi, üçüncüsü ise tüm bu hukuk mefhumlarıyla ide hukuku göz önüne alarak gelecekte kamil bir hukukun ortaya konulmasının gayretinin gösterilmesidir.⁶⁵

IV. OTONOMİ, HETERONOMİ VE TEONOMİ

Modern zamanlarda din ile hukuk arasında zorunlu bir ayrılık meydana gelmiştir. Dini hakikat ile beşerî aklın mücadelesi sonucunda gerçekleşen bu ayrışma beşerî aklın hukuk alanı üzerindeki zaferiyle sonuçlanmış ve din kavramı hukuk yapısından kısmen dışlanmışır.

Burada karşımıza çıkan üç kavramdan bahsetmek gerekiyor; otonomi, heteronomi ve teonomi.⁶⁶

Otonomi, insanın aklın yasalarına itaat etmesi anlamını taşımaktadır. Otonomide birey kendisini akılcı bir varlık olarak addetmektedir. Otonom kelimesi, oto (autos, benlik), nomos (yasa) kelimelerinden meydana gelmektedir. Otonom akıl, kendi kendisini doğrular. İnsanın, insanı, kendisi hakkında karar alıcı yapması anlamına gelmektedir.

Heteronomi, bireyin kendi rasyonel durumundan ziyade dışsal bir otorite veya doğal yasalardan türetilen ahlaki bir sistemle ilişkilendirildiği durumu ifade eder. Bu tür bir ahlaki sistemde, kişisel çıkarlar veya duygular ahlaki zorunluluğun temelini oluşturmaz. Metafizik veya teoloji tamamen bu alanın dışında kalmaktadır.

⁶³ Şahban Yıldırım, "Tabii Hukuk Teorisi Bağlamında Hukukun Etik Karakteri ve Etik (Meriyeti) Geçerliliği", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 73, sy 1 (2015): 250. Diğer bir görüş için bkz.

⁶⁴ Çağıl (n 49) 436

⁶⁵ ibid 437

⁶⁶ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (7. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021) 73–75; Aliye Çınar, 'Paul Tillich'de Din-Sembol İlişkisi' (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi 2004) 40 vd.; Ridade Fidan, 'Paul Tillich'in Dini Tecrübe Anlayışı ve Sinemadaki Yansımaları' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2012) 88 vd. Otonomi, heteronomi ve teonomi kavramları için daha detaylı bilgi için bkz.

Otonom nedende, insan evrensel nedenin ve mantığın üreticisi ve aktarıcısıdır. Heteronomide bu yasalar Tanrı tarafından üretilmiştir. İnsan Tanrı'nın yasalarına uygun hareket etmek zorundadır. Buna göre her türlü tabiat bilimi ve sosyal bilimde bu yasaların hegemonyası altında bulunmak durumundadır.

Teonomi, "Tanrı'nın yasası" anlamına gelen Yunanca bir kelimedir.⁶⁷ Teonomi ilahi yasaya uygun olarak insanı ve insanın dışındaki her şeyi anlama ve açıklama çabasıdır. Ancak teonomi, heteronomi ile karıştırılmamalıdır. Heteronomi, insana Tanrı tarafından verilen aklın ve tabiatın yasalarını yok saydığı için mecburi olarak aklın ve tabiatın yasaları otonom nedenle açıklanmasıdır. Teonomi sâyesinde ise ilahi yasaların gerçek mahiyeti anlaşılabilir. Teonomi, üstün yasanın aynı zamanda insanın içindeki fitrat yasası olduğunun bir ifadesidir. Bu yasanın kökeni ilahi zemindir ki bu da insanın asli zeminidir; bu, insanın kendisinde var olan aşkın insanın hayatının yasasıdır. Bu yasa her türlü mevcudiyetin temelinde mevcut olan yasadır.⁶⁸

Günümüzde dini saiklerle yapılan hukukun teonom hukuk olduğunu söylemekte güçlük çekmekteyiz. Çünkü her ne kadar kendilerini "Tanrı'nın yasası" şeklinde addeden teokratik hukuk sistemleri pozitivist bir yaklaşımla uyguladıklarında teonom kimliklerini kaybetmektedirler. Din yürürlük kaynağını içten alır, hukuk ise dıştan.⁶⁹ Teonom hukukun ise yürürlük kaynağını içten alması gerekmektedir. Din tarafından kutsal kabul edilen ve korunan değerlere uygun bir hukuk düzeni teonom insan tarafından uygulanma imkanı bulmazsa bu teonom özelliğini kaybedecektir.

Yapılan bu açıklamalarla otonom değil teonom bir insan ve beraberinde teonom bir hukuk olması gerektiği kanaatindeyiz. Hukukun temelinin ve dolayısıyla legal ve illegalin teonom bir temelle temellendirilmesi gerekmektedir ki otonom bir aşırılıkta savrulmasın. Hukukun varlığında beşeri aklın ölçüsüz, sınırsız ve savruk düşünce değil manevi düşünce ve ebedi bir varlıkla kökleşen düşünce bulunmalıdır.⁷⁰

⁶⁷ Paul Tillich, 'Sistematik Teolog İçin Dinler Tarihinin Önemi' (2003) 44 Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 337, 344; Fidan (n 68) 93; Çınar (n 68) 41

⁶⁸ Çınar (n 68) 42

⁶⁹ Aral (n 68) 73

⁷⁰ Çağıl (n 49) 396

SONUÇ

Akılcılık fikrinin ortaya çıkmasından itibaren insan aklının kudreti ilahlaştırılmış ve iyiyi ve kötüyü belirleme ve hatta düzen kurma yalnızca insan aklına nispet edilmiştir. Her kavramı ve hatta kutsal olanı dahi akıl ile açıklama çabası, insanı iç aleminin manevi zenginliğinden uzaklaştırmıştır. Bu uzaklaşma hukuk yapımında da gözler önüne serilmektedir.

Toplumsal hayatta düzeni ve dengeyi tesis etmek için hukuk kurallarının yeterli olmadığı bilinen bir gerçektir. Çünkü insanın dış dünyasının yanında bir de iç dünyası bulunmakta ve bu içsel dürtüler de onun davranışlarını etkilemektedir. Bu nedenle, insanın doğru yönde ilerlemesini sağlamak için öncelikle iç dünyasında etkin olmak gereklidir. Bunun için de hukukun dışında başka mekanizmaların devreye girmesi gerekmektedir. İşte burada da din ile hukukun iyi ve kötü kavramları çakıştırılmalı ve insan tarafından yadırganmayacak bir hukuk ortaya konulmalıdır. Çünkü din, hukuka manevi müeyyide sağlar. Buna göre hukuk, dinin ilkelerine dayandığı ölçüde güç kazanır.⁷¹

Ahlaktan ve dolayısıyla dinden tecrit edilmiş bir hukuk düşünmek imkansızdır. Her ne kadar hukuki pozitivizm, laiklik, sekülerizm ve akılcılık uğruna hukuk kavramı dini argümanlardan ve söylemlerden uzaklaştırılsa da aralarındaki benzeşme dikkatli gözlerden kaçmamaktadır. Hem dinin hem de hukukun sosyal hayatı ve insan davranışlarını düzenleme amaçları ve bunu göz önüne alarak yapılan tanımları birçok noktada benzerlik göstermektedir. Buna göre hukukta iyinin ve kötünün kaynağının din kavramı olduğu ve dinlerin toplumu düzenleyici ve yönlendirici etkisinin hukukun oluşturulmasında önemli rol oynadığı yadsınamaz.⁷²

⁷¹ Köse (n 4) 24

⁷² Mehmet Akif Ersoy, Safahat (5. Baskı, Akçağ Yayınları 2007) 322. Mehmet Akif Ersoy'un aşağıdaki şu mısraları çalışmamızın özünü ifade etmektedir; Ne irfandır veren ahlâka yükseklik, ne vicandır; Fazîlet hissi insanlarda Allah korkusundandır.

KAYNAKÇA

- Aral V, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları* (3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012)
- , *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* (7. Baskı, On İki Levha Yayınları 2021)
- Bayles MD, ‘Hukuk Felsefesi Neye Dairdir? Hukuk Kuramları, Tanımları, Kavramları ya da Kavrayışları Mı?’ (2015) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 393-408
- Çağıl OM, ‘Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı Ruhun Ebediliği (Ölmezliği) ve Hukuk İdesi’ (1958) 23 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 381-440
- Çağıl OM, ‘İnsan Hakları ve Tabii Hukuk’ (1984) 50 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 69-115
- Çınar A, ‘Paul Tillich’de Din-Sembol İlişkisi’ (Doktora Tezi, Uludağ Üniversitesi 2004)
- Doğru O and Nalbant A, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, vol 2. Cilt (Avrupa Konseyi 2013)
- Ersoy MA, *Safahat* (5. Baskı, Akçağ Yayınları 2007)
- Fidan R, ‘Paul Tillich’in Dini Tecrübe Anlayışı ve Sinemadaki Yansımaları’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2012)
- Fil H, ‘Rudolf Otto’da Din, Kutsallık ve Mistik Tecrübe’ (2017) 6 Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 349-353
- Gözler K, ‘Tabii Hukuk ve Hukuki Pozitivizme Göre Adalet Kavramı’ (2008) 4 Muhafazakar Düşünce Dergisi 77-90
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (9. Baskı, Ekin Yayınevi 2012)
- Karakoç Y, ‘Hukukun Anlamı’ (2008) 10 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-12
- Köse S, ‘Hukuk mu Ahlâk mı? İslâm Nokta-i Nazarından Din-Ahlâk-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme’ [2011] İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 15-50
- Kudat A, ‘Hak ve Hukuk Kavramları Üzerinde Bir Değerlendirme’ (2014) 4 Adam Akademi Sosyal Bilimler Dergisi 87-106
- Kurt A, ‘Sosyolojik Din Tanımları ve Dine Teolojik Bakış Sorunu’ (2008) 17 Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 73-93
- Özbilen Ş, *Hukukun Temel Kavramları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2013)
- Özbilgen T, ‘Louis Le Fur’ün Hukuk Görüşü’ (1969) 35 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 352-383

Tillich P, 'Sistemik Teolog İçin Dinler Tarihinin Önemini' (2003) 44 Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 337-346

'Türk Dil Kurumu' <<https://sozluk.gov.tr/>> erişim tarihi 4 Mart 2024

Ünsal A, 'Hukukun Temeli ile İlgili Yaklaşımlar' (2010) 9 Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 5-23

Yıldırım Ş, 'Tabii Hukuk Teorisi Bağlamında Hukukun Etik Karakteri ve Etik (Meriyeti) Geçerliliği' (2015) 73 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 249-258

Yılmaz S and Yıldırım A, *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku)* (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023)



p-ISSN:2717-9621 - e-ISSN:2757-6752

LAW FACULTY JOURNAL OF TEKİRDAĞ NAMİK KEMAL UNIVERSITY